

O ERRO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO MODALIDADE AUTÔNOMA DE INDENIZAÇÃO

MEDICAL MISTAKE AND THE LOSS OF A CHANCE THEORY AS AN AUTONOMOUS MODE OF INDENIZATION

**Alisson Fontes de Aragão¹
José Gomes de Britto Neto²**

RESUMO: Com foco na indenização oriunda da Teoria da Perda de uma Chance, o presente trabalho faz uma abordagem desta aplicada as hipóteses de indenização oriundas do erro médico, nas quais os pacientes acabam perdendo a chance de cura, de uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, de uma maior qualidade de vida durante a convalescência. Para tanto, inicialmente faz-se uma abordagem do Erro Médico, após da Teoria Clássica da Perda de uma Chance Clássica e ao final se enfatiza a aplicação desta teoria considerando a chance como um direito autônomo da esfera jurídica individual, ou seja, destacando que a chance perdida ligada ao erro médico é um direito por si só e que o direito jurídico tutelado é justamente a chance de ter a cura, de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, de ter uma maior qualidade de vida durante a convalescência ou sobrevida. Adotando este pensamento, estar-se-á facilitando a configuração desta Teoria nos casos de erro médico, já que não é necessário relativizar, como querem alguns, o nexos causal entre o resultado e o ato médico.

PALAVRAS-CHAVES: Perda de uma chance; Erro médico; Indenização.

ABSTRACT: Focusing on compensation arising from the loss of a chance theory, this paper makes such an approach of this theory applied to the cases of indenization as consequence of medical mistakes, in which patients end up losing the chance of cure, a longer survival and better quality, or, for a higher quality of life during convalescence. Therefore, initially, it makes an approach of the medical mistake, afterwards, it focus on the Classical loss of a chance theory, and in the end, it emphasizes the application of this theory considering the chance as an autonomous right, ie, highlighting that the lost chance linked to medical mistake is a right in itself, ie, the protected right is just a chance to have the cure, to have a longer survival and better quality, or having a higher quality of life during convalescence or survival. Adopting this thought, it will be facilitating the configuration of this theory in medical

¹ Mestrando em Direito Econômico Socioambiental no MINTER/PUCPR/UNIT
Especialista em Direito Processual Pela UFS/SE
Professor de Direito Processual Civil e Direito Eleitoral da UNIT/SE
Advogado
Endereço Eletrônico: afdaragao@gmail.com

² Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR
Especialista em Direito Tributário Pela UCAM/RJ
Professor no curso de Direito da Unit/SE
Advogado Sócio- administrador do escritório Britto & Rocha Advogados
Endereço eletrônico: jgbnadv@gmail.com

malpractice cases, as it is not necessary to relativize, as suggested for ones, the causal connection between the result and the medical act.

KEYWORDS: Loss of a chance; Medical mistake; Indenization.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil sempre foi um tema bastante particular no que pertine aos atos da vida civil. Nenhum indivíduo, desde que dotado de capacidade civil, está isento das conseqüências advindas de seus atos, danosos ou não, culposos ou não.

No início deste trabalho será abordada a importância da medicina, e por isso, destacada a relevância da presente abordagem sobre erro médico, vez que a atividade médica é uma atividade socialmente imprescindível e que o caráter de fundamentalidade desta é hialino, concluindo-se, ao final deste tópico que a obrigação do médico, diante do Ordenamento Jurídico Pátrio é subjetiva, e, por conseguinte, deve ser comprovada.

Na sequência tratou-se da Teoria Clássica da Perda de uma Chance, destacando sua origem recente, meados da década de 1940, tendo como nascedouro a Itália concomitantemente com a França – em termos de instituto jurídico, ou seja, esta teoria está começando a dar seus primeiros passos, a balbuciar as primeiras palavras. Nesta parte do trabalho enfatizou-se que, diante desta teoria, indeniza-se a chance perdida, ou seja, a frustração da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo, e não a vantagem esperada, pois esta é dotada de dúvida, e não faz parte da teoria analisada.

Em linhas gerais, a citada teoria tem como princípio básico a reparação civil por danos eventualmente causados, dolosa ou culposamente. Caracteriza-se como ramificação da responsabilidade civil, tendo como principal peculiaridade o ressarcimento pela perda de uma oportunidade de auferir lucro, ou de evitar prejuízo, em determinado acontecimento que teve seu natural curso obstado, tratado no contexto do presente trabalho, reverte-se em ter a chance de cura, de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, de ter uma maior qualidade de vida durante a convalescência, prestigiando, assim, a Dignidade Humana. Consiste, assim, na reparação pecuniária equivalente ao que se deixou de ganhar pela transmutação do rumo da pretensão do indivíduo lesado.

Neste lamiré, busca-se no presente trabalho apresentar o elo entre a teoria da *perte d'une chance* (ou simplesmente perda de uma chance) e o erro médico, sob a égide da posição hodiernamente adotada pelo STJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013), embora não

aceita no direito comparado (SILVA apud BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013), de considerá-la uma modalidade autônoma de indenização, e, considerando que esta teoria, embora carente de normatização, tem sido aceita satisfatoriamente pela doutrina e jurisprudências pátria.

As principais dificuldades apresentadas na aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, que evidenciam a problemática do presente estudo, cinge-se na discussão se ela acaba por mitigar, na seara médica, o nexo causal, ou se ela constitui uma modalidade de indenização autônoma (como agora prediz o STJ), ao contrário do que faz a Teoria da Perda de uma Chance Clássica, que se fulcra na possibilidade de trabalhar com a incerteza em relação a existência e a extensão do dano, vez que no âmbito da perda de uma chance na seara médica, em geral, o dano e sua extensão são conhecidos (evento morte, danos estéticos, menor sobrevida, sobrevida, ou convalescência, com menos qualidade).

1 ERRO MÉDICO - A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

Como já asseverado, a medicina é uma atividade socialmente imprescindível, que se reveste de caráter de fundamentalidade, como destaca o próprio Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009), em seu Capítulo I, inciso I: “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.” Assim, peculiar a determinação da responsabilidade pessoal do médico.

Desde o Código de Hamurabi (2400AC) já existia punição para o erro médico, aquele consignava que: “O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço.” (GOMES).

O erro médico consiste no mau resultado ou em resultado adverso decorrente de ação ou omissão do médico, isto pode ocorrer em três vias: a da imperícia decorrente da falta de observação das normas técnicas, do despreparo ou da insuficiência de conhecimento; a da imprudência, que ocorre quando por ação ou da omissão assume-se procedimentos de risco para o paciente, sem respaldo científico, ou sem esclarecimentos; e por fim, a negligência, quando se trata com descaso ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente. (GOMES).

Não se pode falar em erro médico, sem, contudo apontar a existência de fatores que invariavelmente contribuem para a ocorrência do erro, aumentando sua incidência ou agravando-o, são estes: a existência de condições adversas ao exercício da medicina, como a escassez de recursos materiais, número excessivo de pacientes e limitação de meios de diagnósticos, dentre outros. (GOMES).

Cumprido, neste momento, destacar os deveres do profissional médico, como bem destacou Fernanda Schaefer:

Dentre os deveres do profissional médico, pode-se citar: informar e aconselhar a fim que o paciente esteja ciente e de acordo com as suas condições e o tratamento a ser realizado (art. 59 do Código de Ética); assistência, perícia, prudência e diligência; ouvir o paciente e interrogá-lo sobre seus sintomas a fim de chegar a um diagnóstico preciso; recomendar o melhor tratamento, explicando, inclusive, a técnica a ser utilizada; manter-se informado sobre o quadro clínico do paciente; dever de guardar a vida humana (artigo 6º do Código de Ética); dever de aperfeiçoamento constante, principalmente na área do diagnóstico que passa por transformações constantes devido ao desenvolvimento de novas tecnologias. (2009, p. 35).

Outro viés que deve ser exortado é o fato do “organismo humano ter suas particularidades ligadas a condições subjetivas, genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos, aos efeitos excepcionais da moderna farmacopéia” (KFOURI NETO, 2010, p. 36), o que culmina na ilação de que o absoluto no campo da medicina não existe.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), ao tratar da responsabilidade dos profissionais liberais, prevê em seu artigo 14, parágrafo 4º que:

Art. 14. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No mesmo sentido o Código Civil (BRASIL, 2002), que em seu artigo 951, prescreve:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Seguindo esta linha de raciocínio, observa-se que a obrigação do médico é de cunho subjetivo, ou seja, sua culpa deve ser comprovada.

2 TEORIA CLÁSSICA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da responsabilidade por perda de uma chance tem seus primeiros traços encontrados na França, país este sempre inovador no que pertine à criação de novos institutos e sua conseqüente positivação. É caracterizado por ser influenciador no Direito de vários países do mundo, a exemplo do Brasil. (SAVI, 2006, p.6).

A noção de reparação civil pela oportunidade perdida, segundo Savi (2006, p. 7), foi objeto de estudo na Itália em 1940, com Giovanni Pacchioni, catedrático da Universidade de Milão, em sua obra intitulada *Diritto Civile Italiano*. Nesta obra, partindo de exemplos clássicos, tais como o advogado que deixa transcorrer o prazo para interposição de recurso contra decisão desfavorável a seu cliente, o citado autor indagava o que ocorreria nos casos em que alguém, mediante conduta culposa, fizesse com que outra pessoa ficasse privada de uma possibilidade de lucro.

O *leading case* da matéria foi um julgamento, na Itália, no ano de 1983, pela Corte de Cassação, envolvendo a frustração de uma oportunidade de emprego, como detalha Savi:

Uma empresa denominada “Stefer” convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela “Stefer” das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seria necessárias à conclusão do processo de admissão. O juiz de primeiro grau (*pretore de Roma*), em 27.03.77, havia reconhecido o direito dos autores de serem admitidos sob a condição de que superassem as provas que não fizeram, condenando a “Stefer” a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O Tribunal de Roma reformou a sentença de primeiro grau, afirmando que o dano decorrente da perda de um chance não é indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, que não foi demonstrado de forma segura e, como tal, insuscetível de ser valorado ou liquidado de forma equitativa. A *Corte di Cassazione* cassou a decisão do apelo e confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda de chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão. (2006, p. 25-26).

A questão que chama a atenção dos operadores do direito, ao analisarem tal indagação, cinge-se no fato da existência ou não de interesse jurídico das vítimas para ajuizar ação indenizatória, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo (SAVI, 2006, p. 10).

Para Savi (2006, p. 11), Adriano de Cupis foi o responsável pelo início da correta compreensão da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano, uma vez que conseguiu visualizar um dano independente do resultado final e, enquadrar, portanto, a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam.

O mesmo autor italiano, ao passo que reconhecia a inadmissibilidade de indenização de um dano consistente na vitória perdida, afirma que não há como negar a existência de uma

possibilidade de vitória antes da ocorrência do fato danoso. Desta forma, diz ser justo afirmar que, em relação à exclusão da possibilidade de vitória, existe um dano jurídico passível de indenização. (SAVI, 2006, p. 11).

O raciocínio é simples: ao transmudar a idéia de que a perda de uma chance configura um dano emergente e não um lucro cessante, torna admissível a indenizabilidade.

Deste modo, considerando-se o dano emergente como a perda da chance de vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo de causalidade entre o ato danoso do ofensor e o dano (DINIZ, 2006, p. 350), já que a indenização gravita em torno da perda de uma chance de vitória, e não da vitória em si, ou seja, o que tem que se provar no contexto do nexo é a existência da chance, tolhida pelo ato danoso, e não a certeza da vitória.

Neste norte, pode-se afirmar que, tanto nos casos de lucro cessante como nos de perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança (SAVI, 2006, p. 15).

A perda de uma chance é normalmente um dano presente, haja vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso. Segundo Bocchiola (apud SAVI, 2006, p. 19), a possibilidade, por si só considerada, é atual já no momento do fato lesivo, e quando se julga sobre esta perda, a situação é, normalmente, definitiva, cristalizada em todos os seus elementos, de modo que o dano já se efetivou.

A maior contribuição do Maurizio Bocchiola para a responsabilidade civil pela perda de uma chance cingiu-se no fato de que, uma vez indenizando a perda de uma oportunidade não são violadas as regras segundo as quais o dano deve ser certo para que possa ser levado em consideração pelo direito. Nestes casos, se indeniza a perda da possibilidade atual de se conseguir determinada vantagem, e não a própria vantagem, pois esta não se concretizou. Para Bocchiola (apud SAVI, 2006, p. 19) somente as probabilidades superiores a 50% (cinquenta por cento) estariam sujeitas à aplicação da referida teoria, haja vista que a maior possibilidade de ganho, se obstado caracterizaria o ressarcimento pela chance perdida.

Neste sentido, pode-se afirmar que na perda de uma chance não se indeniza a vantagem esperada, até porque esta certamente é dotada de dúvida, mas sim a frustração da oportunidade de obter a vantagem, ou de evitar um prejuízo, ou, como no viés do presente trabalho de ter perdido a chance de cura, ou a chance de ter uma sobrevida com mais qualidade. Assim, é necessário que o demandante comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades songadas pelo ato do ofensor.

Cumpra ainda destacar que, embora a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance tenha mais de seis décadas de existência, no Brasil ainda não foram elaborados trabalhos mais aprofundados sobre o tema, sendo que sua entrada e aceitação no país vêm ocorrendo de maneira tímida, com pequena evolução diante de alguns casos julgados pelo STJ³.

Há quem diga na doutrina pátria que a responsabilidade de indenizar pela perda de uma chance estaria “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante” (VENOSA, 2003, p. 198). Tal posição enquadraria a referida responsabilidade em um terceiro gênero de indenização, sendo que havendo certo grau de probabilidade, a mesma passa a entrar na esfera do dano ressarcível.

Neste passo, insta destacar o que consigna Bortoluzzi (2006) “a teoria da perda de uma chance é utilizada para calcular a indenização por dano material quando há um dano atual, porém incerto, dito dano hipotético”, o qual necessitará de um juízo de valor para a aferição do quantum devido a título de indenização. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Evidencia-se, assim, a diferença entre a teoria em análise, os lucros cessantes e os danos emergentes.

Pode-se perceber, então, que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance apresenta um tênue liame entre o dano material e o moral, sendo que sua aplicação depende de fatores que não implicam em certeza, mas apenas indicam a possibilidade perdida e a possível vantagem que se deixou de obter, pecuniária ou não. (BORTOLUZZI, 2006).

Na Perda de uma Chance o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, vislumbra-se que o fato em si não ocorreu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente. Desta monta, o que se quer indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. (LOPES, 2007).

³ Têm-se como exemplos os seguintes arrestos:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.254.141/PR; Relatora Ministra Nancy Andrihgi, DJe de 20/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 78.459/BA; Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DU de 11/09/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 821.004/MG; Relator Ministro SIDINEI BENETI, DJe de 24/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 825.037/DF; Relatora Ministra Eliana Calmon, DU de 22/02/2011.

A verossimilhança das alegações sempre será levada em consideração quando a aplicação da teoria for suscitada. A demonstração de que a oportunidade perdida, por si só, configurou um dano ressarcível à vítima, muito embora seja difícil, é imprescindível ao deferimento dos pedidos com a conseqüente reparação pecuniária (BORTOLUZZI, 2006).

Schaefer (apud SOUZA), analisando a teoria sob o enfoque do erro médico, afirma que “a perda de uma chance se caracteriza como um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade.”. Admite-se, porém, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão comprometa as chances de vida ou de integridade do paciente.

2.1 CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE

Para a compreensão de toda e qualquer teoria, necessário se faz a elucidação dos critérios de sua aplicabilidade. Como bem salientado pela doutrina majoritária (apesar de escassa) a exemplo de Martins Costa e Gomes, o eixo da responsabilidade civil passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada (SILVA, 2007, p. 245).

2.1.1 Hipoteticidade do dano e chances sérias e reais

Diante da teoria clássica, retro abordada, a vítima de dano hipotético também é passível de ressarcimento, desde que provada a verossimilhança as alegações.

É certo que, como em toda situação hipotética não há como se falar em certeza do lucro ou vantagem efetiva advinda do curso natural da pretensão do lesado. Porém, o que se pretende indenizar não é o que se deixou de ganhar, mas sim a própria oportunidade perdida, razão pela qual um dos critérios básicos para a prova da ocorrência do dano é a demonstração cabal de que as chances de vitória/satisfação do desígnio superariam a probabilidade de 50% (cinquenta por cento). (SILVA, 2007, p. 71). Hipotética é a situação, não a possibilidade de ganho. Esta tem que ser séria e real. Não se fala em certeza, mas em probabilidade. São conceitos distintos e antagônicos que permeiam a análise da teoria da perda de uma chance.

A vítima do dano deve demonstrar que suas expectativas ultrapassam o liame de mera esperança. Tomando-se como exemplo o caso de portador de moléstia grave e incurável, submetido a tratamento experimental. A não melhora após concluído o tratamento não implica dizer em frustração de chances sérias e reais, ficando apenas caracterizada pelo mero dissabor. Neste sentido, a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais

utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada. (SILVA, 2007, p. 77 e 134).

A seriedade e caráter real das chances perdidas devem ser, sob pena de indeferimento do pleito, cabalmente demonstradas. Ocorre que na prática esta exigência torna-se, por demais, dificultosa, pois se trata, na maioria das vezes, de dano futuro, difícil de se mensurar, o que não acontece no caso em análise, visto que, na perda de uma chance de cura, o dano é facilmente comprovado. A verossimilhança das alegações deve ser ponderada, não ultrapassando os limites da razoabilidade da requisição de prova pelo órgão julgador. (SILVA, 2007, p. 135).

2.1.2 Mensuração e quantificação das chances perdidas

Como consectário lógico da natureza de probabilidade da chance perdida, o *quantum* indenizatório deve corresponder a uma simples estimativa, e não à totalidade do valor máximo que se deixou de auferir. O que se repara, frise-se, é a perda de uma chance e não um valor específico.

Pode-se afirmar, portanto, que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente pedida pela vítima. (SILVA, 2007, p. 137). Não há que se falar em lucros cessantes nas hipóteses açambarcadas pela Teoria em análise.

A quantificação do dano deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Para a quantificação da indenização da perda da chance o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual de chances que a vítima possuía antes do ato do ofensor.

Para delimitar o valor da indenização o Juiz deve, com base no caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor (percentual de chance) da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada. (LOPES, 2007).

Conforme bem salientado por Savi (2006, p. 64), nem sempre a quantificação da indenização pela perda de uma chance poderá ser feita facilmente. Outrossim, a dificuldade de medir a extensão do dano não deve ser utilizada como fundamento para aqueles que se demonstrem contra a indenização das chances perdidas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

3 PERDA DA CHANCE DE CURA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ERRO MÉDICO – RELATIVIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL OU MODALIDADE DE INDENIZAÇÃO AUTÔNOMA

Como externado nas linhas acima, a perda de uma chance clássica é suscitada quando se quer uma indenização pelo desaparecimento de uma oportunidade de ganho, nestes casos há sempre a certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, a incerteza gravita em torno da existência e da extensão dos danos decorrentes do fato.

Já na perda da chance ligada ao erro médico (perda da chance de cura, de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, de ter uma maior qualidade de vida durante a convalescência) o dano e sua extensão já estão definidos, pois será, na maioria das vezes, de fácil comprovação. A incerteza, nestes casos, está no nexo causal, em saber se a atitude médica foi causa ou concausa do fato.

Esta incerteza gera no direito comparado, como já se asseverou, aversão a aplicação da teoria em foco. Aduzem os que são contrários a esta possibilidade que as situações de incertezas quanto ao resultado e quanto à causa não podem ser sanadas através da simples redução da indenização, para tanto, consignam que deve existir um processo normal de produção de provas. Para estes autores, a dúvida deveria redundar na improcedência do pedido, a procedência somente deveria existir quando o nexo causal estivesse cabalmente demonstrado.

Como consignou Nancy Andrichi (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013), estas críticas, embora robustas, não justificam a exclusão da perda da chance para a seara médica, como se pode observar da ementa seguinte:

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de

ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. **Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico**, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (grifou-se e negritou-se).

Este mesmo arresto explica:

A dificuldade do trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocadamente, num processo de *mitigação do nexa causal*. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da “*conditio sine qua non*”, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica. (itálico no original).

[...]

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexa causal*. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta *pode* ter contribuído, mas apenas *pela chance de que ele privou a paciente*. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar. (negrito e itálico no original).

Desta forma, entende o STJ que a Perda de Uma Chance deve ser consubstanciada como uma modalidade autônoma de indenização, nela o agente responde pela chance de que ele privou o paciente.

Neste mesmo viés, Josep King Jr. (apud SILVA, 2007, p. 75-76):

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo **despicienda qualquer utilização alternativa do nexa de causalidade**. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, **algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta**. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça

advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, **ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável.** (negritou-se).

Assim, com base nesta doutrina, que diverge do doutrinador que a citou, passa-se a ter a percepção de que a Chance, como bem jurídico autônomo, é que foi retirada do patrimônio jurídico da vítima do erro médico. Neste lamiré, o nexos causal entre a perda deste direito e a conduta do agente (médico) passa a ser direto.

Equivocado, portanto, o raciocínio daqueles que afirmam que o acatamento da Teoria da Perda de uma Chance geraria a flexibilização do conceito de nexos de causalidade, pois o nexos continua o mesmo, apenas ligado a coisas distintas, ao invés de ligar o evento danoso a impossibilidade de ganho (incerta frise-se), liga-se o evento danoso à existência ceifada de uma chance de ganho, esta existência, por conseguinte, certa, ou seja, sem a necessidade de flexibilização do nexos causal.

Na seara médica, como já se disse, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente, ou seja, a simples privação ao paciente de ter uma chance de cura, de maior sobrevida, de melhor qualidade de vida durante a sobrevida deve ser indenizada.

Ademais, a não adoção deste entendimento, de que a Perda de uma Chance é um direito por si só, permitiria que os profissionais da saúde tivessem pouco (ou menos) cuidado com os pacientes terminais, visto que seria de difícil comprovação o nexos de causalidade entre a falha médica e a morte do paciente. (SILVA, 2007, p. 75-76).

Nesta linha de raciocínio, concluí-se que o bem jurídico tutelado pela Teoria de uma Chance, no caso dos erros médicos, seria a chance de sobre viver, a chance de ter cura, a chance de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, a chance de ter uma maior qualidade de vida durante a convalescência.

Seguindo este pensar, ao passo que se livra as demandas do imbróglio processual da prova (do nexos) estar-se-á prestigiando o constitucionalmente garantido direito a dignidade humana⁴, evidenciando que a responsabilidade civil não pode escapar a vinculação às normas constitucionais, como bem consignou Silva:

O novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada, Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no

⁴ Art. 1º, III da Constituição Brasileira.

sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja o mais abrangente possível. (2007, p.71)

Neste passo, entende-se correta a interpretação jurisprudencial abordada neste tópico, vez que o STJ passa a adotar a Perda de Uma Chance como uma modalidade autônoma de indenização, do que foi retirado do patrimônio do paciente, e, com tal autonomia passa a ter critérios próprios, como o da configuração do nexos causal direto entre a perda deste direito e a conduta do agente (médico).

4. CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, tratou-se de início da importância da medicina, como atividade socialmente imprescindível, na sequência evidenciou-se o que é o erro médico, bem como as suas peculiaridades, observando que a responsabilidade pessoal do médico é subjetiva, e, por ser assim, deve ser provada a sua culpa, bem como o nexos de causalidade entre o fato (dano) e a conduta.

Após se abordou detalhadamente a Teoria Clássica da Perda de Uma Chance, tratando-a historicamente, e foram apontados os raciocínios utilizados para justificá-la, distinguindo-a do dano emergente (aquilo que a vítima realmente perdeu) e dos lucros cessantes (aquilo que a vítima deixou de ganhar), enquadrando-a em uma nova e autônoma categoria de indenização, que foca a indenização na frustração da oportunidade de ter vantagem, ou de não ter prejuízo. Abordou-se, ainda, diante da doutrina clássica, o contexto hipotético das chances sérias e reais, diante da hipoteticidade do dano, com a utilização da verossimilhança das alegações, relativizando, para esta teoria, o nexos causal, a partir deste ponto. Tratou-se, ainda, da mensuração das chances, concluindo que esta deve ser realizada de forma equitativa pelo juiz, que nunca deve ultrapassar o valor do benefício que a vítima receberia, ou o valor do prejuízo que seria evitado, se não fosse a ocorrência do evento danoso.

Ao final, da Teoria da Perda de uma Chance na vertente da existência de erro médico indenizável, ou seja, erro médico que possa ter gerado a perda da chance de cura, de ter uma sobrevida maior e com mais qualidade, ou, de ter uma maior qualidade de vida durante a convalescência, demonstrando-se o entendimento hodierno do STJ, no que pertine a consideração de que a perda de uma chance é um direito autônomo, respondendo o agente pela chance que ele privou o paciente.

Estas considerações finais levam a uma maior aceitação e probabilidade de sucesso das demandas pautadas na teoria em análise, o que certamente levaria a um grau de zelo maior por parte dos operadores da saúde, vez que perderiam a certeza da dificuldade de se comprovar o nexo causal entre os seus erros e os danos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORTOLUZZI, Bibiana Carollo. **A perda da chance e a responsabilização do advogado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1018, 15 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8250/a-perda-da-chance-e-a-responsabilizacao-do-advogado>>, Acesso em 11/06/2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil, Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei 8078/90. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, 12.09.1990.

BRASIL, Lei 10406/2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 11.01.2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 78.459/BA; Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DU de 11/09/2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 821.004/MG; Relator Ministro SIDINEI BENETI, DJe de 24/09/2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 825.037/DF; Relatora Ministra Eliana Calmon, DU de 22/02/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 1.254.141/PR; Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 20/02/2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução 1.931/2009, Código de Ética Médica**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm, consulta em 13/06/2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Vol. 7. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: reflexões**. Revista Bioética. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342, acesso de 01/09/2013.

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

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Direito Net, 30/11/2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibirzz/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em 12/06/2013.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e perda de uma chance.** Disponível em Camara <http://jornal.jurid.com.br/materias/noticias/erro-medico-perda-uma-chance>. Acesso em 13/06/2013.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico e erro de diagnóstico.** 1. ed. (ano 2002), 9 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade civil.** Vol. 4. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.