



**FACULDADE CAMPO REAL**  
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

SERGIO HOLDERBAUM

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO NOS  
CASOS DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO**

GUARAPUAVA  
2018

SERGIO HOLDERBAUM

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO NOS  
CASOS DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO**

Monografia apresentada à Faculdade Campo Real,  
como requisito para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador(a): JOÃO RICARDO RIBAS TEIXEIRA

GUARAPUAVA  
2018

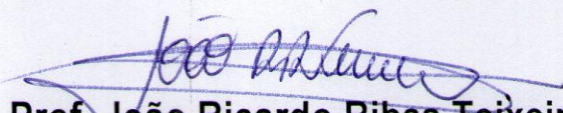
TERMO DE APROVAÇÃO

SERGIO HOLDERBAUM

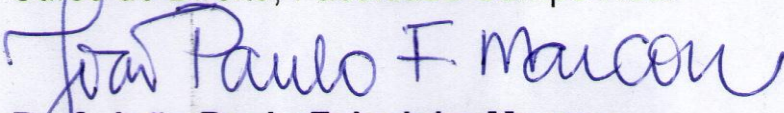
“TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA APLICAÇÃO NOS CASOS DE  
TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO”

Trabalho de Curso aprovado com nota 10,0  
(DEZ VIRGULA ZERO) como requisito parcial para obtenção do grau de  
bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade Campo Real, pela seguinte  
Banca Examinadora:

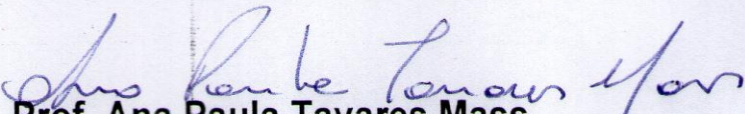
Orientador (Presidente):

  
**Prof. João Ricardo Ribas Teixeira**  
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Membros:

  
**Prof. João Paulo Falavinha Marcon**  
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Membros:

  
**Prof. Ana Paula Tavares Mass**  
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Guarapuava, 13 de julho de 2018.

Dedico esta monografia primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida e iluminar o meu caminho durante esta jornada.

Aos meus pais, a minha família e aos amigos, que de uma forma ou de outra estiveram presentes em mais essa conquista da minha vida.

Em especial a minha esposa e ao meu filho, por terem suportado os momentos de ausência e mesmo assim sempre me apoiaram durante esses anos em busca deste sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelas conquistas até o momento, mas peço a ele para me dar sabedoria para conquistar muito mais.

Ao Professor Orientador, João Ricardo Ribas Teixeira, pelos conhecimentos repassados durante a orientação, pela confiança, paciência e dedicação na elaboração e desenvolvimento do trabalho.

Aos professores do curso de Direito da Faculdade Campo Real, Guarapuava – Pr., que contribuíram para minha formação jurídica, me proporcionando as ferramentas para evoluir um pouco mais a cada dia, sem eles não seria possível concluir mais esta fase da minha vida.

E finalmente aos meus colegas de classe, pelos momentos que passamos juntos e pelas experiências trocadas durante esses anos, percorremos um longo caminho, mas fica a certeza de que cada um de nós contribuiu para o crescimento do outro.

*A lei de Deus é perfeita, ela refrigera a alma; o testemunho de Deus é fiel, e é o próprio Deus quem dá sabedoria aos simples.*

*Salmos 19.7*

## RESUMO

O presente trabalho aborda um estudo a respeito da teoria da perda de uma chance de cura aplicada nos tribunais brasileiros desde a década de 90, sendo realizado um estudo sobre o surgimento da teoria e sua evolução até a atualidade, apresentando entendimento de diferentes doutrinadores. Inicialmente trata da responsabilidade médica de acordo com o código civil vigente, tratando dos pressupostos para sua responsabilização e da obrigação de meio e de resultado. Na sequência apresenta os pressupostos da teoria da perda de uma chance, finalizando com um estudo jurisprudencial, demonstrando sua aplicação nos tribunais brasileiros através de casos concretos. O objetivo do trabalho não é um estudo aprofundado da teoria, mas demonstrar sua aplicação, que vem crescendo com o passar dos anos, mesmo não existindo regulamentação própria em nosso ordenamento jurídico. Muitos doutrinadores consideram a teoria da perda de uma chance como um direito autônomo, o qual tutela as chances de cura do paciente, ou seja, as suas chances de ter um tempo maior de vida, devendo o médico empregar todas as técnicas de tratamento possíveis, estar sempre atualizados sobre novas técnicas e informar o seu paciente sobre diferentes formas de tratamentos, para que este possa participar, optando pela melhor forma de conduzir seu tratamento.

Palavras-Chave: Direito Civil. Teoria da Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil do Médico.

## **ABSTRACT**

This paper reports a study about the theory of loss of a chance of cure applied in the Brazilian courts since the 90s, with a study on the emergence of the theory and its evolution to the present, showing understanding of different scholars. Firstly it deals the medical liability in accordance with the current civil code, dealing with the conditions for accountability and obligation of means and results. Following presents the assumptions of the theory of loss of a chance, finishing with a jurisprudential study, demonstrating its application in the Brazilian courts through concrete cases. The purpose of the paper is not an in-depth study of the theory, but to demonstrate its application that has been growing over the years, even though there is no specific regulation in our legal system. Many scholars consider the theory of loss of a chance as an autonomous right, which protects the chances of cure of the patient, so, his chances of having a longer life, the doctor must use all possible treatment techniques, always be updated about new techniques and advise their patient about different forms of treatments, in order to he can participate by choosing the best way to lead his treatment.

Keywords: Civil Law. Theory of the Loss of a Chance. Medical Liability.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>a.C.</b>	Antes de Cristo
<b>ACR</b>	Apelação Cível Recursal
<b>REL.</b>	Relator
<b>Nº</b>	Número
<b>NPU</b>	Numeração Processual Única
<b>TJMA</b>	Tribunal de Justiça do Maranhão
<b>CTI</b>	Centro de Terapia Intensiva
<b>AVC</b>	Acidente Vascular Cerebral
<b>TJSP</b>	Tribunal de Justiça de São Paulo
<b>LTDA.</b>	Limitada
<b>FAZ.</b>	Fazenda
<b>ADIS</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>APL</b>	Apelação
<b>ART</b>	Artigo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDC</b>	Código de Defesa do Consumidor
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CP.</b>	Código Penal
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>CREMESP</b>	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
<b>CRFB/88</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>DES.</b>	Desembargador (a)
<b>DJ.</b>	Data do Julgamento
<b>DP.</b>	Data da Publicação
<b>Etc.</b>	et cetera
<b>INC.</b>	Inciso
<b>Jr.</b>	Júnior
<b>MA</b>	Maranhão
<b>P.</b>	Página
<b>PR</b>	Paraná
<b>RJ</b>	Rio de Janeiro
<b>RJTJRGS</b>	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>SUS</b>	Sistema Único de Saúde
<b>TJPR</b>	Tribunal de Justiça do Paraná
<b>TJRJ</b>	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
<b>UTI</b>	Unidade de Terapia Intensiva

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CODIGO CIVIL 2002</b> .....	<b>12</b>
2.1 INTRODUÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL – CODIGO CIVIL 2002.....	12
2.2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA .....	14
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA .....	17
2.4 TERIA DA CULPA NO TRATAMENTO MÉDICO.....	18
2.5 ATIVIDADE DE MEIO E DE RESULTADO .....	20
2.6 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE .....	22
2.7 NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	24
2.8 RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CDC .....	25
2.9 RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO .....	27
2.10 O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO .....	28
2.11 DELIMITAÇÃO DO “ERRO MÉDICO” .....	30
<b>3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE</b> .....	<b>32</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	32
3.2 HISTÓRICO .....	33
3.3 CONCEITO .....	36
3.4 NATUREZA JURÍDICA.....	38
3.5 CHANCES SÉRIAS E REAIS.....	40
3.6 DEVER JURÍDICO ORIGINÁRIO E SUCESSIVO.....	42
3.7 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO E O DANO.....	43
3.8 QUANTIFICAÇÃO DO DANO NA PERDA DE UMA CHANCE.....	46
<b>4 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS</b> .....	<b>49</b>
4.1 JURISPRUDÊNCIAS.....	50
4.1.1 Paciente Gravida Com Óbito do Feto.....	50
4.1.2 Falecimento por Falta de Internação na UTI .....	52
4.1.3 Paciente Falece Enquanto Aguarda Vaga na UTI .....	54
4.1.4 Paciente com Retinopatia.....	56
4.1.5 Falecimento do Paciente Após Retirada da Vesícula.....	58
4.1.6 Óbito de Paciente Pela Demora na Transferência Para CTI.....	61
4.1.7 Acidente Vascular Cerebral – Erro no Diagnóstico.....	63
4.1.8 Hipertensão Arterial e Morte do Feto.....	65
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>71</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia tem por base o método de abordagem dedutivo, utilizando bibliografias e arquivos eletrônicos em sites especializados, incluindo artigos científicos publicados. Quanto a técnica de pesquisa utiliza a revisão bibliográfica e jurisprudências, com o objetivo de obtenção de nota para conclusão do curso de bacharel em Direito pela Faculdade Campo Real, em Guarapuava – PR.

Objetivando discutir a responsabilização civil médica através da aplicação da “teoria da perda de uma chance de cura”, visando a reparação de danos aos pacientes submetidos a tratamentos médico inadequado, os quais tiveram suas expectativas de cura reduzidas, diminuindo suas chances de obter uma vantagem futura.

A teoria da perda de uma chance ainda não possui uma regulamentação própria em nosso ordenamento jurídico, pois o código civil de 2002 não faz menção expressa sobre ela, mesmo assim, vem sendo aplicada por analogia aos artigos 186, 187, 402, 927 e 949, e ao artigo 5º, inciso V da Constituição Federal, ganhando assim força em nossos tribunais. Por não existir uma base sólida e uma uniformização perante os tribunais brasileiros, tem sua aplicação de forma tímida em nossa jurisprudência, mas apresenta-se como uma grande oportunidade de reparação à pacientes que sofreram danos devido a tratamentos malsucedidos.

Sua aplicação na seara médica não visa indenizar o erro médico em sí, ou seja, o dano imediato, o qual comprovado suas modalidades de culpa já é passível de indenização através da responsabilidade civil médica. O objetivo de sua aplicação visa indenizar as chances perdida, que reduzem as possibilidades de cura do paciente, desde que estas chances sejam reais e certas, não sendo indenizados as chances meramente hipotéticas. Ocorre que, muitas vezes, devido a um erro no diagnóstico, o médico deixa de aplicar um tratamento correto ou não utiliza todas as técnicas possíveis para que o paciente obtenha uma maior chance de cura, melhora no tratamento ou que de uma forma ou de outra tenha suas chances de vida prolongada.

Existem muitos casos em que pacientes prejudicados por falta de um

tratamento correto não conseguem reparação pelos danos sofridos, pois a atividade médica, na grande maioria das vezes, é classificada como uma atividade de “meio” e não de “resultado”, ou seja, não se pode esperar um resultado certo de cura, ficando difícil a comprovação pelo paciente do erro médico, devido sua hipossuficiência e falta de conhecimento técnico.

A referida teoria também pode ser aplicada quando em virtude de um ato ilícito de terceiro, o paciente tem suas expectativas de melhora frustradas, reduzindo assim suas probabilidades de cura e acarretando um dano ao paciente, surgindo a possibilidade de reparação através da aplicação da teoria da perda de uma chance, que irá indeniza-lo pelas chances perdidas e não pelo dano final.

O trabalho tem o objetivo de abordar as discussões e a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura nos tribunais pátrios, inicialmente através de discussões doutrinárias e finalizando com decisões jurisprudenciais, demonstrando sua aplicação nos casos concretos na seara médica, tanto favoráveis quanto contrárias a sua aplicação.

O motivo que me levou a estudar sobre esse tema, foi porque muitas vezes necessitamos de atendimentos especializados em diversas áreas, principalmente na medicina, afinal, quem nunca precisou de atendimento médico, e como em todas as áreas nos deparamos com bons e maus profissionais. Todavia, os Tribunais vêm aplicando uma nova modalidade de indenização, conhecida como “teoria da perda de uma chance”, trazendo esperança de ressarcimento aos pacientes que se sentirem lesados por tratamentos médicos que não funcionam da forma esperada.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – CÓDIGO CIVIL 2002

Antes de abordar o assunto principal do presente trabalho, convém esclarecer alguns pontos principais da responsabilidade de acordo com o código civil de 2002, para entender como surgiu e se desenvolveu a obrigação de reparação médica por danos causados devido a ato ilícitos.

Além do código civil de 2002, será utilizado como fonte de pesquisa o código de defesa do consumidor, o código de ética médica, doutrinas e jurisprudências.

### 2.1 INTRODUÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL – CODIGO CIVIL 2002

Desde o momento em que o ser humano passou a conviver em sociedade, fez-se necessário estabelecer princípios e regras que regulassem essa convivência, pois sem eles viveríamos em um mundo de caos, ocasionado por conflitos de interesse e colisão de direitos entre os membros da sociedade. Conforme Capitant (*apud* MONTEIRO, 2011, p. 565) “A vida em sociedade, sendo uma condição natural do homem, necessita de organização, regulamentação e ordem na relação entre as pessoas”, surgindo assim o direito para evitar a vingança privada, ou seja, a retribuição do mal pelo mal, como reparação de dano.

A responsabilidade civil, tem sua origem no direito Romano (MONTEIRO, 2011), surgiu com o objetivo de reparação de dano causado injustamente. Nesse sentido, sempre que houver lesão de direitos que causem danos a outrem durante a convivência em sociedade, seja por ação ou omissão, existirá a obrigação de reparar os prejuízos causados, visando restabelecer o equilíbrio moral ou patrimonial provocado pelo autor do dano.

Assim, em face das exigências naturais da vida em sociedade, diante de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material, surge a necessidade de reparação de danos acarretados ao lesado, porque cabe ao direito preservar ou restabelecer o equilíbrio pessoal ou social. (DINIZ *apud* MONTEIRO, 2011, p. 566)

No entanto existe diferença entre obrigação e responsabilidade,

podendo ou não estarem correlacionadas. Temos sua diferenciação citada por Gonçalves (2016, p. 21):

Obrigação “é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente a violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

A principal característica da obrigação é o direito do credor de exigir o adimplemento da prestação de seu devedor, o qual responde por suas obrigações na maioria das vezes com seu patrimônio.

As fontes obrigacionais, de acordo com o código civil, são: a vontade do Estado, através das leis e a vontade humana, através dos contratos, das declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos.

As ações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. (GONÇALVES, 2011, p. 22)

No tocante da responsabilidade civil, temos sua classificação quanto a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, fundamentadas no risco e na culpa. Na responsabilidade subjetiva deverá ser demonstrado o modo de atuação do agente, sua intenção dolosa e a vontade de causar o dano ou que o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, causando assim dano a outra parte. Quanto a responsabilidade objetiva, deve-se demonstrar os pressupostos de ação, nexos de causalidade e o dano do agente, não havendo a necessidade de demonstrar que ele agiu com dolo ou culpa, apenas a ligação entre a ação e o dano, ou seja, o nexo de causalidade.

Entretanto, a responsabilidade civil também pode ser dividida em contratual ou extracontratual. A primeira decorre de um contrato em que os direitos e deveres ficam definidos claramente através deste, podendo ser escrito ou não, como por exemplo entre vendedor e comprador, locador e locatário. Ocorrendo o não cumprimento das regras estipuladas, haverá a obrigação de indenizar. Quanto a segunda classificação, a extracontratual, ocorre o dever de indenizar através da transgressão de um dever geral de conduta, ou seja, a transgressão de uma norma geral que deveria ser seguida por todos, gerando assim o dever de indenizar, em

alguns casos essas duas obrigações correm paralelas, sendo que:

Por vezes, surgem situações em que a preexistência de um contrato não resta muito cristalina, porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual se interpenetram, ou correm paralelas. É o que se sucede, por exemplo, nas responsabilidades profissionais. O cirurgião, por exemplo, ao executar uma operação de seu mister, poderá manter um contrato de prestação de serviços com o paciente ou com uma instituição hospitalar, mas sua responsabilidade emana não só do contrato, como também dos deveres de conduta ínsitos a sua arte profissional. (VENOSA, 2011, p. 485)

Dentre outras classificações, temos ainda as obrigações de meio e de resultado, classificações estas que também serão importantes para o desenvolvimento do trabalho. Nas obrigações de resultado, resta saber se o objetivo esperado foi alcançado ou não, de acordo com o prometido pelo devedor, quanto as obrigações de meio, não se pode esperar um resultado certo, e sim, se foram empregados todos os meios necessários para alcançar o resultado esperado. Conforme destaca Venosa (2011, p. 56):

Na primeira hipótese, obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Na segunda hipótese, obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. A ideia fundamental reside na noção de saber examinar o que o devedor prometeu e o que o credor pode razoavelmente esperar.

Sendo estes os pontos principais relacionados ao código civil de 2002, abordando a responsabilidade civil, passa-se então a abordar os pontos principais da responsabilidade civil médica.

## 2.2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Nos primórdios da convivência em sociedade, antes mesmos do surgimento do direito, era impossível se falar em responsabilidade médica, porém, existiam regras específicas que regulavam os atos tidos como ilícitos, ocorrendo uma reação imediata, vingativa, guiada pela brutalidade, conhecida como vingança privada ou pena de talião, olho por olho, dente por dente.

Segundo Reale (*apud* AGUIAR JR., 2010, p. 507):

Durante séculos, a função esteve revestida de religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Je le soignais, Dieu

le guérit...s'il le jugeait opportun<sup>1</sup>. Nesse contexto, desarrazoado responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina. Mais recentemente no final do século passado, primórdios deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico).

Com o decorrer dos anos, os povos antigos foram elaborando normas e legislações para regular a convivência em sociedade, surgindo o direito. Criando também normas que passaram a regular o comportamento dos profissionais médicos, dada a importância desempenhada pela medicina na sociedade. Conforme destaca o autor:

Assim é que a pedra de Hammurábi, rei da Babilônia, que está no museu do Louvre, achada por De Morgan, e decifrada por Scheil, cujo art. 218 adotava a pena de Talião (quem um olho furou, que lhe seja furado um olho - §196; quem fez perder dentes, dentes lhe sejam arrancados - § 200), da qual se encontravam traços na Lei das Doze Tábuas, reconhecida com antiquíssima pois data de 2392 a.C., também por seus arts. 219 e 226 cominava penas severas (amputação de mão e outras que tais) aos cirurgiões se, conseqüente a intervenção cirúrgica, o paciente, livre, sucumbisse ou viesse a perder a visão. Fosse o morto escravo, ao médico se obrigava apenas a pagar o seu preço. (CROCE; JÚNIOR, 1997, p. 04)

No decorrer dos séculos existiram vários códigos e leis que previam punições aos médicos que exerciam mal a sua profissão, em alguns casos os profissionais pagavam os prejuízos com partes do próprio corpo, em outros o pagamento era em dinheiro, como por exemplo quando causavam prejuízos como a morte de um escravo.

Com o Talmude<sup>2</sup>, houve a substituição da pena de talião por outras formas de castigos, como pagamentos de multa, castigos físicos e prisão perpétua, em caso de morte do paciente.

Os egípcios viam os médicos como sacerdotes, os quais possuíam livros que deveriam ser seguidos à risca, caso o fizessem, ficariam livres de qualquer punição, caso contrário eram punidos com a morte.

Os romanos, foram os primeiros a diferenciar a pena da reparação, afastando o direito de punir das pessoas, com sua função jurisdicional, conforme Mazeaud e Mazeaud (*apud* CROCE; JÚNIOR, 1997, p. 05):

Com a distinção entre os delitos públicos e ofensas mais graves, de caráter

<sup>1</sup> Je le soignais, Dieu le guérit...s'il le jugeait opportun. Significa: Eu o curei, Deus o cura... Se ele achasse apropriado.

<sup>2</sup> Talmude - Livro sagrado judeu, que contém a doutrina, moral e tradições judaicas



perturbador da ordem, e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

Ainda, segundo o autor:

A Lei Aquilia, embora se reconheça que não continha ainda, uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, ao se referir ao *damnum injuria data* estabeleceu, enfim, as bases para as legislações modernas sobre a responsabilidade dos médicos, ao obriga-lo a pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos, e ao abolir a pena de morte, preconizando em seu lugar, o exílio ou a deportação (*interdictio acquae et igni*) ao profissional culpado de negligência ou imperícia no exercício da arte de curar. (CROCE; JÚNIOR, 1997, p. 05)

Durante a idade média, de acordo com Croce e Júnior (1997, p. 06), ainda existia aplicação de penas severas aos médicos que ocasionavam danos aos seus pacientes. Porém, no início do século XIX, o Código Civil Francês, estabeleceu que qualquer ato danoso a outrem, obriga o autor a reparação do dano, também sendo aplicado aos médicos que agiam com negligência e imperícia.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que o é padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presentes em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência da responsabilidade aquiliana que continua a ser o norte das legislações modernas. É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos. (MELO, 2008, *apud* HALFELD, 2011, p. 28)

No código civil brasileiro de 1916, em seu artigo 1.545, encontramos uma concepção subjetiva da responsabilidade civil médica, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 253), “Art. 1545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

Atualmente, houve um certo distanciamento entre as relações médico-paciente devido as mudanças da sociedade, que tornou-se cada vez mais consumista, mais consciente de seus direitos e exigentes quanto aos resultados, passando de uma relação de médico da família para uma relação denominada, usuário e prestador de serviços.

Contudo, para Croce e Júnior (1997, p. 09) para caracterizar a responsabilidade civil médica, são necessários alguns pressupostos: O agente, o ato, e a culpa, pressupostos estes que será abordado na sequência.

## 2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A prestação de serviço do médico não é uma ciência exata, ou seja, em muitos casos não se pode garantir a cura do paciente, esse resultado desfavorável pode ocorrer devido a muitos fatores, como o estágio da doença, reação do paciente aos medicamentos ou ao tratamento, entre outros. Para que o médico possa ser responsabilizado civilmente e, em alguns casos penalmente, são necessários alguns pressupostos, que segundo Croce e Júnior (1997, p. 09), são:

- a) O agente. Por evidente só pode ser o médico responsável, que se acha *compos suae mentis*<sup>3</sup> na plena posse de suas faculdades mentais, portanto em grau de prever as consequências das próprias ações, posto que se for o dano produzido por indivíduo desprovido de habilitação técnica ou de habilitação legal, além de responsabilização civil responderá, no foro criminal, pelo delito de curandeirismo (CP, art. 284) ou de exercício ilegal da Medicina (CP, art. 282), respectivamente.
- b) O ato. O dano deverá ser consequente a um ato médico lícito. Caso o facultativo utilize a sua profissão para praticar um ato ilícito (aborto criminoso, charlatanismo etc.), responderá independentemente de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza de seu mister
- c) A culpa. Culpa, conforme o magistério de Maggiore, “é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que poderá, com a devida atenção, ser evitado”.

Contudo, de acordo com Kfoury Neto (2010, p. 81):

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos em lei. A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência e imprudência).

O autor (2010, p. 81), destaca ainda que a “medida da indenização é a extensão dos danos”, lembrando que a culpa, mesmo que seja levíssima, ainda assim obriga o agente a indenizar. Pois, “tratando-se da vida humana, não há lugar para culpas “pequenas””, mas, existindo uma desproporção excessiva entre o grau de culpa e a magnitude do dano causado, de acordo com o código civil em seu artigo 944, o juiz poderá reduzir, equitativamente a indenização a ser paga.

Diante do exposto, na sequencia passa-se a abordar a culpa como pressuposto da responsabilidade civil médica.

---

<sup>3</sup> *Compos suae mentis*, significa: no controle de sua mente.

## 2.4 TEORIA DA CULPA NO TRATAMENTO MÉDICO

Conforme salienta Rosário (2009, p. 12), “A responsabilidade médica provoca interesse entre os juristas em virtude da preservação da vida, da dignidade da pessoa humana e da saúde”.

Ainda de acordo com a doutrinadora, o profissional irá responder de acordo com sua conduta no evento danoso mediante a comprovação de sua culpa, a qual abrange tanto a culpa quanto o dolo.

O dolo se particulariza na vontade do agente de realizar um fim antijurídico (o médico que aceita realizar um aborto em um paciente que goza de boa saúde, mas não deseja criar o filho). Tomando essa atitude, o médico é conhecedor de seu ato, que viola a lei e a ética. [...] Na conduta culposa o agente não previu o resultado lesivo, mas poderia e deveria ter previsto. Há existência de conduta livre e voluntária. (ROSÁRIO, 2009, p.13)

Para Croce e Júnior (1997, p. 10) “a culpa consiste em proceder o agente sem a necessária cautela, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos”.

Para a responsabilização civil dos profissionais de medicina e uma eventual reparação, deverão ser comprovadas as modalidades de culpa, de acordo com Gonçalves (2016, p. 266):

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Existe uma exigência dos tribunais na produção de tal prova, incumbindo ao prejudicado provar que o profissional agiu com culpa, o que se torna um verdadeiro tormento para as vítimas, devido a hipossuficiência técnica na produção dessas provas. Mas, por ser o médico considerado um prestador de serviço, ele está sujeito ao código de defesa do consumidor, o qual prevê em seu art. 6º, VII, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Geralmente, em nossos tribunais, os julgadores são rigorosos na aferição da culpa médica, conforme a decisão do RJTJRGS 146/340, citada por Kfoury Neto (2010, p. 82), em que:

A culpabilidade somente poderá ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar a indenização pleiteada. Não tendo sido

demonstrado o nexa causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença dando pelo improvimento da ação.

Na responsabilidade civil médica, torna-se importante especificar quais são as modalidades de culpa, de acordo com o código civil vigente, sendo: a negligência, imprudência e imperícia.

Quanto a negligência, temos o conceito de Rosário (2009, p. 14), sendo que, “A negligência é a falta do dever de cuidado exigido do profissional. É a omissão da conduta acreditada e aconselhável a um médico que possui a função precípua de zelar pela saúde”. Assim, temos a negligência como sendo uma omissão, falta de precaução, descuido ou desatenção do profissional aos deveres, quando exigido pelas circunstâncias.

Croce e Júnior (1997, p. 17), cita como exemplos de negligência na área médica o “abandono de paciente sob seus cuidados; realizar exame clínico superficial; deixar de examinar adequadamente criança em estado precário de saúde, desinternando-a, ademais disso resultando vir ela a falecer”, entre outros.

A imperícia é conceituada por Rosário (2009, p. 14) como “a ausência de aptidão de desempenhar sua função imbuída na análise e observância das regras procedimentais”. Tem-se a imperícia como uma falta de aptidão técnica, teórica ou prática do profissional, indispensável no desempenho de suas funções.

Croce e Júnior (1997, p. 17), cita como exemplos de imperícia, quando o profissional no exercício de sua atividade “provocar queimaduras em radioterapia; hipotireoidismo devido ao uso inadequado de hormônios tireoidianos, em tratamento de doenças da glândula tireóide ou da obesidade”; entre outros.

Para Rosário (2009, p. 14), o conceito de imprudência “é a realização de uma ação, de uma conduta comissiva, sem a devida precaução”, ou seja, é a prática de um ato perigoso, sem os cuidados necessário, deixando de empregar as precauções e cuidados capazes de prevenir possíveis resultados lesivos.

Destaca-se como exemplos de imprudência médica citadas por Croce e Júnior (1997, p. 20), as seguintes situações:

Clinico geral que, sem ter estagiado em serviço de clinica cirúrgica, se propõe a realizar, por sua conta e risco, uma apendicectomia; Médico que avalia um diagnóstico à distância e receita produto farmacológico por telefone; Médico-cirurgião que acarreta resultado danoso ao paciente por utilizar outro tipo de técnica operatória que não a consagrada nos meios científicos.

Para a responsabilização civil médica, além da necessidade de comprovação da culpa, deve-se levar em conta que a atividade médica é na maioria das vezes uma atividade de “meio” e não de “resultado”, o que, apesar de algumas exceções, não garante um resultado de cura, assunto este que será estudado na sequência.

## 2.5 ATIVIDADE DE MEIO E DE RESULTADO

Independente da relação jurídica entre médico e paciente, sendo ela contratual ou extracontratual, a obrigação do médico será na maioria das vezes uma obrigação de “meio”, em que o profissional se compromete a empregar todos os meios necessários para atingir a cura do paciente, observando o tratamento adequado de forma diligente e conforme o progresso da medicina. Contudo, não pode garantir o resultado esperado pelo paciente, pois estaria comprometendo-se a uma obrigação de “resultado”, ou seja, caso não consiga atingir o resultado prometido, estaria descumprindo um pacto, o que gera a obrigação de indenizar. (ROSARIO, 2009).

Conforme explica o doutrinador Comparato (*apud* NERY JUNIOR E NERY, 2010, p. 337):

O paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde. Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado. O que o paciente está no direito de exigir é que o médico lhe dispense um tratamento contencioso, diligente e conforme os progressos da ciência médica. Não pode, porém, exigir que o médico obtenha infalivelmente a sua cura; nem pode este inculca-la ou anunciá-la como infalível, sob pena até de navegar nas águas do curandeirismo (código Penal, art. 283). Por outras palavras, o conteúdo da obrigação, na hipótese, não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é; os meios tendentes a produzir o resultado almejado.

Na obrigação de meio, conforme explica Rosário (2009, p. 81), “o médico só será responsável quando ocorrer ausência de lealdade ou falta de habilitação técnica, ou, ainda, falta de diligência e prudência, deflagradores do dano. Nesta espécie de obrigação, o ônus probante ficará a cargo do paciente”.

Quanto a obrigação de resultado, por ser uma exceção na área médica, o profissional se obriga a obter o resultado prometido ao paciente, sendo

responsabilizado quando o resultado esperado não é alcançado, o que ocorre na medicina estética.

Só se considera adimplida a prestação com a efetiva produção do resultado. A ausência dêste constitui por si só o devedor em mora, cabendo-lhes o ônus da prova de caso, fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade. Mas em tal hipótese, não terá direito à contra-prestação. (COMPARATO *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 348)

Neste caso, de acordo com Rosário (2009, p. 82):

A culpa do profissional é presumida, cabendo ao médico comprovar que agiu de maneira diligente e o resultado só não ocorreu em razão da presença de uma das excludentes da responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, fortuito externo, força maior. Ausente a prova de uma dessas causas, a responsabilidade se faz presente.

A responsabilidade civil médica, conforme exposto, em sua essência trata-se de uma obrigação de “meio”, não sendo possível para o médico garantir o resultado esperado pelo paciente, ou seja, uma promessa de cura. Obrigando-se, no entanto, a utilizar todos os meios e cuidados possíveis para obter um tratamento que proporcione um resultado favorável ao paciente, o mais próximo possível do esperado por este. No entanto deve agir com diligência e prudência, de acordo com a análise de cada caso, por se tratar de seres humanos, sendo o tratamento passível de complicações, que independem da atuação do profissional, como por exemplo os fatores biológicos do paciente, também é necessário o correto cumprimento das orientações médicas pelo paciente.

No entanto, quando se fala em medicina estética, temos a obrigação de “resultado”, considerado pela doutrina uma exceção. Nesta obrigação o profissional obriga-se a alcançar um resultado prometido, surgindo a sua responsabilidade de reparação quando este resultado não é alcançado. Nesta obrigação, a culpa do profissional é presumida, cabendo ao médico provar as excludentes de responsabilidade.

Alguns autores defendem que as cirurgias estéticas reparadoras são obrigações de meio, pois visam reparar cicatrizes ou danos ocasionados por algum tipo de acidente. Já nas cirurgias estéticas de embelezamento, os profissionais prometem um resultado objetivo ao paciente, garantindo pleno sucesso no resultado, considerado por muitos uma prática ilegal, conforme Rosário (2009, p. 83):

A Resolução nº 81/97 do CREMESP (D.O.E. de 19.06.1997), em relação a expectativa de um resultado favorável, descreve, em seu art. 4º, que: “Na cirurgia plástica, como em qualquer especialidade médica, o médico não deve prometer resultado ou garantia de tratamento. O médico deverá

informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.”

Neste caso, de acordo com a resolução supracitada, mesmo nas cirurgias plásticas o médico não deve prometer um determinado resultado, pois em muitos casos, os resultados dependem de fatores externos, como seguir corretamente o tratamento e as recomendações médicas, reações a medicamentos, entre outros. Mas, deverá informar todos os riscos e benefícios do procedimento de forma clara, de preferência através do termo de consentimento informado, fornecido antes da realização do procedimento.

## 2.6 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O atendimento médico-paciente, pode se originar tanto de natureza contratual quanto extracontratual. Na relação contratual, poderá existir um contrato escrito ou de forma tácita, pois desde o momento em que o médico atende um paciente origina-se entre eles uma relação jurídica, mesmo não existindo um contrato escrito, e, caso ocorra a violação dessa relação jurídica, acarretará a responsabilidade civil, sendo assim, existirá o dever de indenizar, conforme destaca Rosário (2009, p. 85):

Na responsabilidade contratual, o dever jurídico maculado possui por base a vontade dos contratantes, ante a não-observância da obrigação contraída pelas partes, que enseja a responsabilização. O art. 421 do Código Civil regula a liberdade de contratar, desde que os pactuantes observem a função social do contrato, cujos elementos nodais são a ética e a boa-fé objetiva. Assim, quando uma das partes do contrato violar o dever jurídico oriundo do contrato por ela firmado, surgirá a responsabilidade contratual.

Gonçalves (2016, p. 265), concorda nesse mesmo sentido ao declarar que “Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e seu médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica”.

Quanto a presunção de culpa na relação contratual, Kfoury Neto (2010, p. 75), afirma que “O fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a

culpa. O médico não se compromete a curar, mas proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão”.

A responsabilização médica de natureza contratual, encontra seu fundamento no art. 1.056 do código civil, de acordo com Aguiar Jr. (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 509) “não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”.

Kfouri Neto (2010, p. 510) defende que a relação contratual “deriva de um contrato entre paciente e profissional, na maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente”. Sendo assim, basta o autor da ação, o qual foi lesado pelo descumprimento contratual, provar a existência do contrato e seu inadimplemento, demonstrando o dano causado e o seu nexo de causalidade.

Na relação contratual entre médico e paciente, poderá existir 03 fases: a pré-contratual, a contratual e a pós contratual.

Na fase pré-contratual, Rosário (2009, p. 86), destaca 02 correntes:

A primeira ensina que o cerne dessa etapa é a obrigação de pactuar, devendo as partes emitir uma declaração de vontade, já que a vontade é um dos elementos precípuos do contrato, cuja ausência de vontade do agente pode gerar vício de consentimento, como: erro, dolo e coação. A segunda corrente possui como fim principal a imposição de deflagrar novo contrato, revertendo-se em uma obrigação de fazer. A tendência é tornar o pré-contrato em um negócio jurídico, exurgindo uma faculdade de exigir a eficácia imediata de outro pacto.

Em uma relação pré-contratual, as partes analisam as vantagens e desvantagens do contrato, definindo assim a relação jurídica contratual, neste caso, se o paciente marcar a consulta e não comparecer, não existirá o aperfeiçoamento do contrato, não gerando as obrigações da fase pré-contratual. (ROSÁRIO, 2009, p. 88).

A fase contratual ocorre a partir da assinatura do contrato, firmando os direitos e obrigações entre as partes, os quais foram estabelecidos na fase pré-contratual, a partir dessa fase pode ocorrer a responsabilização civil.

A responsabilização opera-se por culpa, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, ou por dolo, vontade consciente do médico ou até mesmo do paciente quando, por exemplo, ingere algum medicamento antes da realização de uma intervenção cirúrgica, ausente ciência e autorização do médico, provocando o insucesso do procedimento. Já o médico, assume a obrigação de atuar observando as normas técnicas e éticas. (ROSÁRIO, 2009, p. 89)



Por último, e não menos importante, ocorre a fase pós-contratual, conforme a autora supracitada (2009, p. 91), a qual inicia-se após o término da fase contratual, “homenageando os princípios da boa fé objetiva, da confiança e da lealdade. Ademais, os chamados deveres acessórios de comportamento permanecem, como o dever de informação, dever de sigilo e dever de cooperação”.

Nesta fase, poderá ocorrer a responsabilização comprovando-se o nexo de causalidade e a demonstração de um comportamento oposto à boa-fé (violação dos deveres acessórios), ocorrendo também a extinção do contrato, pelo seu cumprimento.

## 2.7 NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Uma relação de natureza extracontratual ocorre quando não existe um contrato escrito ou tácito entre as partes. Surgindo, muitas vezes, quando um médico atende um paciente ferido em via pública ou quando uma empresa contrata um médico para prestar assistência a seus empregados, nesses casos, foram as circunstâncias que colocaram médico e paciente frente a frente e não uma vontade de contratar, como ocorre na relação contratual. (AGUIAR JR. *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 510).

No mesmo sentido, concorda a doutrinadora Rosário (2009, p. 78), ao afirmar que:

A responsabilidade extracontratual surge quando, ausente o pacto firmado entre médico e paciente, determinadas circunstâncias do cotidiano realizam o encontro entre médico e doente, cabendo ao profissional o dever de prestar assistência, como no caso de um ferido em plena via pública, ou em situações emergenciais de intervenção em favor de um doente mental e, ainda o médico que trabalha em hospital público como servidor. Nessas situações não há contrato entre médico e paciente. Os casos de urgência e emergência inserem-se na responsabilidade extracontratual, tendo em vista a necessidade imediata de cuidados médicos para salvaguardar a vida do doente.

A autora destaca ainda que a responsabilidade extracontratual difere da responsabilidade contratual em relação ao ônus da prova.

Na responsabilidade extracontratual, o autor da demanda deve provar a ocorrência de uma ou mais modalidades de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – do médico, causador da lesão, além do dano e do nexo causal, isentando-se o profissional de indenizar o autor, caso não

haja a configuração do ônus probatório. (ROSÁRIO, 2009, p. 80)

Diferente da relação contratual, em que basta o paciente lesado provar sua inexecução demonstrando o dano e o nexo de causalidade, na relação extracontratual será necessário a comprovação de culpa do profissional, cabendo o ônus da prova ao autor, pois o médico está atuando em situações excepcionais, na maioria das vezes em casos de urgência e emergência, cumprindo assim seu dever como profissional.

## 2.8 RESPONSABILIDADE MÉDICA E O CDC

A prestação de serviço médico também se enquadra no código de defesa do consumidor (CDC), uma vez que o médico é considerado um profissional liberal, tendo o CDC o objetivo de proteger os interesses dos pacientes como destinatário final da prestação de serviço.

Sendo assim, existem algumas consequências da aplicação do CDC na prestação dos serviços médicos, conforme descreve Miragem (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 701):

Às consequências da aplicação do CDC à responsabilidade civil médica são diversas. Em primeiro lugar, nota-se que a série de direitos básicos do consumidor, dentre os quais o direito à vida, saúde e segurança (art.6º, I), à informação (art. 6º, III), à efetiva prevenção e reparação de danos (art. 6º, VI), assim como a facilitação da defesa (art. 6º, VIII), outorgam ao consumidor-paciente, vítima de danos decorrentes da má prestação de serviços médicos, um regime favorável em matéria de responsabilidade do profissional médico e das instituições hospitalares e clínicas.

Quando tratar-se de responsabilidade dos hospitais e clínicas, a regra será a responsabilidade objetiva, não sendo necessário a demonstração de culpa (art. 14 CDC), diferente da prestação de serviços do médico como profissional liberal, que exige como condição a verificação da culpa (art. 14, §4º). (MIRAGEM *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010)

Na responsabilidade do médico como profissional liberal, pode-se destacar a interpretação de Rosário (2009, p. 110):

A responsabilidade do médico, pessoa física na qualidade de profissional liberal é subjetiva, apurando-se a culpa, o dano e o nexo de causalidade, conforme descrito no §4º do art. 14 do Código Consumerista. A presença de

pelo menos uma das modalidades de culpa deverá resta demonstrada (negligência, imprudência ou imperícia), levando-se em consideração que a medicina é uma arte, surgindo, pois, a avaliação subjetiva.

No que diz respeito ao direito de informação previsto no CDC, em seu art. 6º, III, explica o doutrinador Gonçalves (2016, p. 268), que:

Está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, “bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. O aludido dever abrange o de informar o médico acerca do progresso da ciência e sobre a composição e as propriedades das drogas que administra, bem como sobre as condições particulares do paciente, realizando, o mais perfeitamente possível, a completa anamnese<sup>4</sup>.

O CDC, em seu art. 39, VI, veda a execução da prestação de serviços médicos sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, podendo ser aplicado uma multa como sanção administrativa, caso haja descumprimento dessa obrigação, previstas no art. 56, I e 57 do CDC. (MORAES *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 592)

Em seu art. 14, §4º, o CDC prevê as excludentes de responsabilidade da prestação dos serviços médicos, as quais são: Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros e inexistência do defeito; atribuindo ao médico o caráter probatório das excludentes na prestação dos serviços. Quando tratar-se da inexistência do defeito, confunde-se com a existência de culpa no que se refere ao descumprimento dos deveres que lhe são impostos. Já na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, deve-se demonstrar essa hipótese de forma inequívoca, demonstrando a ocorrência do dano, sem qualquer espécie de concorrência do médico ou da violação do seu dever de segurança para com o paciente. (MIRAGEM *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010)

Referente a reparação de danos, o CDC consagra o princípio da reparação integral dos danos ao consumidor.

Uma vez comprovado o nexo causal entre o defeito do serviço e o dano sofrido pelo consumidor, o profissional seria responsável tão somente pela reparação do dano patrimonial. Ocorre que invocou o CDC ao prever no art. 6º, VI, como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”. (MORAES *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 592)

---

<sup>4</sup> Anamnese: é uma entrevista médica utilizada por psicólogos e médicos que possui técnicas para poder estabelecer uma avaliação e diagnóstico do indivíduo. É a base a partir da qual se pode estabelecer um tratamento ou iniciar uma psicoterapia de apoio ou outra qualquer.

Devendo, de acordo com o CDC, ser reparados todos os prejuízos, sejam causados diretamente pelo fato ou em consequência direta deste, afastando a possibilidade de redução equitativa de indenização pelo grau de culpa, prevista no art. 944 do código civil. (MIRAGEM *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010)

A análise da gravidade determinará o quantum indenizatório. Há quem afirme que o disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil segue na contramão da reparação integral. Reparar integralmente o dano, entretanto, não pode ser sinônimo de repará-lo injustamente, sem levar em conta as circunstâncias do caso. (KFOURI NETO, 2010, p. 80)

Conforme Kfouri Neto, o código civil defende a graduação da culpa, visando uma reparação de acordo com a gravidade do ato culposo, devendo o juiz avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência do profissional, para após essa análise determinar à quantificação da indenização.

## 2.9 RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO

No desempenho da atividade da medicina, em muitas situações torna-se necessário o trabalho de uma equipe de profissionais, nestes casos, pode-se considerar como equipe médica: os médicos, enfermeiros, auxiliares, anestesistas, entre outros. Necessitando a atuação de mais de um profissional médico pode ocorrer a individualização da responsabilidade, para que não ocorra injustiças, mas também é possível responsabilizar o cirurgião-chefe pela ação ou omissão de seus subordinados, conforme explica Rosário (2009, p. 22):

Todavia, é possível que o cirurgião chefe seja o responsável – culpa presumida – pelo dano causado nos trabalhos por ele ordenados. Assim o ideal é que o médico responda não só por fato próprio, mas também pelo de terceiros, quando existe relação de subordinação.

Concordando neste mesmo sentido, temos a explicação dada por Gonçalves (2016, p. 268):

O médico responde não só pro fato próprio como pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens. Assim, por exemplo, presume-se a culpa do médico que mandou sua enfermeira aplicar determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente.

No tocante a responsabilização do profissional por fato de terceiro

baseando-se no CDC, destaca Miragem (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 703), referente as excludentes de responsabilidade:

Já no que se refere da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, em primeiro lugar destaca-se que, no regime do CDC, qualquer dos membros da cadeia de fornecimento, tais como o profissional médico, o responsável pelo serviço de transporte médico, membros da equipe médica, não é considerado terceiro para efeito de exclusão da responsabilidade do médico ou da instituição hospitalar frente ao consumidor.

No entanto, existem casos em que ocorrem as excludentes de responsabilidade por culpa de terceiro, ocorrendo o rompimento do nexo causal através de um ato lícito ou ilícito, quando praticado por um terceiro que não está diretamente subordinado ao médico.

São excludentes de responsabilidade médica, a conduta culposa da vítima (paciente que não segue as orientações médicas, tornando-se inadimplente), o fato de terceiro (conduta dolosa ou culposa de outrem que não o médico), caso fortuito ou força maior (anomalias), que modificam a relação de causalidade. O erro profissional que corresponde ao risco não possui conexão com a culpa, nas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência. (ROSÁRIO, 2009, p. 23)

Deste modo, entende-se que o médico só pode ser responsabilizado civilmente por fato de terceiro quando este está diretamente subordinado as suas ordens e tenha seguido instruções errôneas do médico, podendo ocorrer a individualização da responsabilização quando o erro ocorrer devido a conduta pessoal do subordinado, o qual não seguiu as orientações do profissional. Existindo a quebra do nexo causal por ação culposa ou dolosa de terceiro, que não está diretamente subordinado ao médico, ocorrerá uma excludente de responsabilidade, desta forma, o profissional não poderá ser responsabilizado.

## 2.10 O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Um dos deveres que o médico possui e que também é uma causa da responsabilidade civil, é o dever de prestar todas as informações necessárias ao seu paciente a respeito do tratamento a ser realizado, exceto quando se tratar de atendimento de urgência, pois a falta de informações adequadas do médico, por si só, já gera indenização por dano moral.

Para que isso ocorra da forma mais transparente possível foi criado o termo de consentimento informado, visando possibilitar a comprovação de que o médico passou todas as informações necessárias para seu paciente, possibilitando uma forma do paciente auxiliar nas decisões necessárias ao seu tratamento.

Porém, muitos médicos têm-se utilizado do termo de consentimento informado como uma forma de se isentar de possíveis erros médicos durante o tratamento e não como um instrumento que visa prestar informações ao paciente.

No diálogo médico/paciente, o médico elucidará todas as informações sobre o tratamento a que o paciente será submetido, informando todos os riscos, os efeitos colaterais e as consequências do tratamento. Além disso, é necessário que o médico não informe apenas um tratamento, mas que forneça informações sobre outros procedimentos possíveis, ou que o paciente receba até mesmo uma segunda opinião. Para que o termo de consentimento informado seja completo, faz-se necessário que o paciente obtenha o direito de escolher a forma de intervenção com base nas informações recebidas no decorrer do diálogo. (BOCCACIO, 2013, p. 01)

Entende-se assim, que o termo de consentimento informado é um meio de participação do paciente no seu tratamento, o qual deverá ser informado de todos os riscos que possui, inclusive outras formas de tratamento, para que ele possa optar pela melhor forma de conduzi-lo, respeitando suas opiniões e crenças, respeitando também o princípio da autonomia da vontade e demonstrando uma conduta de boa-fé do profissional. Este termo está previsto no Código de Ética Médica em seus arts. 22, 24, 31 e 34.

Para que este termo tenha validade é necessário a capacidade do paciente, quando este não for capaz o termo deverá ser assinado por seu representante legal. Conforme explica Clotet (2000, *apud* BOCCACIO, 2013, p. 01):

Componente essencial para firmar o termo de consentimento informado é a capacidade civil da pessoa, que permite consentir ou não – capacidade de tomar decisões livres e voluntárias, ou seja, a capacidade de autodeterminação. Contudo, para que o termo de consentimento possa ser validado e legal, é indispensável a plena capacidade do paciente para o ato.

Este termo deve ser fornecido com antecedência ao paciente, para que ele reflita sobre a aceitação ou não do procedimento, nunca momentos antes do procedimento operatório, podendo ser caracterizado como ato abusivo, desrespeitando o princípio da boa-fé, perdendo assim sua validade.

Para ter sua função totalmente atingida e, portanto, ser caracterizado como livre de qualquer coação, o termo de consentimento informado deve ser realizado antes do procedimento operatório. Torna-se necessário que o expert informe ao paciente, de forma minuciosa, todas as informações pertinentes ao procedimento cirúrgico com a maior antecedência possível,

ensejando, assim, que ele possa refletir e pensar se realmente deseja submeter-se às possíveis consequências explicadas no termo de consentimento informado. (BOCCACIO, 2013, p. 01)

Porém, existe casos em que a doutrina defende que não há necessidade de fornecer o termo de consentimento informado, o que ocorre em casos de urgência:

A doutrina prevê momentos em que não há a necessidade da elaboração do termo de consentimento informado. Esses casos ocorrem quando há iminente risco de morte, quando o procedimento é urgente e quando a necessidade de operação é demasiada para esperar e prestar os esclarecimentos necessários para o paciente ou responsável. Nesse momento, o termo de consentimento informado não é efetuado, pois a vida do paciente é mais importante que o dever de informar. (BOCCACIO, 2013, p. 01)

O termo deverá sempre ser fornecido ao paciente capaz ou a seu representante legal, com antecedência aos casos de procedimento médicos, prestando todas as informações necessárias para que o paciente possa optar pela realização ou não do procedimento e da existência de outras formas de tratamentos. Visa informar e esclarecer todas as dúvidas sobre o procedimento a ser realizado e a falta dessas informações pode acarretar indenização por danos morais.

## 2.11 DELIMITAÇÃO DO “ERRO MÉDICO”

Um ponto importante para a obrigação civil médica é a delimitação do erro médico para que seja possível sua reparação, distinguindo até que ponto o resultado negativo de um tratamento é consequência da reação do paciente ao tratamento, do estágio avançado da doença ou resultado de um erro médico.

Neste sentido a doutrina utiliza a obrigação de meio e de resultado, para fazer esta distinção, conforme explica Carlos Branco (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 545):

Assim como o advogado, o médico não se compromete com um resultado, mas a prestar sua assistência, de forma diligente, prudente e atenciosa. Não compete ao médico restituir a saúde do paciente, objetivo que não integra sua prestação, mas utilizar suas técnicas e seus conhecimentos da melhor forma possível, para atingir este objetivo. Em virtude disto, afirma-se que a obrigação do médico é de meio e não de resultado.

O médico obriga-se a prestar o serviço agindo com toda diligência e cuidados necessário para atingir o resultado esperado pelo paciente, não se obrigando a cura-lo, pois, esse resultado não depende somente da vontade e dos esforços do médico, ocorrendo muitas vezes a interferência de fatores externos a relação.

Para que ocorra a comprovação do erro médico, a prova do dano será realizada de acordo com a conduta do profissional, verificando sua culpa, ou seja, se agiu de forma prudente, diligente e com a perícia que a situação exige de acordo com o caso, mesmo que o resultado não seja satisfatório para o paciente. Caso isso não ocorra, poderá concretizar-se o erro médico.

A inutilidade da discussão está em que, sendo conteúdo da ação do médico um agir diligente, dentro de determinados padrões técnicos, e não a obtenção de determinado resultado, a prova do dano não poderá ser feita pela comprovação de um resultado insatisfatório, no caso de um agravamento de um problema de saúde ou até a morte, pois tal resultado está para além da prestação e das próprias possibilidades do profissional, eis que dependem de uma série de fatores externos. (CARLOS BRANCO *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 550)

Sendo assim, pode-se distinguir a correta atuação do médico do erro médico, através de sua conduta como profissional, não sendo responsabilizado por erro médico se ele agiu de forma prudente, diligente e com perícia no atendimento, utilizando de todos os meios e técnicas possível para obter um resultado favorável ao seu paciente, mesmo que isso não ocorra.



### 3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, mas vem ganhando força em nossos tribunais. No entanto, esta teoria vem sendo aplicada há décadas em outros países, principalmente da Europa, consiste na probabilidade do agente danoso privar alguém de obter uma vantagem, um resultado útil, de se evitar um prejuízo ou uma perda, mostrando-se uma grande aliada quando se trata de reparação por danos em que não é possível provar o dano certo e determinado, decorrente da conduta danosa do autor e o seu nexo de causalidade.

A aceitação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência pátria é um fenômeno relativamente recente, já que a imensa maioria dos acórdãos encontrados foi julgado nos últimos dez anos. A referida produção jurisprudencial tem ressaltado a criatividade de nossos julgadores, porém, a falta de uma aplicação mais criteriosa dos requisitos da teoria da perda de uma chance tem levado a soluções perigosas ou, no mínimo, pouco ortodoxas. (RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA; 2011. p. 153)

Sendo assim, inicia-se o estudo da teoria da perda de uma chance, primeiramente com sua evolução história e na sequência com a análise de alguns de seus requisitos de aplicação utilizados por nossa doutrina e jurisprudência.

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em nosso ordenamento jurídico, o dever de reparação está assegurado pelo código civil de 2002, analisando-se os elementos da responsabilidade civil, porém, para reparação necessita-se a comprovação do dano, que deve ser certo e determinado, do agente causador e o nexo de causalidade. Em muitos casos podemos visualizar o prejuízo da vítima, decorrente da expectativa em conseguir um determinado benefício ou evitar um prejuízo ainda maior, mas, não sendo possível a comprovação desses elementos da responsabilidade civil seria inviabilizado o ressarcimento desses prejuízos.

Busca-se a aplicação da teoria da perda de uma chance, não objetivando a reparação do dano final, o qual deve ser certo e determinado, mas,

pela perda da chance que certamente iria ocorrer beneficiando um melhor resultado para o autor caso o evento danoso não ocorresse, não sendo admitidos no ordenamento jurídico brasileiro a mera expectativa da chance, ou seja, chances incertas e pouco prováveis. Conforme explicado pelo doutrinador, referindo-se à possibilidade de chance de cura de um paciente:

“Todavia, deve-se ressaltar que deverá restar demonstrada a existência de probabilidades plausíveis, bem como confirmação inequívoca, preferencialmente científica, de que havia a possibilidade de cura. Concomitantemente, deverá o paciente demonstrar as suas condições clínicas, que poderiam alterar o resultado pretendido, por si só. (GONDIM *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 499)

Portanto, deve-se comprovar que a chance perdida realmente iria ocorrer, requerendo o ressarcimento pela perda da “oportunidade” de ganho ou de se evitar o prejuízo, excluindo-se as meras possibilidades, pois se esse ganho fosse certo e determinado, estaríamos discutindo outro ramo do direito civil, que trata de lucro cessante.

### 3.2 HISTÓRICO

Inicialmente, o primeiro julgado que se tem notícias de indenização pela perda da oportunidade foi no final do século XIX, na Europa, em um julgado da 1ª Câmara da Corte de Cassação da França, ao decidir por indenizar o autor de uma demanda pela perda de todas as chances de êxito durante um procedimento, por conta da atuação de um oficial. (SILVA, 2013 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 01)

Outro caso ocorreu em 1911, na Inglaterra, quando os juízes condenaram o réu a pagar 25% do prêmio, como indenização a uma das 50 finalistas participante do concurso de beleza, por impedi-la de participar da fase final do concurso. Entendeu-se que com a proibição, a candidata foi privada da chance de concorrer a um dos 12 prêmios. (SILVA, 2013 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 01)

No entanto, na seara médica, essa teoria foi efetivamente aplicada na França em 1963, denominada *la perte d'une chance de guérison*, conforme Rosário (2009, p. 08):

Em 1963, publicou-se em um periódico francês um acórdão, exarado a partir do caso que envolvia um indivíduo com ferimento no pulso. Este fez

uma radiografia e como nenhuma fratura foi constatada, retornou imediatamente suas atividades laborais. Anos mais tarde, ao sentir dores fortíssimas, consultou o médico, detectando-se, através da primeira radiografia, que havia uma fratura sem deslocamento. A vítima propôs uma ação contra o médico que não interpretara corretamente a radiografia e o Tribunal de Grenoble considerou que se o diagnóstico tivesse sido correto, evitar-se-ia a formação de pseudo-artrose com persistência de uma fragilidade do pulso. Concluiu-se que a não aplicação do tratamento impôs-lhe uma privação de cura e condenou o médico ao ressarcimento dos danos.

Outro exemplo da aplicação da teoria da perda de uma chance que ocorreu na França, também na década de 60, foi a realização de uma cirurgia sem os devidos exames pré-operatórios, conforme citado por Oliveira (2016, p. 01):

No ano de 1969, a corte francesa julgou outro caso, ainda de caráter médico, em que a teoria foi aplicada. Em referido julgado, um paciente que sofria de apendicite foi submetido a procedimento cirúrgico e faleceu após sua realização. Menciona-se, contudo, que o paciente não foi submetido aos exames pré-operatórios necessários, que poderiam ter-lhe dado uma maior chance de sobrevivência, pois dariam maior segurança aos médicos que realizaram a cirurgia. Nesse caso, a fixação da indenização se deu não com base na morte do indivíduo, mas em razão da não realização dos exames pré-operatórios, pois teria sido a ausência deles que teria retirado do paciente a chance de sobreviver.

Mais tarde, a jurisprudência francesa passou a aplicar a teoria da perda de uma chance em outros casos, não necessariamente relacionados a esfera médica, conforme Silva (2013 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 01) “a Corte de Cassação Francesa também apreciou diversos casos de perda de uma chance em jogos de azar, competição esportiva, falha de atuação de advogado, quebra de dever de informar, entre outras”.

Após essa teoria consolidar-se na jurisprudência francesa, também passou a ser aplicada e defendida por doutrinadores de vários países da Europa, como exemplo temos sua aplicação na Itália, onde inicialmente houve resistência em sua aplicação, de acordo com Melo (2007, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01):

O primeiro caso aceito na Corte Italiana ocorreu no ano de 1983, quando uma determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participarem de um processo seletivo para contratação de motoristas. Os candidatos foram submetidos a diversos exames médicos, contudo alguns destes foram impedidos de participarem das demais provas de direção e cultura, das quais eram necessárias para a conclusão do processo seletivo, movendo ação contra a empresa pela perda da oportunidade de realizarem os exames necessários para admissão no emprego. Posteriormente, em segunda instância o tribunal reformou tal decisão considerando que o dano decorrente da perda de uma chance não seria indenizável, uma vez que seria um dano tão somente potencial.

Mas, conforme Mota (2011, p. 01), essa teoria já era objeto de estudo na doutrina italiana desde a década de 40, quando:

Giovani Pacchioni tratou do assunto na obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos citados pela doutrina francesa, indagando que referida teoria ocorreria quando a conduta culposa de alguém privasse a oportunidade de outrem de obter uma vantagem. Cita exemplos, tais como, um pintor que envia pelo correio um quadro para uma exposição, mas, por culpa deste, não chega em tempo ou é destruído.

Mota (2011), destaca que o referido autor era contrário à aplicação da teoria, pois defendia que no exemplo do pintor, que ele teria direito de reclamar, mas a mera possibilidade de uma chance teria apenas valor social, não valor de mercado. Sendo defendida favoravelmente mais tarde por outro doutrinador italiano, sendo que:

Este entendimento só foi combatido em 1966 por Adriano de Cupis quando abordou favoravelmente a teoria na obra intitulada *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, sendo apontado como o responsável pela compreensão desta nova teoria no Direito Italiano, segundo narra Savi. Utilizando-se do exemplo do pintor já referido, reconhece o jurista que não se tem certeza que caso o quadro chegasse em tempo para a exposição o seu autor seria vencedor, não podendo ser indenizado no valor do prêmio que eventualmente receberia, pois configurado estava o caso de dano hipotético, não indenizável. (SAVI, 2006, *apud* MOTA, 2011, p. 01)

Com o passar dos anos, a teoria da perda de uma chance foi inserida na jurisprudência italiana, de acordo com Mota (2011, p. 01) “aceitando-a como um dano indenizável, na espécie dano emergente, usando de cálculos probabilísticos para alcançar valor da indenização”.

No Brasil, as primeiras notícias que se tem da teoria em comento são da década de 90, a qual apesar de encontrar resistências em nossa jurisprudência, vem cada vez mais sendo objeto de estudos por nossos doutrinadores. A teoria foi tratada inicialmente no do Rio Grande do Sul, julgado em que é discutida pela primeira vez, mas, não foi concedida a indenização ao litigante pela perda da chance, sendo:

Oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, oportunidade na qual não foram aplicados os preceitos da perda de uma chance. Cuidava-se de uma ação de indenização devido a ocorrência de erro médico, na qual a requerente havia submetido-se a uma cirurgia para correção de quatro graus de miopia, resultando em dois graus de hipermetropia e cicatrizes que acarretaram névoa no olho operado. Na oportunidade, entendeu o pretório que era possível estabelecer um vínculo de causalidade entre o ato do médico e o dano final sofrido, não podendo, portanto, se falar em indenização por perda de uma chance. (SAVI, 2006 *apud* MOTA, 2011, p. 01)

Entretanto, ressalta Savi (2006, *apud* MOTA, 2011, p. 01)

Que um ano depois, quando uma senhora buscava o recebimento de pensão previdenciária em razão da morte de seu marido, o mesmo Desembargador, em outra situação fática, na qual um advogado negligentemente teria extraviado o processo, reconheceu a hipótese de perda de uma chance.

No entanto, um dos casos que mais chamou atenção no que tange a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, foi uma decisão do STJ, em 2005, referente ao caso do “Show do Milhão”, programa conhecido nacionalmente, no qual:

O STJ, mesmo sem fazer longa digressão sobre a teoria da perda de uma chance, silenciando sobre os requisitos e particularidades desta, acatou a tese da defesa, que alegava que a vítima tinha mera possibilidade de lograr êxito na última questão do programa. Assim, como o obstáculo final consistia em uma questão de múltipla escolha, contendo quatro opções, poder-se-ia dizer, estatisticamente, que a vítima possuía 25% de chances de ganhar os R\$ 500.000,00 e, portanto, sua chance valeria R\$ 125.000,00. (RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 161)

Nota-se então que desde que se iniciaram as primeiras discussões sobre a teoria no Brasil, seus estudos têm sido cada vez mais aprofundados por vários doutrinadores, alguns a favor e outros contra sua aplicação. Lentamente a responsabilização pela perda de uma chance vem ganhando força em nossa doutrina e jurisprudência, que passou a decidir inúmeros casos envolvendo aplicação da teoria em questão, baseando-se nos estudos desses doutrinadores e analogia a alguns artigos do código civil.

### 3.3 CONCEITO

A reparação civil através da teoria da perda de uma chance está baseada na prática de uma conduta ilícita, em que a vítima perde a oportunidade de obter uma vantagem ou pelo menos de evitar um prejuízo maior, baseando-se nas probabilidades de êxito caso o evento danoso não ocorresse.

O termo chance pode ser entendido como “oportunidade” de acordo com Savi (2006, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01):

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a

melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizamos, [...], a expressão perda de uma chance, não obstante entendermos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade.

No entanto Cavelieri Filho (2008, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01) explica a teoria da perda de uma chance no seguinte sentido:

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

De acordo com o doutrinador, trata-se de uma chance meramente hipotética, pois não se pode prever o resultado final, sendo calculado através das probabilidades da vítima em obter êxito caso o evento danoso não tivesse ocorrido, o que pode ser melhor explicado nas palavras de Silva (2007, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01):

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe conferir um caráter de certeza.

Contudo, na seara médica a responsabilidade civil surge pela perda de uma chance de cura, através da ação ilícita do agente e a lesão ocasionada à vítima, privando-a de obter melhores resultados em seu tratamento. Destacam-se assim as palavras de Rosário (2009, p. 07):

O pressuposto basilar da perda de uma chance de cura consiste no dano moral causado pelo profissional por falta de diligência e prudência na realização do ato médico. A responsabilidade se configura em razão da perda da possibilidade de conseguir um resultado favorável e não em virtude da vantagem perdida. Distingue-se o resultado perdido de chance de obtê-lo. Perdida a chance, o dano é certo. O ilícito decorre da ausência de todas as oportunidades que deveriam ser oferecidas ao paciente, com o intuito de cura, privando o doente de prosseguir a saúde perdida. Nesse caso, surge a possibilidade de um pedido de indenização à luz dos princípios norteadores da responsabilidade civil.

Entende-se que a responsabilização pelo dano em si não será

imputado ao agente causador, pois o código civil já prevê a reparação pelo dano causado por culpa do agente, na aplicação da teoria o agente será responsabilizado pelas chances perdidas pela vítima, “as doenças de que o paciente poderia ter se recuperado, ou sobrevivido, caso o profissional tivesse agido de forma diligente, perita e prudente” Gondim (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 496). Muitas vezes privado de um tratamento que lhe garantiria melhores resultados de cura, reduzindo suas chances de uma melhora mais significativa, devido a conduta do agente danoso.

### 3.4 NATUREZA JURIDICA

Referente a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, muitos doutrinadores tentam enquadrá-la como lucro cessante ou danos emergentes, no entanto ela não pode ser enquadrada nesses dois ramos da responsabilidade civil, já que não se trata nem da diminuição do patrimônio da vítima nem do que ela deixaria de lucrar caso o dano não tivesse ocorrido e sim da probabilidade de um resultado esperado pela vítima. Nesse sentido temos o entendimento de Venosa:

A indenização deverá ser da ‘chance’ e não do ganho perdido. Não se identifica com que se deixou de receber; a medida desse dano deve ser apreciada judicialmente segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza e sem que deva se assinalar com o eventual benefício perdido. (2005, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01)

No entanto, existem dois pressupostos da responsabilidade civil que podem ser destacados para a caracterização da perda de uma chance, sendo o nexos causal e o dano. Conforme citado por Gondim:

Trata-se de uma nova visão do instituto da responsabilidade civil, que admite apenas a responsabilidade nos casos em que ocorra a conduta do agente, o dano certo e atual e o nexos de causalidade entre ambos. Pois a teoria da perda de uma chance traz novos dimensionamentos para o nexos causal e o dano, sem abandonar totalmente os conceitos clássicos. (GONDIM *apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 490)

Para que a teoria em questão fosse enquadrada como lucro cessante ou dano emergente, o autor da pretensão teria que provar de forma inequívoca que não obteve o resultado final pretendido por culpa do agente

causador do dano, sendo que a aplicação da teoria se baseia na probabilidade de que o resultado favorável ocorreria, nunca na certeza absoluta. Conforme descrito por Savi:

No caso dos lucros cessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, se permanecerá sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva. (SAVI, 2006, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01)

Desta forma, muitos doutrinadores defendem a teoria da perda de uma chance como um novo ramo de dano autônomo, diante de suas características peculiares, intermediário entre o lucro cessante e danos emergentes. Por não se enquadrar aos tipos de danos já existentes na responsabilidade civil, o autor deve provar a probabilidade de um prejuízo e seunexo causal. Conforme defendido por Melo (2007, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01):

Assim, o enquadramento desse dano não cabe exatamente no dano emergente nem nos lucros cessantes, ante a probabilidade e não certeza de obtenção do resultado aguardado. Entendo que se trata de uma terceira espécie indeterminada de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante.

A distinção entre a teoria da perda de uma chance e o lucro cessante está na quantificação dos danos, pois a perda de uma chance baseia-se na probabilidade de sucesso, não existindo a certeza do resultado final, sendo assim a indenização será inferior ao que ela receberia se fosse possível comprovar o resultado final. Já nos lucros cessantes, a indenização baseia-se na certeza do resultado final, podendo-se verificar com certa exatidão tudo aquilo que ele realmente deixou de ganhar caso o evento danoso não ocorresse, calculando com probabilidade de certeza o que ele realmente deixou de ganhar pela não ocorrência do resultado final, atribuindo ao autor tudo aquilo que ele realmente lucraria com o resultado favorável. Conforme explica Savi:

Deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível. (SAVI *apud* GOMES, 2016, p.01)

Com a aplicação da teoria da perda de uma chance mudaria a forma de ver a ocorrência do dano, ampliando assim seu conceito, alterando seu foco de



análise do prejuízo final para análise da oportunidade perdida, analisando de acordo com as chances perdidas e estabelecendo sua quantificação de acordo como o grau de probabilidade de sucesso, pois não existe a certeza do que ele realmente deixou de ganhar, ampliando sua função de proteção à vítima.

### 3.5 CHANCES SÉRIAS E REAIS

A busca pela reparação de um dano através da aplicação da teoria da perda de uma chance muitas vezes é barrada nos tribunais brasileiros por se entender que essas chances são de cunho subjetivo, tratando-se em muitos casos de mera esperança, ou seja, uma hipótese de dano, sendo negado seu provimento, pois os tribunais devem analisar essas chances de forma objetiva, observando a seriedade e a realidade das chances perdidas. Conforme o exemplo citado por Silva (2007, *apud* RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 153)

Inicialmente, vale ressaltar que as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-as das simples esperanças subjetivas: um paciente que sofre de um câncer incurável pode manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura. A verificação das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza. Assim somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances. [...] Na hipótese de dano presentes, mesmo de maneira pouco frequente a jurisprudência pode negar a reparação pela falta de seriedade das chances perdidas.

Em muitos casos, principalmente na busca pela perda de uma chance de eventos futuros, a justiça leva em consideração para análise dos danos a proximidade temporal, pois quanto maior o lapso temporal entre o dano e a vantagem perdida, maiores serão as chances de um evento externo interferir para a não obtenção da vantagem esperada, considerando-se assim essa chance perdida como sendo apenas uma hipótese, pois não tem como prever que os eventos irão ocorrer conforme esperado pela vítima, objetivando alcançar as vantagens almejadas por ela. Como exemplo temos um caso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citado por Rodrigues Junior; Mamede e Rocha (2011, p. 155):

Alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se apresentam como paradigmáticos. A Apelação Cível nº 70001076986, julgada em 30-05-2001, decidiu um caso de invalidez de funcionário público gerada por um motim em uma penitenciária do Estado. A vítima, além de

outros prejuízos, demandava a perda de uma chance de auferir, no futuro, melhor posição profissional. Em bem fundamentado voto, o citado tribunal entendeu que as chances do funcionário, que ocupava cargo comissionado, eram por demais hipotéticas.

Neste sentido, o que se indeniza não é o que se deixou de ganhar com a chance perdida, pois para isso bastava a sua comprovação, a indenização pela perda de uma chance busca a reparação pela perda da possibilidade de se obter as vantagens almejadas, ligado a um juízo de probabilidades, em que para isso verifica-se se as chances são sérias e reais. Não se admite expectativas incertas ou improváveis, deve-se provar que a vantagem é algo que certamente iria ocorrer se não fosse a interferência do agente danoso. Destacando-se assim as palavras de Silvio Venosa:

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. A “chance” deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza, segundo avaliamos. Por exemplo, a probabilidade de o cavalo obter vitórias e de o resultado não interposto ser bem-sucedido, nas hipóteses levantadas anteriormente. Ou a probabilidade de o corredor maratonista vencer, estando em primeiro lugar da prova, tendo sido obstado por um espectador. O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constitui uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da “chance”. A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. (VENOSA, 2005, *apud* RODRIGUES, 2012, p. 01)

Conforme Rodrigues (2012, p. 01), deve-se demonstrar as probabilidades de ocorrência do resultado favorável:

Contudo, a vítima não necessita provar de forma específica que a chance certamente iria ocorrer, uma vez que se trata de um processo provável e não absolutamente concreto, para tanto, basta demonstrar que a probabilidade de que a vantagem esperada fosse concreta, com boas chances de certeza, ou seja, a demonstração provável de sua ocorrência para que assim possa ser configurada a perda de uma chance.

No que se refere as probabilidades das chances perdidas destaca o autor a postura utilizada pela jurisprudência italiana, quando se trata da comprovação das chances perdidas.

Oportuno fazer menção ao fato da Corte de Cassação italiana adotar postura peculiar, considerando que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, isto é, que a ação do agente aniquilou 50% das chances da vítima alcançar seu desiderato. (SAVI, 2006, *apud* RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA; 2011, p. 156)

O que causa estranheza a corte italiana permanecer isolada nesse entendimento, pois muitas vezes pode-se comprovar com certeza que a vítima perdeu 20, 30% ou 40% de chance de alcançar determinado objetivo. Nessa hipótese não existe nenhum argumento sólido para negar o provimento dessa ação de indenização utilizando a teoria da perda de uma chance. (RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 156)

Para possibilitar um melhor entendimento referente a aplicação da teoria da perda de uma chance, deve-se estudar os deveres jurídicos sucessivos e originários, ou seja, ocorrendo sua violação de um dever jurídico originário faz surgir um dever jurídico sucessivo, que é a obrigação de indenizar. Sendo assim, deve-se abordar esses temas de acordo com a responsabilidade civil.

### 3.6 DEVER JURIDICO ORIGINÁRIO E SUCESSIVO

O nosso ordenamento jurídico possui um objetivo principal que é proteger o lícito e reprimir o ilícito, conforme as palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 01) “podemos dizer que o direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos”.

Com o objetivo de estabelecer a melhor convivência social possível buscando a compensação do dano, a consequente punição do causador e tentando prevenir e evitar que outros danos sejam praticados, são estabelecidos deveres positivos de dar ou fazer ou negativos de não fazer ou tolerar alguma coisa. A imposição desses deveres jurídicos gera as obrigações, ou seja, existindo a violação de um dever jurídico configura-se um ato ilícito, acarretando na maioria das vezes um dano a outrem, surgindo assim um novo dever jurídico de reparar o dano causado.

Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um dever absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o de reparação do dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 02)

Diante disso surge a responsabilidade civil, através da violação do

dever jurídico originário, devido a um desvio de conduta, causando dano ou prejuízo a outrem e o surgimento de um dever jurídico sucessivo, sendo a consequente responsabilidade de reparar o dano causado decorrente da violação do dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2012)

### 3.7 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO E O DANO

Nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato e o dano, ou seja, entre a conduta culposa e a lesão à vítima, dificultando assim a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, permite-se aplicar como elemento gerador da indenização a teoria da perda de uma chance. No entanto deve-se abordar as duas principais teorias a respeito do nexo de causalidade, sendo elas: a teoria da equivalência e a teoria da causalidade adequada.

De acordo com Rodrigues Junior, Mamede e Rocha (2011, p. 109), a teoria da equivalência foi criada por Von Buri, em 1860, que dizia:

Reputava-se como causa, para fins de responsabilização, qualquer evento considerado, por si só, capaz de gerar o dano. De acordo com essa teoria, entende-se que o dano não teria ocorrido, se não existisse cada uma das condições que foram identificadas anteriormente ao resultado danoso (*conditio sine qua non*).

Essa teoria abrangia de forma ilimitada a cadeia de causas, abrangendo um grande número de agentes causadores do dano e consequentemente o dever de repará-lo, considerando todas as condições que levaram ao resultado danoso, independente de sua maior ou menor proximidade com o evento danoso. Sendo que para Alvim (1972, *apud* RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 109), “nessa direção, afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingiram a humanidade”.

No entanto, a teoria da causalidade adequada, que surgiu no final do século XIX, pelo filósofo alemão Von Kries (*apud* RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 109), “procura-se identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual delas, em tese, independente das demais circunstâncias que também

operam em favor de determinado resultado, é potencialmente apta a produzir o efeito danoso.”

Segundo Agostinho Alvim (*apud* RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 109):

Para saber se a causa é ou não adequada a produzir determinado efeito, questiona-se se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas. Se a relação existir sempre, considerar-se-á que a causa foi adequada a produzir efeito. Se, ao contrário, somente uma circunstância especial explicar essa causalidade, dir-se-á que a causa não era adequada.

Porém, essas duas teorias foram afastadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A primeira por ampliar de forma ilimitadas a cadeia causal, não sendo possível para o magistrado definir quem foi o causador do dano, já que leva em consideração todas as condições que levaram ao dano. A segunda teoria, apesar de limitar consideravelmente as causas a serem consideradas pelo magistrado, também foi afastada, pois nem sempre a causa que se mostra mais apta, revela-se nos casos concretos, como sendo a geradora do dano. (RODRIGUES; MAMEDE; ROCHA, 2011).

No entanto, para Rodrigues Junior, Mamede e Rocha (2011), o ordenamento jurídico brasileiro consagrou em seu art. 403, a teoria da interrupção do nexo de causalidade, conhecida como a teoria da causalidade direta e imediata, que considera apenas as causas vinculadas de forma direta e imediata ao dano, sem interferência de causas sucessivas, ou seja, excluindo assim as causas indiretas ao dano. Porém, essa teoria não enquadrava os dependentes de vítimas de homicídio, as quais eram vítimas indiretas, e que o art. 948, II, CC., previa a obrigação de prestar alimentos as pessoas a quem o morto devia. Para resolver esse problema, a doutrina formulou uma evolução dessa teoria, chamada de subteoria da necessariedade da causa, que diz:

Suposto certo dano, considera-se causa dela a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera-se por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. (ALVIM, *apud* RODRIGUES JUNIOR, MAMEDE; ROCHA, 2011, p. 111)

Apesar de ser adotada a teoria da necessariedade da causa, de forma a prevalecer em nossa jurisprudência, em muitas fundamentações de

decisões acabam invocando a teoria da causalidade adequada. Conforme explicado por Rodrigues Junior, Mamede e Rocha (2011, p. 111):

A despeito das teorias nominalmente adotadas pelos tribunais brasileiros, as decisões revelam-se substancialmente fundamentada na teoria da necessidade da causa, demonstrando que o dever de reparar advém da necessidade existente entre o dano e a atividade. Em termos práticos, os tribunais brasileiros costumam invocar a causalidade adequada, investigando, contudo, em caso concreto, qual a causa mais adequada ou eficiente – ou seja, necessária – para a produção do dano, distanciando-se, portanto, inteiramente, da construção antes exposta relativamente a causalidade adequada.

A teoria da necessidade da causa analisa somente as causas que decorreram necessária, direta e imediatamente ao dano, responsabilizando assim, apenas o ofensor direto e causador do dano. Por esse motivo, muitas vezes os tribunais ainda utilizam em suas decisões baseando-se na teoria da causalidade adequada, pois é possível verificar qual a causa mais adequada para a ocorrência do dano, abrangendo as diversas condições que precedem um resultado, objetivando nos casos concretos todas as possibilidades de responsabilização civil através do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance a maior dificuldade é definir o vínculo de causalidade entre a falha e o dano, pois conforme explica Rosário (2009, p. 140) “o prejuízo decorrente da perda de uma chance não é o dano futuro, e sim atual, pois o resultado que poderia ser almejado no futuro não mais existirá, em razão da perda da chance. O dano resulta do prejuízo provável.”

O magistrado deve analisar cada demanda de acordo com o caso concreto, utilizando a perda de uma chance de acordo com o grau de certeza do dano, não através de hipóteses improváveis. A autora explica a questão do vínculo de causalidade, utilizando a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, nos tratamentos médicos da seguinte forma:

A falha deve ter engendrado um dano, e o vínculo causal entre a falha e o dano deve ser estabelecido. O mais difícil a definir é o vínculo de causalidade. O prejuízo deve surgir de uma consequência certa e direta de um erro médico. O ideal é que a existência de um vínculo de causalidade, proveniente de uma apreciação médica advinda de uma especialidade, se funde em conclusões de peritos designados para determinar ou não a presença deste vínculo causal. (ROSÁRIO, 2009, p. 141)

Observa-se assim, que a autora destaca a necessidade de uma análise por peritos para estabelecer o vínculo de causalidade entre a falha do médico e o dano, isso se faz necessário muitas vezes quando exige-se

conhecimentos técnicos, do qual o magistrado não possui, como é o caso das especialidades médicas, o magistrado não tem conhecimento técnico suficiente para decidir sem a ajuda de peritos, os quais irão elaborar seus laudos técnico e suas conclusões, auxiliando assim na decisão do magistrado.

### 3.8 QUANTIFICAÇÃO DO DANO NA PERDA DE UMA CHANCE

Quando se trata de quantificar o valor da indenização através da perda de uma chance, existem muitos debates a esse respeito, pois a reparação não será com base no resultado final esperado pelo ofendido, almejando a reparação integral dos danos sofridos, pois nesse caso a indenização se confundiria com os lucros cessantes ou danos emergentes.

Existem duas formas de reparação de danos, sendo elas:

A reparação do dano pode ocorrer através de duas maneiras, podendo ser pela reparação natural e pela indenização pecuniária. A primeira trata da própria restauração do status quo através da entrega do objeto lesionado ou a troca deste, nos casos em que existir tal possibilidade. A segunda forma de reparação refere-se à restituição pecuniária ao lesado. As duas formas de reparação têm como objetivo precípua restabelecer a situação anterior à ocorrência do ato ilícito. (MARMITT *apud* GONDIM, 2010, p. 499)

Para a quantificação da reparação pela perda de uma chance, o magistrado irá levar sempre em conta áleas contidas na chance perdida, por isso a indenização concedida pela perda da chance é sempre menor do que a concedida em razão da vantagem esperada pela vítima. Como explicado por Cavalieri Filho (2012, p. 413):

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde é a chance de cura e não a oportunidade de vida. A falta reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura (obrigação de meio). A chance da vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

No entanto, não se pode dizer que não exista a reparação integral na aplicação pela perda de uma chance, muito pelo contrário, a indenização sempre irá reparar de forma integral as chances perdidas, ou seja, a reparação não será em cima do dano final almejado pela vítima e sim uma reparação integral de acordo com

as chances perdidas, levando em consideração as probabilidades de se obter êxito no resultado final. O que é reforçado por Rosário (2009, p. 142), ao citar o art. 944 do código civil, “que determina que: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. O cerne deste dispositivo é atribuir a proteção ao lesado, com o intuito de retorno ao estado primário, ou seja, anterior à ocorrência do fato danoso.”

Diante da dificuldade do magistrado em quantificar os valores, quando se trata da teoria da perda de uma chance de cura na seara médica, Rosário estabeleceu alguns parâmetros que devem ser observados pelo magistrado, sendo eles:

A situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido alcançada. A chance propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. (ROSÁRIO, 2009, p. 144)

O que significa que o valor da indenização não será insignificante, mas sim, que levará em conta o valor ou a situação do lesado caso não ocorresse o dano, ou seja, caso suas chances não tivessem sido frustradas pelo evento danoso, estabelecendo um valor compatível com a lesão sofrida, levando também as considerações pessoais do lesionado, como:

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

O magistrado deverá estabelecer o valor após a análise de cada caso em concreto, analisando os fatos e provas apresentadas em cada caso, buscando estabelecer um valor que não seja irrisório, capaz de não reparar o dano sofrido, podendo até mesmo estimular outros danos pelo causador do ato ilícito. Objetivando sempre que possível a paz social e o respeito à dignidade da pessoa humana. (ROSÁRIO, 2009)

Neste sentido, destaca a autora Claudinéia Onofre de Assunção

Mota:

Destaca-se a importância da observância probabilidade para o reconhecimento da perda de uma chance, bem como para fixação do seu valor reparatório. E a probabilidade aliada à equidade e ao bom senso do



aplicador do direito, certamente, culminará na fixação de um *quantum* indenizatório adequado e apto a reparar todos os danos sofridos, sem, contudo, ser demasiadamente injusto para o agressor. (MOTA, 2011, p. 02)

A indenização pela perda de uma chance não se trata apenas da compensação do ofendido pela chance perdida, mas também da punição do ofensor e da prevenção social, objetivando a dignidade da pessoa humana e a justiça, por tratar de uma nova espécie de prejuízo, ou seja, a chance de se obter uma vantagem.

O próximo capítulo tem objetivo de verificar como os tribunais brasileiros vem aplicando a referida teoria na seara médica, abordando a perda de uma chance de cura, observando os fundamentos para a sua admissibilidade ou inadmissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro através de decisões tanto favoráveis quanto desfavoráveis a aplicação da teoria em questão.

#### 4 DECISÕES JURISPRUDÊNCIAIS

Conforme exposto neste trabalho, após uma breve análise da responsabilidade civil do médico, de acordo com o código civil vigente, apresentado no capítulo 01, observamos que o nosso código garante as vítimas a reparação por danos médicos quando comprovados os pressupostos de negligência, imprudência ou imperícia, provando-se o nexo causal entre a culpa do agente e o dano causado. No entanto, em muitos casos não são possíveis a comprovação desses pressupostos, não ensejando assim o direito a reparação.

Contudo, com o surgimento da teoria da perda de uma chance, apresentada no capítulo 02, possibilitou uma reparação as vítimas que não conseguem comprovar esses pressupostos, a qual não irá indenizar o dano final sofrido pela vítima, mas, suas chances de obter um resultado favorável no tratamento de acordo com as probabilidades de sucesso ou de cura.

Ao longo dos anos, cada vez mais essa teoria vem sendo discutida na doutrina e na jurisprudência brasileira, através de diversos julgados em nossos tribunais, tanto a favor quanto contrários à sua aplicação, principalmente nas áreas cíveis e trabalhistas. No entanto, o objetivo é abordar sua aplicação jurisprudencial com ênfase na reparação por danos causados aos pacientes na área médica, quando não for possível a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil médica, buscando uma reparação através da aplicação teoria da perda de uma chance de cura, aumentando as possibilidades de reparação para aqueles que foram privados de uma chance séria e real de obter um resultado positivo em seu tratamento.

O presente trabalho não tem por objetivo um estudo aprofundado da responsabilidade civil ou da teoria da perda de uma chance, apenas procurando demonstrar seus principais requisitos para aplicação e sua aceitação por doutrinadores e juristas brasileiros, comprovando ser uma modalidade inovadora da responsabilidade civil.

## 4.1 JURISPRUDÊNCIAS

### 4.1.1 Paciente Gravida Com Óbito do Feto

Um caso recente de aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, julgada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com data de julgamento do dia 03 de outubro de 2017, em que a autora entrou com ação contra o Município, pois a casa de saúde e a maternidade são conveniados do SUS e recebem repasses do Município. E em seu voto, o desembargador acatou a aplicação da teoria em questão.

**0151152-68.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª EMENTA DES(A). CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO - JULGAMENTO: 03/10/2017 - NONA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PACIENTE GRÁVIDA QUE PROCURA UM HOSPITAL MATERNIDADE. ATENDIMENTO QUE NÃO É FEITO POR OBSTETRA, E SIM POR ENFERMEIRAS. DIAGNÓSTICO SE REALIZADO NO PRIMEIRO MOMENTO PODERIA TER EVITADO O ÓBITO DO FETO. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL IN RE IPSA CARACTERIZADO PELA COMPROVAÇÃO DA VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS E TRANSTORNOS CAUSADOS PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DO NOSOCÔMIO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR QUE SE IMPÕE. CASA DE SAÚDE E MATERNIDADE QUE É CONVENIADA DO SUS E RECEBE REPASSE DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA SUBSIDIÁRIA DA MUNICIPALIDADE, NA FORMA DO ARTIGO 37, §6º, DA CRFB/88. DANO MORAL QUE DEVE SER MAJORADO, EM ATENÇÃO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E AO CARÁTER PUNITIVOPEDAGÓGICO DA MEDIDA. OFENSA AO DIREITO À SAÚDE. VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE ELEVA PARA R\$200.000,00 (DUZENTOS MIL REAIS). CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA SENTENÇA EM CASO DE DANOS MORAIS E A PARTIR DO DESEMBOLSO EM CASO DE DANOS MATERIAIS, AMBOS ACRESCIDOS DOS JUROS DE MORA DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO NA FORMA DO ART. 1º-F, DA LEI 9.494/97, A CONTAR DA CITAÇÃO, EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/2009 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS Nº 4.357/DF E Nº 4.425/DF. **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO AUTURAL E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.** (TJ-RJ- APL: 0151152-68.2015.8.19.0001 RJ, RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO, DATA DE JULGAMENTO: 03/10/2017, 9ª CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/10/2017) (Grifo meu).****

No caso em questão, a autora estava grávida de seu primeiro filho e no dia 16/01/2015, após sua bolsa romper, dirigiu-se ao hospital maternidade Alexandre Fleming, onde aguardou várias horas para ser atendida e quando

finalmente foi atendida, não foi chamado um médico obstetra, recebendo atendimento apenas por enfermeira e uma médica pediatra, ocorrendo complicações durante o parto. O bebe nasceu com dificuldades de ordem grave, após 05 dias foi constatado que a autora necessitava intervenção cirúrgica, pois estava com restos placentários. No dia 05/02/2015, o bebe foi encaminhado para o hospital da Policia Militar, onde foi constatado morte cerebral.

Em primeiro julgamento, o réu foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100 mil e ao pagamento por danos materiais no valor de R\$ 267,00. A autora entrou com recurso de apelação pela majoração do valor por danos materiais e o Município com apelação pelo desprovimento dos pedidos.

Em seu voto, o relator aceitou a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, pois reconheceu que o fato de não terem acionado um médico obstetra para realização do parto, diminuindo a probabilidade de chance de sobrevivência da criança.

O erro não consiste no que se fez, mas no que se deixou de fazer. Saber se o momento ideal para o procedimento que poderia ter preservado a gravidez foi ultrapassado ou não, restando uma chance de sobrevivência, poderia ser aferido se desde o primeiro atendimento fosse realizado por um obstetra. (APL: 0151152-68.2015.8.19.0001/RJ. DES. CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO. 9ª CÂMARA CÍVEL. 06/10/2017. p. 05)

Dando assim provimento ao recurso da autora, majorando a condenação por danos morais para o valor de R\$ 200.000,00, negando o recurso do réu, mantendo a sentença anterior.

Portanto, houve a aceitação da teoria da perda de uma chance de cura pelo magistrado uma vez que este reconheceu que as provas apresentadas preencheram os requisitos necessários para sua aplicação, diminuindo as chances de sobrevivência da criança devido à falta de um médico obstetra durante o parto, fato este que resultou em complicações, ficando evidente que não foram empregados todos os meios necessários para que ocorresse um resultado favorável ao paciente. O que pode ser reforçado com os ensinamentos de Carvalho (2005, p. 122):

A culpa, decorre, precisamente, de não terem sido dadas todas as oportunidades ao paciente. Presume-se, desta forma a culpa pela perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Entretanto, é necessário que a 'chance perdida' seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea susceptível de comprometer tal chance. Deve-se ter em conta, assim, não apenas a existência do fator álea, mas também

o grau dessa álea, ou seja, leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou iminente da chance de que o consumidor alega ter sido privado

Quanto a majoração dos danos materiais, os magistrados levaram em consideração a quantificação do dano resultante das probabilidades de se obter um resultado favorável pelo paciente.

#### 4.1.2 Falecimento por Falta de Internação na UTI

Com sentença favorável a aplicação da teoria da perda de uma chance, ocorreu em outra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que deu parcial provimento a ação de indenização por danos morais através da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura. O provimento foi parcial, pois o desembargador acatou a aplicação da referida teoria, mas reduziu o valor pleiteado pelo autor.

**0119148-46.2013.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA - 1ª EMENTA DES(A). CESAR FELIPE CURY - JULGAMENTO: 27/09/2017 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. MÃE DO AUTOR QUE FALECEU EM RAZÃO DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL, SEM QUE FOSSE ATENDIDA PELOS ENTES PÚBLICOS A INDICAÇÃO MÉDICA DE INTERNAÇÃO EM UTI, MESMO DEPOIS DE TER SIDO AJUIZADA AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER EM QUE DEFERIDA TUTELA ANTICIPADA DETERMINANDO A INTERNAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM QUE CONDENADAS AS RÉS, SOLIDARIAMENTE, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE R\$100.00,00. APELAÇÃO PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DIREITO À SAÚDE QUE É AMPARADO PELA CRFB/88. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS RÉUS, À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 37, §6º, DA CRFB/88. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, SEGUNDO A QUAL O DEVER DE INDENIZAR SE ORIGINA DA PERDA DA OPORTUNIDADE DE SE OBTER UMA VANTAGEM, NA HIPÓTESE, A PERDA DE UMA CHANCE DE RESTABELECIMENTO DA SAÚDE DA MÃE DO AUTOR. CASO QUE NÃO É DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FALECIMENTO DA MÃE DO AUTOR, EIS QUE NÃO RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE A AUSÊNCIA DE INTERNAÇÃO EM UTI FOI CAUSA DIRETA PARA A MORTE DA PACIENTE, MAS SIM POR TER SIDO NEGADO O CORRETO TRATAMENTO MÉDICO VISANDO À SUA RECUPERAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ NO SENTIDO DE QUE A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL OCORRIDO EM RAZÃO DA PERDA DE UMA CHANCE DEVE SER ARBITRADA EM PROPORÇÃO AO QUANTUM QUE SERIA FIXADO NO CASO DE SE INDENIZAR PELO PREJUÍZO FINAL. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA PARA**

R\$80.000,00. **DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.** (TJRJ - APELAÇÃO 0119148-46.2013.8.19.0001 - REL. DES(A). CESAR FELIPE CURY - DJ: 27.09.2017) (Grifo meu)

No caso apresentado, a mãe do autor deu entrada no dia 15/10,2012, no PAM (Pronto Atendimento Médico), em São João do Meriti, com quadro de acidente vascular encefálico e necessitando internamento em UTI, por não ter a solicitação atendida ajuizou ação judicial, sendo deferida a tutela antecipada, a qual também não foi cumprida, sendo que a mãe do autor permaneceu internada no posto de saúde, ocorrendo seu falecimento no dia 20/10/2012.

O laudo pericial comprovou que o estado da paciente era grave, e necessitava de transferência urgente para tratamento em UTI, em razão do quadro extenso de AVC isquêmico, arritmia cardíaca e suspeita de infarto agudo do miocárdio e que não foram realizados todos os exames necessários para o diagnóstico da paciente.

A decisão foi unânime dos desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em seu voto o relator Cesar Cury (Desembargador relator) defendeu a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, no seguinte sentido:

Deve ser ressaltado que não se trata no presente caso de responsabilidade civil pelo falecimento da mãe do autor, eis que não restou comprovado nos autos que a ausência de internação em UTI foi causa direta para a morte da paciente, mas sim por ter sido negado o correto tratamento médico visando à sua recuperação, sendo certo que, repita-se, a chance de sucesso no tratamento não foi afastada na perícia médica. (TJRJ - APELAÇÃO 0119148-46.2013.8.19.0001 - REL. DES(A). CESAR FELIPE CURY - DJ: 27.09.2017. p. 10)

O relator foi bem claro quando diz que a indenização não é em razão do falecimento da mãe do autor e sim por ter sido negado o correto tratamento médico à paciente, no momento em que não realizaram todos os exames necessários para o diagnóstico da gravidade da doença, reduzindo assim as suas chances de recuperação. Situação que é condizente com a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, pois sendo negado o correto tratamento médico, no caso, a internação da paciente na UTI e a falta de realização de exames mais detalhados, o que não seria garantia de que a paciente sobreviveria, mas, com a falta de internação e realização dos devidos exames, foram reduzidas suas chances de recuperação, ou ao menos, de uma sobrevivida. Como explica o autor Cavalieri

Filho (2012, p. 415):

A responsabilidade civil das entidades hospitalares é objetiva, não exigindo do paciente a comprovação da culpa do nosocômio, mas tão somente a prova do dano e do nexo de causalidade. A teoria da perda de uma chance determina a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.

O recurso foi parcialmente deferido, pois os desembargadores, ao realizarem a quantificação do dano levaram em consideração o princípio da razoabilidade e proporcionalidade das chances perdidas pela vítima, pois não poderia ser comprovado que com a transferência da paciente para a UTI, ela iria ter total recuperação, sendo reduzido o valor da condenação em primeira instância de R\$ 100.000,00, para R\$ 80.000,00, de acordo com as probabilidades de recuperação.

#### 4.1.3 Paciente Falece Enquanto Aguarda Vaga Na UTI

Situação semelhante ocorreu em uma apelação cível no Estado do Paraná, em que era pleiteado a majoração dos danos morais através da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, os desembargadores que julgaram o recurso decidiram pela aplicação a referida teoria.

APELAÇÃO CÍVEL nº 560871-7 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NECESSIDADE DE TRATAMENTO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA. PACIENTE A ESPERA DE VAGA. FALECIMENTO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.** INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL. SOFRIMENTO DOS FAMILIARES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. Configurada a negligência do Estado na prestação de serviço público de saúde à paciente que, após longa espera por um leito em Unidade de Terapia Intensiva, vem a falecer, **incide a "teoria da perda de uma chance de cura", aplicável quando o ato ilícito retira da vítima a possibilidade de obter uma situação futura mais favorável.** 2. A indenização por danos morais deve ser fixada com observâncias das peculiaridades do caso concreto e da razoabilidade, de modo que, ao mesmo tempo em que se deve evitar o enriquecimento ilícito, deve ser observado o seu caráter compensatório e inibidor. **RECURSO (1) PROVIMENTO PARCIAL. RECURSO (2) DESPROVIDO.** (TJPR - 3ª C. CÍVEL - ACR - 560871-7 - LONDRINA - REL.: DESEMBARGADOR CELSO ROTOLI DE MACEDO - UNÂNIME - DJ. 01/09/2009) (Grifo meu)

Em julgamento em primeira instância, o Estado do Paraná e a Universidade Estadual de Londrina, foram condenados ao pagamento por danos morais aos autores em razão do falecimento de Marinez Pires, a qual foi internada no Hospital Universitário de Londrina, permanecendo por quase 07 horas a espera de um leito de UTI, vindo a falecer devido ao agravamento do seu estado de saúde.

O réu em sua apelação alegou que não seria possível aferir se a disponibilidade do leito da UTI teria evitado a morte da paciente, sendo assim não seria possível a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura.

Por unanimidade dos votos, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, decidiu dar parcial provimento aos pedidos do autor, majorando o valor pleiteado por reparação por danos morais para R\$ 15.000,00 para cada autor, sendo que em primeira instância a condenação foi no valor de R\$ 30.000,00 para ser dividido entre os quatro autores.

Conforme voto do relator, o réu não conseguiu provar que não poderia ser revertido o estado de saúde da paciente, caso fosse disponibilizado um leito de UTI.

Com efeito, não tendo sido demonstrado pelos requeridos a irreversibilidade do quadro médico apresentado pela paciente MARINEZ PIRES quando estava à espera de um leito na UTI, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC, deve ser mantida a sentença que aplicou no presente caso a "teoria da perda de uma chance de cura", configurando-se o ato ilícito que dá ensejo à responsabilidade civil. (TJPR - 3ª C. CÍVEL - ACR - 560871-7 - LONDRINA - REL.: DESEMBARGADOR CELSO ROTOLI DE MACEDO - DJ. 01/09/2009. p. 01)

Sendo assim, houve negligência no atendimento médico do hospital, privando a paciente de prováveis chances de sobrevivência, já que se fosse disponibilizado de imediato um leito de UTI a probabilidade de reverter o estado de saúde da paciente seria maior, comprova-se assim que existiam chances sérias e reais de que haveria melhora no tratamento e de sobrevivência do paciente. Conforme a teoria, deve-se disponibilizar todos as formas tratamentos possíveis que resultem em melhora no estado de saúde do paciente, o que não ocorreu no caso em questão.

No entanto, quando se refere a quantificação do dano, podemos citar as palavras de Rosário (2009, p. 148):

A perda da chance de cura provoca um dano pessoal. É claro que não haverá indenização da álea, e, sim, do prejuízo sofrido em razão do serviço não prestado de forma eficiente. O quantum deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, já que não ocorreu o erro



médico tradicional que gera indenização integral, no campo patrimonial e moral.

O magistrado em seu voto, decidiu pela majoração da indenização por danos morais, de forma correta, pois fica difícil quantificar as chances perdidas, principalmente quando se trata de um dano pessoal.

#### 4.1.4 Paciente com Retinopatia

Outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em favor da aplicação da referida teoria, foi em dar provimento ao recurso em que o autor buscava indenização por danos morais através da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, devido a não realização dos exames necessários em seu filho recém-nascido, o que ocasionou deslocamento de retina.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.270.243-1 (NPU Nº 000188849.2001.8.16.0001), DA 18ª VARA CÍVEL DE CURITIBA – REL. DES. LILIAN ROMERO - CÍVEL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA EM MOMENTO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ, PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 136/2011. MÉRITO. RETINOPATIA NA PREMATURIDADE. PACIENTE PREMATURO. **PRETENDIDA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE CURA.** RESPONSABILIDADE DO MÉDICO QUE DEPENDE DA AFERIÇÃO DE CULPA. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA EM RELAÇÃO À ENTIDADE HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, CONTUDO, QUE DEPENDE DA CULPA MÉDICA. INTERNAMENTO EM UTI QUE CARACTERIZA OBRIGAÇÃO DE MEIO. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NECESSIDADE DE AFERIR, NO CASO CONCRETO, A PRETENSA OMISSÃO CULPOSA E A CHANCE SÉRIA E REAL DE CURA.** PACIENTE PREMATURO, SUBMETIDO A OXIGENOTERAPIA, QUE APRESENTOU INFECÇÃO E FOI SUBMETIDO A TRANSFUSÃO SANGUÍNEA. COMPROMETIMENTO DO SISTEMA IMUNOLÓGICO. ELEMENTOS QUE ELEVAM O RISCO DE DESENVOLVIMENTO DA RETINOPATIA. PREVISIBILIDADE DA MOLÉSTIA CARACTERIZADA. ACOMPANHAMENTO OFTALMOLÓGICO QUE DEVE SER REALIZADO ANTES DA OPACIFICAÇÃO DA RETINA. EXAME NÃO REALIZADO EM VIRTUDE DA SUA NÃO PODER JUDICIÁRIO INCLUSÃO NO PROTOCOLO MÉDICO OFICIAL DE TRATAMENTO À ÉPOCA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS, CONTUDO, QUE IMPUNHAM A SUA REALIZAÇÃO. **CHANCE SÉRIA, REAL E PROVÁVEL DE CURA CARACTERIZADA. PEDIDOS PROCEDENTES, MAS EM EXTENSÃO LIMITADA EM DECORRÊNCIA DA PERDA DA CHANCE DE CURA. RECURSO PROVIDO.** (TJPR – 18ª VARA CÍVEL DE CURITIBA. Nº 1.270.243-1 NPU Nº 000188849.2001.8.16.0001 – REL.: DESEMBARGADORA LILIAN ROMERO – DJ: 07/05/2005) (Grifo meu)

Alega o autor que o paciente nasceu no Hospital Saint Clair em 15-05-1996, prematuro e abaixo do peso, sendo submetido a transfusão de sangue, também apresentando sinais de apneia, fatores que podem agravar o risco de retinopatia, permaneceu na incubadora por 10 dias recebendo tratamento com oxigênio. Foi transferido no dia 25/05/1996 para o hospital Pequeno Príncipe, onde foi internado na UTI neonatal, nessa situação seria necessário a avaliação por médico oftalmologista. Esse exame deveria ter sido realizado entre a terceira e quarta semana de vida, mas só foi diagnosticado após o terceiro mês da criança. Alega também que ausência do exame oftalmológico impediu o diagnóstico precoce da doença e o início do tratamento que poderia impedir a cegueira da criança.

O juiz de primeira instância julgou improcedente os pedidos iniciais, alegando que não existia relação direta entre os problemas apresentados, pois poderiam ser ocasionados pela própria prematuridade do recém-nascido.

Contudo, o relator explica que a atividade médica é uma atividade de meio, não sendo possível garantir a cura do paciente, porém a responsabilidade do hospital é objetiva, devendo ser provado a culpa da equipe médica, referindo-se também ao art. 14 do CDC, que trata do atendimento hospitalar, podendo ser demandada ação contra o médico, pessoa física e contra o hospital, pessoa jurídica.

Para sanar as dúvidas referentes aos procedimentos realizados e sua ligação com a retinopatia, foi chamado um médico perito, que respondeu vários questionamentos referentes ao caso apresentado.

Diante do exposto, a relatora apresentou a seguinte decisão a respeito da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura:

É dizer, encontram-se nos autos indícios plausíveis de possibilidade concreta da retinopatia de Hiago ter sido evitada ou amenizada caso o exame oftalmológico fosse devidamente realizado. Já se salientou que a teoria da perda de uma chance convive com um grau de incerteza inevitável, de modo que nunca se trabalhará com determinações seguras. E, no caso, estão presentes elementos suficientemente claros para permitir ao julgador elaborar hipóteses e probabilidades com um mínimo de clareza. Para reforçar, a literatura médica aportada aos autos, especialmente a cartilha de fs. 289/302 e o artigo de fs. 1.052/1.055, indica boas chances de evitar a retinopatia com diagnósticos prévios. (TJPR – 18ª VARA CÍVEL DE CURITIBA. Nº 1.270.243-1 NPU Nº 000188849.2001.8.16.0001 – REL.: DESEMBARGADORA LILIAN ROMERO – DJ: 07/05/2005. p. 01)

Dando provimento, por unanimidade de votos ao recurso apresentado pelo autor, no caso representado pelo Ministério Público, reformando a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância, fixando valores referente a danos

morais no valor de R\$ 10.000,00, ressarcimento das despesas e pensão vitalícia no valor de meio salário mínimo mensal.

Conforme apresentado por Rosário (2009, p. 134) “se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está constituída uma perda de chance, que também constitui um dano em si mesma”.

Sendo assim, observa-se os requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, pois se os exames necessários fossem realizados na terceira ou quarta semana, o quadro de retinopatia teria grandes chances de ser revertido, contudo a não realização dos devidos exames retiraram as chances de cura do paciente.

#### 4.1.5 Falecimento do Paciente Após Retirada da Vesícula

A aceitação da aplicação da teoria da perda de uma chance vem crescendo nos tribunais brasileiros, desde que presente seus requisitos para aplicação, no entanto, existe jurisprudências desfavoráveis, por não apresentar os requisitos necessários ou porque os julgadores não reconhecem a aplicação da teoria em comento no ordenamento pátrio.

**TJ-MA APELAÇÃO APL 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038 (TJ-MA) APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. ERRO MÉDICO. MORTE APÓS CIRURGIA PARA RETIRADA DA VESÍCULA. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CARACTERIZADA. OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. CULPA IN RE IPSA. PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE.** I. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de prestação de serviços médicos, ao qual é aplicável o art. 6º, inc. VIII, do CDC, estando o julgador autorizado a inverter o ônus da prova, que é direito do consumidor e regra de julgamento, podendo fazê-lo em qualquer momento processual, não tendo o CDC fixado limite para que ocorra. II. Referindo-se a erro médico a matéria posta a julgamento, é cabível a inversão do ônus da prova, a qual não é automática, mas sim imposta pelo julgador no caso concreto, desde que verossímeis as alegações ou for hipossuficiente o consumidor, situação manifestada pelo desconhecimento técnico e informativo do serviço, de suas propriedades e dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo. III. Erro médico é a conduta profissional decorrente de imperícia, sendo esta definida com a incapacidade do agente de agir levando em consideração o que sabe ou deveria saber para a realização de uma atividade. Médico imperito é aquele que aplica mal a técnica correta, contendo a sua conduta erro inescusável, pois injustificável ou inadmissível, motivo pelo qual exsurge o seu dever de

reparar. IV. A sistemática do CDC impõe a responsabilidade objetiva do fornecedor por danos causados ao consumidor, contudo, a responsabilidade do médico e demais profissionais liberais é subjetiva, ante o que dispõe o art. 14, § 4º do CDC, devendo ser comprovado que o agente agiu orientado por dolo ou culpa. V. Tendo o laudo pericial e a prova testemunhal colhida atestado que a morte da paciente submetida à cirurgia para retirada de vesícula não decorreu necessariamente da incorreta execução de procedimento cirúrgico pelo médico, afasta-se a configuração de erro médico, bem como do dolo ou culpa, desde que profissional tenha empregado os meios adequados para o caso, inexistam indícios de negligência e de conduta diversa a ser adotada, além de as complicações pós-operatórias apresentadas serem compatíveis com o desdobramento normal de uma cirurgia da mesma espécie, ainda que graves. VI. Obrigação de meio é aquela em que o profissional tem a obrigação de apenas proporcionar o melhor tratamento e fazer uso dos meios adequados e técnicas aceitas. VII. Obrigação de resultado é aquela em que o paciente não padece de qualquer mal e o médico lhe promete uma modificação para melhor e um efeito final. VIII. Nas obrigações de resultado a culpa do agente é presumida, nas de meio não, motivo pelo qual não prospera alegação de culpa in re ipsa quando da realização de procedimento cirúrgico corretivo. (Precedentes do STJ) IX. **A teoria da perda de uma chance tem lugar quando a atuação do médico for apta a frustrar a possibilidade de cura do paciente, implicando no dever de indenizar apenas nas obrigações de resultado, não nas de meio, pois nesta modalidade não há o dever de curar o paciente, mas sim de empregar corretamente todos os meios disponíveis à persecução deste fim.** X. Afasta-se o dever de indenizar do médico, caso se não caracterizado qualquer dos requisitos: conduta danosa (erro médico); dolo ou culpa; nexos de causalidade entre o evento morte e o agir do agente. XI. **Recurso improvido.** (TJ-MA - APL: 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038, RELATOR: VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, DATA DE JULGAMENTO: 30/04/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/05/2013) (Grifo meu)

O caso apresentado, visa a reforma da sentença prolatada em primeira instância, a qual indeferiu os pedidos dos autores. Trata-se de uma ação de reparação de danos morais e materiais por erro médico e aplicação da teoria da perda de uma chance em que os autores pleiteiam tal reparação devido ao falecimento de sua mãe após cirurgia de retirada de vesícula. Os autores alegaram na ação que houve erro médico e que após a paciente receber alta, o médico cirurgião não fez o acompanhamento pós-operatório, também não indicou outro médico para fazê-lo, diminuindo as possibilidades de recuperação da paciente, requerendo a aplicação a teoria da perda de uma chance.

No entanto, após ouvida as testemunhas e apresentado um laudo técnico realizado por um perito, foi afastada a alegação de erro médico, restando comprovado que o cirurgião utilizou-se das técnicas adequadas no procedimento de retirada da vesícula e que não haveria outra conduta que pudesse ser adotada pelo cirurgião. O relator em seu voto, cita os art. 2º, 3º e 6º, VIII, do CDC, referente a

inversão do ônus da prova, devido a relação consumerista entre médico e paciente, lembrando que as recorrentes são consideradas consumidoras por equiparação.

O relator lembra que a obrigação do médico é obrigação de meio e não de resultado, pois as obrigações de resultado se aplicam nas cirurgias estéticas e no caso em questão trata-se de uma cirurgia corretiva, com a retirada da vesícula da paciente.

Referente a aplicação da teoria da perda de uma chance, alegada pelos autores e que foi indeferida em decisão de 1º grau, o relator diz que os requisitos para a aplicação da teoria não foram comprovados, no que se refere:

Contudo, como já explanado, no Brasil não se presume a culpa do profissional médico para fins de responsabilidade civil por obrigação de meio. Assim sendo, não restou comprovado nos autos a configuração dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil do apelado, motivo pelo qual andou bem o julgador de base em não condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, não prosperando o pleito recursal vindicado. (TJ-MA - APL: 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038, RELATOR: VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, DATA DE JULGAMENTO: 30/04/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/05/2013. p. 15)

Sendo assim, os desembargadores negaram provimento ao recurso mantendo a decisão de 1º instância, não aceitando a alegação da teoria da perda de uma chance de cura, utilizando como justificativa as palavras do doutrinador Rui Stoco, no seguinte entendimento:

Que não é possível ao lesado provar que a atuação (ou omissão) do médico ocasionou o dano. É o caso, por exemplo, do retardamento no diagnóstico de certa enfermidade. Quando, enfim, o médico descobre qual a doença de que padece o enfermo, a terapia não mais surte efeito e a pessoa morre. Em muitos casos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que o diagnóstico precoce poderia salvar a vida do paciente, dada a virulência do mal. Não é possível provar, portanto, que o prejuízo fatal foi causado pela demora em diagnosticar. Mas ninguém põe em dúvida que o retardamento subtraiu, de a vítima sobreviver por mais tempo – ou até vir a se curar. Como essa causalidade entre a chance perdida e o resultado morte é incerta e improvável, a jurisprudência (a principiar pela França em 1965) contenta-se com a indenização desse prejuízo intermediário. (TJ-MA - APL: 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038, RELATOR: VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, DATA DE JULGAMENTO: 30/04/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/05/2013. p. 14)

O relator explica em sua decisão que a obrigação de indenizar pela teoria da perda de uma chance na área médica, conforme defendido pelo doutrinador, só se aplica nas obrigações de resultado, no seguinte sentido:

Entretanto, o ilustre doutrinador adverte que o dever de indenizar decorrente da “perda de uma chance” somente existe nas obrigações de resultado. Nas obrigações de meio não, visto que, como já esposado, nesta modalidade o

médico não tem o dever de curar o paciente, mas sim de empregar corretamente todos os meios disponíveis à persecução deste fim. Caso o médico não obtenha sucesso, ainda que empregue corretamente o tratamento adequado, não haverá erro inescusável que se converta em atuação culposa no plano da responsabilidade civil, na forma do ordenamento jurídico pátrio. (TJ-MA - APL: 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038, RELATOR: VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, DATA DE JULGAMENTO: 30/04/2013, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/05/2013. p. 14)

No entendimento do relator, de acordo com o doutrinador citado, não é possível a aplicação da teoria porque a área médica se enquadra na obrigação de “meio” e não de “resultado”, entendimento contrário a maioria dos doutrinadores favoráveis a aplicação da teoria, os quais defendem sua aplicação apenas nas obrigações de meio, pois na obrigação de resultado, não sendo entregue o resultado prometido ao paciente, pode-se requerer a indenização pela reparação civil médica.

#### 4.1.6 Óbito de Paciente Pela Demora na Transferência Para CTI

Em julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os desembargadores decidiram pela reforma da sentença do juízo a quo, o qual havia decidido pela aplicação da teoria da perda de uma chance.

**TJ-RJ - APL: 0011853152007819020** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATENDIMENTO MÉDICO. ÓBITO DA PACIENTE. A Autora pretende a reparação pelo dano moral decorrente da falta de atendimento médico imediato a sua filha, que reputa ter sido a causa concorrente para o óbito da paciente. **O Juízo a quo entendeu pela ocorrência do dano extrapatrimonial, insurgindo-se a segunda Ré com razão, eis que a perícia médica indireta, em nenhum momento, apontou que o atendimento médico prestado à paciente tenha sido falho a ponto de concorrer para seu óbito, contrariando, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance. Reforma da sentença que se impõe para julgar improcedente o pleito autoral. RECURSO PROVIDO.** (TJ-RJ - APL: 00118531520078190209 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 6 VARA CIVEL, RELATOR: LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE, DJ: 13/08/2013, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 15/08/2013) (Grifo meu)

O caso apresentado, trata de uma ação de reparação por dano moral devido a falta de atendimento médico, o que segundo a autora, ocasionou na morte de sua filha, que permaneceu por cerca de sete horas no setor de emergência até ser transferida para uma unidade de tratamento intensivo. O juiz de primeira

instância acolheu o pedido de indenização pela demora no atendimento, ensejando a teoria da perda de uma chance, condenando as Rés ao pagamento de R\$ 40.000,00 a título de compensação pelos danos morais sofridos pela autora.

No entanto a 2º Ré, recorreu alegando a ausência de erro médico e que o leito da emergência é igual ao da CTI e que por esse motivo não enseja a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura.

Foi elaborado laudo pericial, o qual abordou os quesitos formulados pelo juízo a quo, esclarecendo não ser possível afirmar em nenhum momento que o óbito seja decorrente da demora na transferência da paciente para uma unidade de CTI, que a paciente recebeu assistência médica e medicamentos necessários para seu atendimento, e que a piora em seu estado de saúde ocorreu após seis horas depois da internação na CTI. E o motivo do falecimento da paciente foi devido ao agravamento infeccioso de sua doença crônica de base e seu tratamento imunossupressor. Esclareceu também que a paciente foi tratada com os medicamentos de acordo com o recomendado para o caso.

Diante dos fatos, o Ministério Público apresentou o seguinte parecer:

Ocorre que, diante da tese da perda de uma chance aventada pela parte da autora, a caracterização da responsabilidade civil pelo serviço médico defeituoso prestado à paciente é possível, mesmo diante da inexistência de nexos causal direto e imediato. Em outros termos, não se discute propriamente o motivo pelo qual a filha autora veio à óbito, já que consabido ser este um quadro infeccioso agudo cuja evolução desfavorável está relacionada à doença crônica que por anos lhe afligia. A incerteza e questão juris em tal hipótese consiste na participação dos profissionais de saúde no resultado morte, ocasionado por falha de atendimento ou tratamento, em razão pela qual imprescindível se apresenta a demonstração do nexo causal entre a conduta dos prepostos do réu e eventual frustração da oportunidade de uma cura incerta, vista essa como um direito autônomo (e economicamente valorável) da paciente à chance de obter sucesso em seu tratamento. Merece, pois, reforma a sentença impugnada, devendo o pleito autoral ser julgado improcedente, tendo em vista que não restou demonstrada que a suposta falha no atendimento médico prestado à filha da autora tenha sido a causa determinante de seu óbito. (TJ-RJ - APL: 00118531520078190209 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 6 VARA CÍVEL, RELATOR: LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE, DJ: 13/08/2013, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 15/08/2013. p. 01)

Sendo assim, a relatora deferiu pela reforma da sentença prolatada em primeira instância, indeferindo os pedidos da autora pela falta de comprovação na falha do atendimento médico e o nexo de causalidade com a morte da paciente.

Portanto, diante do exposto, observa-se que a relatora decidiu pela não aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, devido à falta de

comprovação do nexo de causalidade entre a morte da paciente e a falta de transferência para a CTI, sendo que o nexo de causalidade é um dos requisitos que devem ser comprovados para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Conforme a explicação de Gondim (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 490)

Trata-se de uma chance hipotética quando para sua concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos.

Outro motivo que levou a reforma da sentença, foi que não houve comprovação de que a paciente teria alguma probabilidade de melhora, não sendo demonstradas as chances de sucesso, ou seja, as chances reais e sérias de que haveria alguma melhora no seu estado de saúde, pois o seu quadro agravou quando já se encontrava na CTI do hospital, faltando outro requisito para a aplicação da teoria, a prova de que existiam probabilidades sérias e reais de se obter a vantagem esperada.

#### 4.1.7 Acidente Vascular Cerebral – Erro no Diagnóstico

Outro caso de inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance ocorreu em uma apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, referente a um paciente que sofreu AVC.

APELAÇÃO nº 0004310-78.2010.8.26.0073 Pedido de indenização por danos materiais e morais Acidente Vascular Cerebral - Alegação de erro médico - Improcedência - Pretensão de inversão do julgamento Impossibilidade Ausência de evidência do nexo de causalidade ente os procedimentos médicos e o dano Laudo a indicar que os aneurismas cerebrais tem de origem congênita **Inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance** Não comprovação de erro no diagnóstico médico **Ausência outrossim de prova a indicar probabilidade de chance de se evitar o acidente, com diagnóstico anterior - Não provimento do recurso.** (TJ-SP - APL: 00043107820108260073 SP 0004310-78.2010.8.26.0073, RELATOR: MARIA OLÍVIA ALVES, DATA DE JULGAMENTO: 10/11/2014, 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 13/11/2014) (Grifo meu)

No presente recurso, a autora teve sua ação indeferida em juízo de 1º grau, sendo condenada ao pagamento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00, recorrendo a 2º instância para



reforma da sentença, a qual foi novamente indeferida.

Alega a autora que sofria de fortes dores de cabeça a cerca de dois anos e toda vez que procurava atendimento médico era diagnosticada com labirintite, sendo medicada e liberada. Em certa ocasião, foi ao hospital para atendimento e foi diagnosticada com sinusite, comunicando ao médico de antecedentes de AVC em sua família e solicitando exames, mesmo assim foi medicada e liberada, retornando à noite, sendo novamente medicada e liberada mesmo com dores, sofrendo AVC quatro dias após o último atendimento. Entrando com ação contra a empresa Serviços Médicos Biga LTDA., por erro médico e aplicação da teoria da perda de uma chance, alegando a falha no diagnóstico e consequentemente a aplicação da perda de uma chance de cura, pois segundo a autora existe tratamento possível para se evitar o aneurisma.

A relatora do recurso, Des. Maria Olivia Alves, em seu voto alegou que de acordo com a perícia realizada, não existe nexos de causalidade entre o atendimento médico realizado e a ocorrência do aneurisma e que ela teria sofrido o AVC independentemente do atendimento médico realizado. De acordo com o entendimento da juíza de 1º grau, os elementos probatórios descartam a ocorrência de erro médico afastando também a aplicação da teoria da perda de uma chance, pois os sintomas apresentados pela paciente eram de sinusite na data do atendimento e que posteriormente ela poderia ter sofrido o AVC. Não existindo certeza de que se fossem adotados os procedimentos médicos a fim de evitar o AVC este não teria ocorrido, o qual ocorreria de qualquer modo, segundo o perito judicial.

Em seu voto, a relatora cita os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 272/273), a respeito da aplicação da teoria da perda de uma chance, “se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência da perda de oportunidade. A ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quanto existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza, segundo avaliamos”.

Para que houvesse a caracterização de erro médico, seria imprescindível a comprovação de imprudência, negligência e imperícia, o que segundo a relatora não ocorreu, pois não foi provado pela autora, negando assim o referido recurso de apelação.

A aplicação da teoria da perda de uma chance, depende da comprovação do nexos de causalidade entre o fato danoso e as chances perdidas,

não sendo necessário a comprovação da modalidade de culpa, negligência, imprudência e imperícia, pois a comprovação desses requisitos daria direito a reparação civil por culpa médica, através da responsabilidade civil médica.

Desaparece, desse modo, a dificuldade de estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente – que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do paciente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável. (GONDIM, apud NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 492).

Para aplicação da teoria apresentada, depende da comprovação de que devido a um ato ilícito, o médico retirou ou diminuiu as possibilidades do paciente de obter êxito no tratamento, devido a um diagnóstico errado ou por realizar um tratamento que não é o adequado para aquele caso, retirando assim as possibilidades do paciente de obter uma chance real e séria de cura. Indenizando a vítima de acordo com as probabilidades que ela teria de obter um resultado favorável. O que segundo a relatora não restou comprovado de acordo com a perícia médica realizada.

#### 4.1.8 Hipertensão Arterial e Morte do Feto

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em um caso de apelação cível com pedido de aplicação da teoria da perda de uma chance, decidiu por não aceitar a aplicação da teoria, mantendo a decisão proferida em primeira instância.

APELAÇÃO CÍVEL. Nº 0034107-29.2004.9.19.0001 AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. OMISSÃO NO ATENDIMENTO PRESTADO EM HOSPITAL DA REDE MUNICIPAL DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA NEGLIGENTE, DO DANO E DO LIAME DE CAUSALIDADE. AUTORA GRÁVIDA DE 23 SEMANAS ENCAMINHADA AO NOSOCÔMIO COM QUADRO DE HIPERTENSÃO ARTERIAL. ATENDIMENTO MÉDICO COM CONTROLE DA PRESSÃO E LIBERAÇÃO DA PACIENTE COM ORIENTAÇÕES E INDICAÇÃO DE RETORNO PARA ACOMPANHAMENTO. MORTE FETAL INTRAUTERINA ANTES DA DATA MARCADA PARA CONSULTA. TESE AUTORAL DE FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO QUANDO DA LIBERAÇÃO DA PACIENTE, ENTENDENDO A DEMANDANTE QUE DEVERIA TER SIDO INTERNADA QUANDO PROCUROU O HOSPITAL. LAUDO TÉCNICO AUSÊNCIA DE PROVA DE ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1 - Tratando-se de responsabilidade do estado por omissão, deve o interessado demonstrar a negligência na atuação estatal, o dano e o liame de causalidade. Sem esses

elementos, ainda que haja prejuízo sofrido pela parte, não cabe cogitar indenização. 2 - A tese autoral é de que, em razão de seu quadro de hipertensão arterial e gravidez de alto risco, deveria ter sido internada quando procurou atendimento médico no hospital da rede municipal de saúde. 3 - A cópia do boletim de atendimento médico e o laudo pericial não apontaram omissão ou negligência no atendimento prestado à autora e não se pode deixar de salientar que a internação é medida a ser adotada quando o médico não consegue debelar o problema em curto espaço de tempo, hipótese diversa da dos autos, pois, com a pressão controlada e a paciente normotensa, a médica a liberou. Não havia mais motivo, naquele momento, para mantê-la na unidade hospitalar. 4 - Ressalte-se que os exames da autora apontavam para a necessidade de controle da pressão arterial e não de internação emergencial. 5 - Também não configura erro médico aguardar-se por até três semanas para que o feto morto seja espontaneamente expelido, evitando-se, assim, a intervenção cirúrgica. 6 - **Quanto à teoria da perda de uma chance na seara médica, sua aplicação enseja a hipótese de tratamento inadequado que retira do paciente uma chance de cura, ou seja, caberia à demandante provar o erro na conduta do profissional, ao não optar por sua internação, retirando uma alta chance de sobrevivência de seu filho. Entretanto, o argumento não foi confirmado nos autos, daí a inaplicabilidade da referida teoria. Além do mais, a hipertensão arterial, como consta das conclusões periciais, é um risco à vida da mãe e do feto, independente dos esforços médicos envidados.** 7 - **Sentença de improcedência mantida. Desprovimento do recurso.** (TJ-RJ - APL: 00341072920048190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA FAZ PUBLICA, RELATOR: EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA, DATA DE JULGAMENTO: 17/03/2015, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/03/2015) (Grifo meu)

A apelante alega a ocorrência de erro médico, uma vez que sua gravidez era de alto risco devido a pressão arterial. Alega também que procurou atendimento médico para exames de rotina no dia 02/08/2002 e que diante do quadro de pressão arterial elevada foi encaminhada para atendimento hospitalar, que procurou na sequência, mas não foi prestado o atendimento, apenas marcado a consulta para o dia 07 daquele mês.

No dia marcado, foi atendida pela enfermeira que a encaminhou para a médica de plantão devido ao seu quadro de pressão alta, informando que precisava ser internada. A médica que a atendeu optou por medica-la e mantê-la em repouso, dando alta na sequência, marcando novo atendimento para o dia 04/09/2002. No dia 15/08/2002, retornou para novo atendimento, devido a pressão alta, foi solicitado exame de ultrassonografia, que foi realizado no dia seguinte, sendo constatado morte fetal, foi liberada para que aguardasse em casa a expulsão natural do feto, mas procurou outro hospital, sendo expelido o feto naturalmente 2 dias depois.

A autora alega que se ocorresse a internação, haveria mais chances de sobrevivência de seu filho. Teve sentença indeferida em 1º instância, sendo

interposto o recurso.

O laudo da perícia não apontou omissão ou negligência no atendimento, pois o internamento só ocorre quando o médico não consegue reduzir a pressão e que após controlada a pressão não havia motivo para interna-la.

Comprovou também que não houve erro médico ao não proceder a extração do feto, pois o procedimento é que se aguarde até 03 semanas para que ocorra a expulsão natural, antes de proceder a intervenção cirúrgica. No que se refere a aplicação da teoria da perda de uma chance, o voto do relator foi no seguinte sentido:

Quanto à teoria da perda de uma chance na seara médica, sua aplicação enseja a hipótese de tratamento inadequado que retira do paciente uma chance de cura, ou seja, caberia à demandante provar o erro na conduta do médico, ao não optar por sua internação, retirando uma alta chance de sobrevivência de seu filho. Entretanto, a tese de erro médico não foi confirmada nos autos, daí a inaplicabilidade da referida teoria. Além do mais, a hipertensão arterial, como consta das conclusões periciais, é um risco à vida da mãe e do feto, independente dos esforços médicos envidados. (TJ-RJ - APL: 00341072920048190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 1 VARA FAZ PUBLICA, RELATOR: EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA, DATA DE JULGAMENTO: 17/03/2015, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/03/2015)

Diante do exposto, o relator negou provimento do recurso mantendo a decisão de 1º instância.

A aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, depende da comprovação de seus requisitos, ou seja, da conduta ilícita do agente e seu nexo de causalidade, devendo comprovar que as chances de cura são reais e sérias, não sendo possível sua aplicação quando se trata de chances meramente hipotéticas.

Não se deve ignorar o fato de que nos casos médicos, a vítima pode não alcançar o resultado esperado por fatores independentes da conduta do médico, ou seja, ainda que o médico faça o diagnóstico a tempo e adote as providências aceitáveis tecnicamente, o resultado pode não ser alcançado por causa da evolução da própria doença, que pode ser uma predisposição da própria vítima, afinal a obrigação desse profissional é de meio e não de resultado. Mas quando o médico não age conforme deveria, errando grosseiramente no diagnóstico ou no tratamento, agindo dessa forma culposamente, parece não haver dúvidas que sua conduta tira do paciente as chances de melhor obter um resultado. Observe que é necessário que se pudesse exigir do médico uma atuação diferente e adequada que dele se espera na atual conjuntura, aquilo que qualquer outro médico faria. (LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2014).

No caso apresentado não foi provado a tese de erro médico pela autora, o que daria direito a reparação pela responsabilidade civil médica. Conforme perícia apresentada, o atendimento e tratamento prestado pelo profissional foi

adequado de acordo com os sintomas apresentados pela paciente, sendo realizado o controle da pressão arterial e na sequencia liberada, com data marcada para nova consulta, ou seja, o diagnóstico do médico foi correto.

Para aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, necessita de comprovação pericial, conforme explica Rosário (2009, p. 141):

O ideal é que a existência do vínculo de causalidade, proveniente de uma apreciação médica advinda de uma especialidade, se funde em conclusões de peritos designados para determinar ou não a presença deste vínculo causal. Os danos sofridos pela vítima, oriundos do ato médico considerado errôneo, poderão ser objeto de indenização. Os prejuízos são fixados após a conclusão do laudo pericial.

Através do resultado da perícia, não restou comprovado o nexo de causalidade entre a morte do feto e a conduta do médico, não ensejando assim a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, pois seria necessário sua comprovação através de um dano causado pelo não atendimento médico, devido a uma ação ou omissão, e também que não foram utilizados todos os recursos possíveis para se evitar o dano, deixando a vítima de obter um melhor resultado no tratamento.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que em nosso ordenamento jurídico, no que tange a responsabilidade civil, possui como objetivo principal, não deixar nenhum dano que cause prejuízo a outrem sem a devida reparação, seja ele causado por ação ou por omissão.

Conforme a evolução histórica da responsabilidade civil, as formas de reparação evoluíram juntamente com nossa sociedade, inicialmente quem cometesse lesão ao outro pagava muitas vezes com a própria vida, depois com partes do corpo, até que passou-se a priorizar a reparação do prejuízo com o patrimônio do agente causador da lesão.

Acompanhando essa evolução surgiu na França um conceito que não visava a reparação do prejuízo direto, ou seja, o dano final causado pelo agente, mas pretendia a reparação de uma chance que foi retirada da vítima de obter uma vantagem futura, um resultado favorável que naturalmente aconteceria se fosse aplicado o tratamento correto.

A teoria da perda de uma chance, passou a ser difundida em diversos países, até que em meados da década de 90 chegou ao Brasil. Defendida inicialmente por poucos doutrinadores, ganhou destaque nacional no caso do “Show do Milhão”, ganhando assim novos adeptos.

No entanto, o presente trabalho procurou demonstrar a aplicação da teoria na área médica, conhecida como “teoria da perda de uma chance de cura”, que dentro da modalidade de reparação civil, procura garantir aos pacientes lesados tanto pela ação quanto pela omissão dos médicos, uma reparação pelas chances efetivamente perdidas de alcançar um resultado favorável nos tratamentos. Estes pacientes, que muitas vezes receberam tratamentos incorretos, resultado de diagnósticos errados, ou a falta de exames necessários, tiveram suas chances de cura reduzidas, acarretando danos muitas vezes irreversíveis ou até mesmo a morte.

Verificamos que nos últimos anos, a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura tem sido muito bem aceita na jurisprudência brasileira, mostrando-se uma importante ferramenta para garantir reparação aos pacientes

lesados, tendo como base para sua aplicação diversos doutrinadores favoráveis.

Embora não exista previsão normativa expressa em nosso ordenamento, a jurisprudência tem aceito sua aplicação desde que comprovados seus requisitos, ou seja, as chances sérias e reais da vantagem esperada e o nexo de causalidade entre o agente e o dano, não sendo necessário a comprovação da culpa. Comprovando-se estes requisitos, a jurisprudência tem decidido favorável a teoria, garantindo indenizações aos pacientes lesados de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade das chances de cura perdidas.

Porém, para se evitar uma corrida desenfreada por indenizações sem quaisquer razões plausíveis, baseadas em chances meramente hipotéticas, subjetivas, ou seja, sem qualquer comprovação de certeza, tanto a doutrina quanto a jurisprudência exigem como comprovação, sempre que possível, a apresentação de laudos periciais, demonstrando assim, que as chances perdidas são sérias e reais, realizando a quantificação dos danos baseando-se nas probabilidades de que o resultado seria favorável, e que se não fosse o ato lesivo, o paciente teria a efetivação do resultado esperado, da vantagem almejada.

Conclui-se que a teoria da perda de uma chance de cura, representa uma nova forma de avaliar a responsabilidade civil, garantindo proteção as vítimas. A falta de sua previsão expressa em nosso ordenamento jurídico não pode ser um obstáculo para sua aplicação, pois ela condiz com a evolução da sociedade. Aplicada na área médica, tem se tornado uma ferramenta importante e inovadora para garantir indenizações aos pacientes privados de um tratamento correto, que garantiria uma melhora nas suas condições de saúde, respeitando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, uma das garantias fundamentais da nossa constituição.

## REFERÊNCIAS

- BOCCACIO, Renan. **Do termo de consentimento informado em face da responsabilidade civil médica**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25435/do-termo-de-consentimento-informado-em-face-da-responsabilidade-civil-medica>>. Acesso em: 03 abr. 2018. 03 p.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Latrogenia e Erro Médico**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. 614p.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997. 323 p.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 428 p.
- GOMES, Maradono. **Teoria da perda de uma Chance**. 2016. Disponível em: <https://kevinlucas.jusbrasil.com.br/artigos/382810385/teoria-da-perda-de-uma-chance>. Acesso em 18 de junho de 2018.
- GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil, v.4** / Carlos Roberto Gonçalves – ed. 11, São Paulo – Saraiva. 2016.
- HALFELD, Taciana Márcia de Araújo, **Responsabilidade Civil Médica**, 2011, disponível em <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-8a19f9fa5cad9e7edc518e85752e63df.pdf>>, acesso em 13/11/2017
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 652 p.
- LOUREIRO, C. A. H.; MARTINS, C. L.; REIS, M. C. S. **A teoria da perda de uma chance de cura e sua aplicação na seara médica**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, v. 11, n. 1, jul. 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil 5, Direito das Obrigações, 2º parte** / Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, Regina Beatriz Tavares da Silva – 38º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. 2011. Elaborado em 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19730/aspectos-destacados-da-teoria-da-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 16 mar. 2018. 06 p.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas**



**Essenciais Responsabilidade Civil:** Direito Fundamental à Saúde. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1213p.

OLIVEIRA, Marcello Faria de. **Teoria da Perda de uma Chance:** Uma análise sob o ponto de vista do direito comparado. 2016. Disponível em: <<https://marcellofaria.jusbrasil.com.br/artigos/307943983/teoria-da-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea:** Em Homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. 766 p.

RODRIGUES, Andressa Conterno. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance:** Um estudo sobre sua origem histórica e aplicação no direito brasileiro. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-um-estudo-sobre-sua-origem-historica-e-apli>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do, **A Perda de uma Chance de cura na Responsabilidade Civil Médica /** Grácia Cristina Moreira do Rosário – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TJMA – 2º CÂMARA CÍVEL APL: 0261562012 MA 0000454-03.2006.8.10.0038. Relator: Vicente de Paula Gomes de Castro. DJ: 30/04/2013. **JusBrasil**. 2013. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172139635/apelacao-apl-261562012-ma-0000454-0320068100038/inteiro-teor-172139647?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19/05/2018.

TJPR – 18º VARA CÍVEL DE CURITIBA: Nº 1.270.243-1 NPU Nº 000188849.2001.8.16.0001 – PR. Relator: Desembargadora Lilian Romero. DJ: 07/05/2005. **JusBrasil**. 2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/197557757/apelacao-apl-12702431-pr-1270243-1-acordao/inteiro-teor-197557762>>. Acesso em: 19/05/2018

TJPR - 3ª CÂMARA CÍVEL: ACR 560871-7 - PR. Relator: Desembargador Celso Rotoli de Macedo. DJ: 01/09/2009. **JusBrasil**. 2009. Disponível em: <[https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1859694/#integra\\_1859694](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1859694/#integra_1859694)> Acesso em: 18/05/2018.

TJRJ – 18º CÂMARA CÍVEL APL: 00118531520078190209 RJ. Relator: Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque. DJ: 13/08/2013. **JusBrasil**. 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381503039/apelacao-apl-118531520078190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-6-vara-civel/inteiro-teor-381503051>>. Acesso em 20/05/2018.

TJRJ – 19º CÂMARA CÍVEL APL: 00341072920048190001 RJ. Relator: Eduardo de Azevedo Paiva. DJ: 17/03/2015. **JusBrasil**. 2015. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ\\_APL\\_00341072920048190001\\_730ec.pdf?Signature=GbGB8UoRaOVarSmAskE7%2FIQCah0%3D&Expires=1526881955&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZAC](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ_APL_00341072920048190001_730ec.pdf?Signature=GbGB8UoRaOVarSmAskE7%2FIQCah0%3D&Expires=1526881955&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZAC)>

AXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8b3d3c05cf49d9caba8c77fa42aba637>. Acesso em: 20/05/2018.

TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL: APL 0119148-46.2013.8.19.0001 RJ. Relator: Desembargador Cesar Felipe Cury. DJ: 27/09/2017. **JusBrasil**. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F312091CA07067DC00BD7596130478C3C507071F0C33>> Acesso em: 18/05/2018

TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL: APL 0151152-68.2015.8.19.001 RJ. Relator: Desembargador Carlos Azeredo Araújo. DJ: 03/10/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.40862>>. Acesso em: 18/05/2018.

TJSP – 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APL: 00043107820108260073 SP 0004310-78.2010.8.26.0073. Relator: Maria Olívia Alves. DJ: 10/11/2014. **JusBrasil**. 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151816114/apelacao-apl-43107820108260073-sp-0004310-7820108260073/inteiro-teor-151816127?ref=juris-tabs>> Acesso em 20/05/2018.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: Teoria das obrigações e teoria geral dos contratos** / Silvio de Salvo Venosa – 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2011 – (Coleção direito civil; v2).