

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

BARROS, LEIDIANI MENDES¹
HOFFMANN, EDUARDO²

RESUMO:

No presente artigo, procura-se, de forma direta explicar a respeito da responsabilidade civil médica pela aplicação da teoria da perda de uma chance, que tem origem na doutrina francesa e se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, como forma de uma reparação civil; os parâmetros de responsabilização fixam-se na expectativa de obter uma vantagem ou de se evitar uma perda. Chama-se a atenção para o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido, rompendo o paradigma clássico da responsabilidade civil. Sendo assim, o estudo sobre o instituto busca analisar a aplicação da teoria em comento em decorrência da responsabilidade civil médica, pretendendo-se ainda, com respaldo à doutrina pátria, expor os critérios da fixação do *quantum* indenizatório, este que se mostra complexo. Entretanto, é possível uma aplicação da teoria em discussão nas demonstrações de uma oportunidade “séria e real”, desde que seja reconhecido o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e a chance perdida. Em vista disso, para atingir o objetivo proposto, efetuou-se pesquisas bibliográficas baseadas na doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Nexos de causalidade, Quantum indenizatório, Responsabilidade Civil.

THE LOSS THEORY OF A CHANCE APPLICATION IN CIVIL MEDICAL RESPONSIBILITY

ABSTRACT:

In this article, it is sought to directly explain about medical civil liability for the loss theory of a chance application, which originates from French doctrine and was incorporated into the contemporary Brazilian legal system, as a form of civil reparation; the parameters of accountability are set in the expectation to obtain an advantage or to avoid a loss. Attention is drawn to the causal link between the conduct of the agent and the damage suffered, breaking the classic paradigm of civil liability. Thus, the study about the institute seeks to analyze the application of theory in comment due to medical civil liability, moreover, supported by the homeland doctrine, expose the criteria for setting the indemnity Quantum, which is complex. However, it is possible an application of the theory under discussion in the demonstrations of an opportunity “serious and real”, since it is recognized the causal link between the harmful conduct and the lost chance. Therefore, to achieve the proposed goal, bibliographic researches will be carried out based on doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: Causal link, Indemnification Quantum, Civil liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a responsabilidade civil na obrigação de reparar a conduta ilícita atribuída ao profissional da medicina. O tema, por sua vez, trata da denominada perda de uma chance.

¹Estudante do Curso de Direito da FAG – Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. E-mail: leidianimeendes@gmail.com.

²Professor Orientador. E-mail: adv.hoffmann@hotmail.com.

Inicialmente o artigo abordará o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, bem como suas peculiaridades. Posteriormente, discorre-se acerca da teoria da perda de uma chance, a qual se caracteriza em virtude de uma conduta ilícita, ação ou omissão, visto que, existe uma probabilidade de que se determinado fato viesse a ocorrer ou a ser evitado, poderia trazer algum benefício futuro ou evitaria um prejuízo maior para a vítima.

O assunto se torna mais delicado ao adentrar na aplicação da teoria da perda da chance, pois muito se tem discutido no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a responsabilidade civil do médico e a dificuldade em demonstrar com exatidão o dano causado, já que a fixação da indenização leva em consideração a probabilidade de cura do paciente ou, pelo menos, de se minorar o prejuízo.

Haja vista que, a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, em regra é subjetiva, deve ser levada em consideração a negligência, imprudência e/ou imperícia no exercício de sua profissão, somando-se à culpa dos três elementos obrigatórios da responsabilidade civil, dano, nexo de causalidade e a conduta.

Diante desses fatores, destacam-se os seguintes objetivos específicos: analisar quando é efetivamente devida a indenização pela perda da chance de cura ou de melhora do paciente; esclarecer a sua natureza jurídica, bem como definir sua modalidade de dano entre patrimonial ou dano extra patrimonial e, por fim, delimitar os critérios para fixar o *quantum* devido ao título de indenização.

Nesse contexto, o objetivo geral do artigo pauta-se nos critérios utilizados para aplicar a teoria perda da chance na responsabilidade civil médica. E, ainda, os entendimentos da doutrina e jurisprudência a respeito da fixação do *quantum* cabido em virtude da indenização pela chance perdida.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao adentrar ao instituto da responsabilidade civil, é de grande importância demonstrar alguns apontamentos sobre seu desenvolvimento histórico. Dessa forma, a criação de tal responsabilidade teve grande andamento no direito Romano, e pode-se considerar que venha de tempos mais remotos, haja vista que possui caráter arcaico, isso porque os romanistas

sistematizaram conceitos a partir de uma análise de fragmentos das soluções de casos pretéritos (PEREIRA, 2001).

Mais acertado é dizer que a responsabilidade foi objeto de cogitações de centenas de anos anteriores à civilização mediterrânea. Desse modo, vem do ordenamento mesopotâmico, como o Código de Hamurabi, com intuito de punir o dano realizado, e, em seguida, com a civilização helênica, que concedeu o conceito de reparação do dano causado, exclusivamente objetivo e independente da afronta a uma norma preestabelecida (PEREIRA, 2001).

Acerca desse direito, deve-se ressaltar a Lei das XII Tábuas, organizada por dez magistrados, em que constam vestígios de vingança privada, elencando a interferência do poder público para poder discipliná-la, visto que não havia forma de indenização, somente a pena como vingança, não fazendo uma determinada distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal (CAVALIERI, 2014).

Um dos maiores conceitos de responsabilidade civil provém do jus-romanísticos, através do *Lex Aquilia*, ou seja, data incerta, que se remete aos tempos de República Romana. Passou a se dominar *aquiliana* e abordou o que se chama de responsabilidade contratual e extracontratual. Contudo, é um marco histórico, pois através dela originou-se o elemento culpa, o qual é fundamental para a reparação do dano (PEREIRA, 2001).

Tratando-se de responsabilidade civil no Brasil, iniciando nas ordenações do Reino e chegando ao atual Código Civil do ano de 2002, desenvolve-se a tendência objetivista, que abrange a responsabilidade por culpa, com ênfase na redação do artigo 927, que está estabelecido na parte geral, e também, sendo pautada na sistemática de responsabilidade civil propriamente dita (PEREIRA, 2001).

Devem ser ressaltados os pressupostos da responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, o qual vem sendo demonstrado como regra geral na teoria subjetiva, conhecida como teoria da culpa, mais preciso no artigo 186, do Código Civil, podendo compreender por pressupostos gerais: a conduta, nexo causal, culpa e dano.

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Importante evidenciar que, acerca da responsabilidade civil, há duas teorias no direito pátrio. A primeira é a teoria da responsabilidade subjetiva, também conhecida como teoria da culpa, fundamentada na responsabilização através da culpabilidade, ou seja, decorrente de dano causado

em função de ato doloso ou culposos da pessoa. Esse elemento subjetivo, quando comprovado, ou mesmo presumido, surge a obrigação de reparação para o agente que causou o prejuízo (LIMA, 2012).

Conforme os ensinamentos de Cavalieri (2014, p. 32) “a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível a sociedade moderna”. À vista disso, o desenvolvimento populacional criou novas ocorrências que não poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional da culpa.

Para que alguém seja obrigado a indenizar, é indispensável a comprovação do elemento subjetivo, consubstanciado em uma de suas três facetas: imprudência, negligência e/ou imperícia.

A negligência exterioriza-se na falta de cuidado, deixando de realizar determinadas técnicas em algumas situações. Quando associado à prática médica, Cavalieri (2014, p. 52) traz a seguinte conjectura para sua caracterização: “o médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente”.

A imprudência, por sua vez, é a modalidade da culpa que se constitui na não efetivação do cuidado, realizando uma conduta nomeada de comissiva. Cavalieri (2014, p. 52) aborda, a fim de exemplificar, que: “age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal”.

A terceira modalidade da culpa é a imperícia, que consiste na falta do conhecimento profissional/técnico, em que a pessoa não tem certas habilidades para realizar as atividades da medicina, tendo um despreparo para o exercício que será executado (LUCENA, 2010).

Em referência ao Código Civil, mais preciso no artigo 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Para uma configuração da responsabilidade civil, é indispensável a análise da conduta do agente causador do dano, a qual deverá decorrer de uma ação ou omissão, bem como de um dano sofrido à vida, e, por último, o nexo causal (CAVALIERI, 2014).

Cavalieri (2014, p. 61), conceitua o nexo causal como “pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Além de pressuposto o nexo causal tem também por função estabelecer medida para a obrigação de indenizar”. O nexo causal inclui os efeitos da conduta culposa, e não somente o prejuízo sofrido pela vítima. Esse elemento é de grande complexidade, pois é difícil de ser

determinado e demonstrado em casos concretos. E, em consequência disso, eis que surgem algumas teorias.

A primeira teoria, com ênfase no direito penal, trata-se da equivalência dos antecedentes, por ela se elevam várias condições para concorrerem no mesmo resultado, ou seja, toda causa tem o mesmo valor e relevância (CAVALIERI, 2014).

A segunda teoria é da causalidade adequada, essa faz distinção entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância, isto é, a conduta adequada mais forte para a produção do prejuízo e a conduta do agente.

A teoria da causalidade adequada vem sendo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, seu texto legal está previsto no artigo 403 do Código Civil. Contudo, a causa jurídica do evento é apenas aquela que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva (GAGLIANO, 2013).

Insta salientar que existem excludentes de responsabilidade civil, nem todo ato ilícito é danoso, pois a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito. Essas hipóteses estão vinculadas no artigo 188, inciso I e II do Código Civil. Vale mencionar que, como excludentes que rompem o nexo de causalidade, avista-se o caso fortuito, força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiros (GAGLIANO, 2013).

Em relação à responsabilidade objetiva, que teve início na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França, sustenta-se que essa modalidade é uma responsabilidade sem culpa, e está prevista no parágrafo único do artigo 927 e 931 situados no Código Civil Brasileiro (CAVALIERI, 2014).

Dada modalidade, conhecida, também, como a teoria do risco, não há verificação do elemento culpa, um dos pressupostos da responsabilidade civil clássica. É suficiente para dar ensejo à obrigação de indenizar quando observada a existência da relação de nexo de causalidade entre a conduta do agente sem a responsabilização culposa. Sendo assim, o agente causador do dano não tem a obrigação de comprovar sua conduta delituosa, porque se fundamenta na teoria do risco criado, isso é, o autor do ato que ocasionou prejuízo, passa a ter uma obrigação de indenizar a partir do momento que cria situações que venham ocasionar lesão a terceiros (TARTUCE, 2015).

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Primeiramente para discorrer acerca da responsabilidade civil nas ações referentes à teoria da perda de uma chance, deverá ser analisado o fato gerador, o qual pode ser dividido em contratual e extracontratual.

No que toca a responsabilidade civil contratual, a mesma se mostra como uma violação da norma anteriormente fixada pelas partes, ou seja, um inadimplemento nas obrigações que foram estipuladas em contrato (GAGLIANO, 2013).

Nas palavras de Cavalieri, (2014, p. 30) “se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistia qualquer relação jurídica que o possibilite”. Dessa forma, no momento em que uma das partes opta em não realizar o acordo, que em momento anterior foi estabelecido, resulta em dano gerado a outrem.

Em contrapartida, no que diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, também denominada de ilícito *aquiliana*, visualiza-se uma violação direta de uma norma legal, acarretando em danos a terceiros (GAGLIANO, 2013).

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

No tocante à responsabilidade civil do médico, essa se destaca pelo grande risco que há na atividade exercida, por isso é necessário o estudo da matéria.

Cavalieri (2014, p.431) aborda que “o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares”. Dessa forma, o erro cometido por um profissional da medicina, em alguns casos, pode ser fatal, motivo esse pelo qual devem ser preenchidos alguns requisitos para exercê-la a atividade da medicina, que se inicia em curso universitário e finaliza-se em inscrição ao órgão especializado.

A responsabilidade civil, que envolve o profissional da medicina, tem uma concepção de responsabilidade subjetiva, uma vez que os danos causados necessitarão de comprovação da culpa. Quando um profissional da saúde, em exercício regular de sua função, ocasione dano ao paciente, por uma ação ou omissão, deverá ser comprovado a culpa ou o dolo dentro das modalidades de negligência, imprudência e imperícia. (GAGLIANO, 2013).

Os estudos da medicina vêm avançando ao decorrer dos anos, dessa forma, a responsabilidade civil do médico é vista como uma relação de consumo, logo, é dirigida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, com uma análise ao parágrafo §4º do art. 14: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

Nessa perspectiva, ainda que o profissional da saúde realize prestação de serviços consumeristas, o mesmo enquadra-se como profissional liberal, conforme define o Código de Defesa do Consumidor. Conceitua Cavalieri (2014, p. 570) que: “profissional liberal, como próprio nome indica é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, e sem subordinação, abordando em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independente do grau de escolaridade”.

Ao adentrar às obrigações de meio e resultado, Gonçalves (2006) entende que a obrigação do profissional da medicina, em relação contratual com o paciente, é em regra de meio e não de resultado, visto que o médico sendo um profissional liberal se compromete a exercer e seguir os procedimentos de forma cuidadosa e perfeita para cada quadro que estiver trabalhando.

Nesse sentido, assenta Cavalieri (2014, p.431) que: “a obrigação que o médico assume a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todo o cuidado consciencioso e atento, de acordo com as aquisições da ciência.”. Assim, o profissional mesmo agindo de forma precisa não pode comprometer-se a atingir um resultado satisfatório ao paciente, por mais competente que seja, resta impossível assumir uma obrigação de curar e salvar o doente.

Dessa maneira, a obrigação do médico é de meio, pois o tratamento ou procedimento realizado não teve o resultado esperado, ou seja, não atingiu a expectativa do paciente, embora o profissional tenha usado de todo o conhecimento técnico, não há o que se falar em inadimplemento contratual (CAVALIERI, 2014).

2.5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Para discorrer acerca da responsabilidade civil médica em relação à teoria da perda de uma chance, faz-se necessária uma definição mais precisa do respectivo instituto.

A teoria da perda de uma chance, ou como remonta a terminologia francesa *perte d'une chance*, teve sua origem na doutrina francesa, na década de 60, esta teoria aplica-se aos casos em

que se denota um ato ilícito, o qual retira da vítima o interesse ou oportunidade de alcançar algo futuro e incerto. Determinada teoria surgiu justamente para a configuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a lesão sofrida em determinadas situações (PETEFFI, 2006).

No que concerne a teoria da perda de uma chance, encontra-se seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Sendo assim, caracteriza-se perda de uma chance quando, em relação da conduta de outrem, desaparece a possibilidade de receber uma vantagem futura. Diante disso, impossibilita uma pessoa de progredir em algumas carreiras como militar, artísticas, recorrer de alguma sentença, falha por advogados, assumir um concurso, entre outros. Essas são algumas hipóteses que se enquadram a teoria da perda de uma chance, pois, há ação de uma terceira influência na perda da chance, ocasionando um prejuízo para a vítima (CAVALIERI, 2014).

Em relação à teoria da perda de uma chance, há duas condições a serem mencionadas: deve ser séria e real. Entretanto, tal chance vincula-se à possível reparação, ou seja, precisará comprovar uma razoável probabilidade em receber uma vantagem e não uma mera expectativa.

Nesse passo, Venosa (2006) explana que, em relação ao dano ainda futuro e incerto, será relativo a certeza de conquistá-lo, pois se a possibilidade de ganho é meramente hipotética, não há em que se falar em chance perdida, mas sim, em inexistência da perda de oportunidade.

Compartilha com o mesmo entendimento Cavalieri (2014), que entende a necessidade de apresentar chances sérias e reais, proporcionando ao ofendido condições verdadeiras para alcançar o objetivo pretendido, aplicando ao caso concreto o princípio da razoabilidade.

A teoria da perda de uma chance ganha destaque no Brasil no ano de 2005, através da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 788.549/BA. Nesse evento, a autora da ação proposta participava de um programa de TV, reputado como “Show do milhão”, onde alegou que a última pergunta estava mal formulada. Diante disso, percebeu-se a perda da grande chance de receber o prêmio máximo oferecido no jogo, o equivalente a um milhão de reais.

A última pergunta realizada foi: “Qual o percentual do território brasileiro a Constituição Federal reconhece aos índios?”, tendo como possíveis respostas: 22%, 2 %, 4% ou 10%. Diante da inviabilidade lógica de uma resposta correta, a autora da ação resolveu não apresentar nenhuma resposta, para salvaguardar a premiação já acumulada que era de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pelas perguntas respondidas anteriormente. Com uma análise na Constituição Federal conforme artigo 231 *in verbis*: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988). Realmente as alternativas não faziam sentido para uma mera resposta afirmativa, sendo assim, a autora ajuizou ação em face de B F Utilidades Domésticas Ltda, pleiteando indenização correspondente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), valor que deixou de ganhar, como consequência da má formulação da questão.

Em sentença de primeira instância, ocorreu o acolhimento da teoria da perda de uma chance, contudo não foi concedido o valor requerido, isso porque o Tribunal entendeu que não poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta, caso a pergunta fosse elaborada de forma mais clara. Desse modo, a fixação deveria ser inferior ao montante final que seria recebido pela autora, na hipótese de acertar determinada questão.

Após a decisão, a parte ré, interpôs recurso de apelação, porém o TJBA negou provimento ao recurso, mantendo-se a sentença. A mesma, inconformada com a decisão, interpôs recurso especial, alegando que a autora teria uma chance de 25%, se respondesse a última questão corretamente. Nesse sentido, o Ministro em apreciação ao fato, entendeu que a ré impossibilitou a chance da autora em alcançar o prêmio máximo, fixando uma indenização considerando o percentual matemático correspondente às chances que a mesma teria para acertar as respostas, se a pergunta fosse adequadamente elaborada. O percentual fixado deu-se em 25%, equivalente ao valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Restou claro que, o Tribunal reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso em questão, visto que demonstrou a perda da oportunidade da autora em responder a indagação, condenando a ré a pagar a importância indenizatória.

A teoria em comento origina-se de uma conduta ilícita do agente, e assim, o ofendido perde sua chance de realizar algo pretendido. Cavalieri (2014, p. 99) aborda que “deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; deve-se valorar a possibilidade que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento”.

Segundo Cavalieri (2014, p. 98):

A teoria da perda de uma 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.

Em decorrência disso, nasce uma reparação com o intuito de indenizar a pessoa lesionada, porque se algo ou determinado fato não ocorresse, por certo que a chance não teria sido perdida e não haveria seu direito prejudicado por terceiro.

Em outra colocação, Savi (2012, p. 257) aborda que:

[...] apenas a chance cuja probabilidade de sucesso na percepção da vantagem final fosse superior a 50% poderá ser indenizada, visto que, a vítima deverá comprovar que sua chance era de, no mínimo 51%, sua demanda será improcedente, pois, na presença de um percentual desfavorável superior àquele favorável, não há razão alguma que possa justificar a prevalência da segunda sobre a primeira e, assim, o ressarcimento de um dano não demonstrado.

À vista disso, a teoria da perda de uma chance, entende que o valor total do prejuízo não conseguirá ser obtido, por falta de comprovação da certeza que o agente atingiria a vantagem final desejada, se caso não sofresse uma lesão.

2.6 NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Acerca do instituto da teoria da perda de uma chance, deve-se analisar a sua natureza jurídica, apoiando-se a breves delineamentos concernentes ao dano.

O dano tem um papel primordial para a responsabilidade civil, visto que, parte-se dele a obrigação de ressarcimento. Entende-se que pode haver a responsabilidade sem culpa, mas não uma responsabilidade sem danos. O dever de reparação nasce quando o agente causador pratica um ato ilícito causando dano a outrem. Nesse sentido, é necessário que ocorra um resultado lesivo, este podendo ser patrimonial ou moral (CAVALIERI, 2014).

Assim, com o propósito de definir a natureza jurídica da teoria em questão, faz-se necessário pormenorizar as modalidades de dano patrimonial e extrapatrimonial.

O dano patrimonial conhecido também como material é considerado o prejuízo ou perdas causadas no patrimônio da vítima. Nesse passo, caberá a comprovação do dano, desde que comprovado, não havendo possibilidade de reparação hipotética ou eventual (TARTUCE, 2015), devendo ser analisado sob dois aspectos: o dano emergente e os lucros cessantes. Segundo Gagliano (2013, p. 91) “o dano emergente: corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ele perdeu’”. Já em relação aos lucros cessantes, Gagliano (2013, p. 91) assevera ser:

“correspondente àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, o que ele não ganhou”.

Cavaliere (2014) ressalta que dada teoria deve ser reconhecida como uma terceira espécie de dano, visto que possui caráter autônomo, originando a reparação a partir da chance perdida pelo ofendido, sendo assim, “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” (CAVALIERI, 2014, p. 101). Com fulcro nesse entendimento o agente fica obrigado a reparar o dano pela chance que privou outrem a conquistar.

Com respaldo ao entendimento de Savi (2012), o mesmo descreve a perda de uma chance como um mistério, visto que, da ocorrência do fato, a vítima fica impedida de comprovar que obteria o resultado pretendido, ou seja, a cura ou sobrevivência quando associada à responsabilidade civil do médico.

Considerando tais colocações, Savi (2012) descreve que, de acordo com o contexto fático, a teoria da perda de uma chance pode ensejar duas classes de danos, sendo eles: patrimoniais e extrapatrimoniais, cumulados ou não, todavia, defende a incidência da primeira modalidade.

Para mais, a fim de definir a natureza jurídica da perda de uma chance, é importante destacar a discussão estabelecida a seu respeito. Sustentava-se que deveria enquadrá-la na modalidade de lucros cessantes, o entendimento versava que, na ocasião da perda da chance ser concreta e real, os danos são definidos pelo o que deixou de conquistar, e até mesmo pelo que se privou de perder (NADER, 2009).

Em contrapartida, Savi (2012) explana que, somente o dano emergente, decorrente do dano patrimonial, pode ser considerado para a citada teoria, excluindo-se o lucro cessante. Isso porque, no momento em que insere a teoria em comento na modalidade de dano emergente, não haverá certeza que ocorreu um dano, em contrário, a indenização pauta-se na perda da chance de conseguir o resultado final almejado. Sendo assim, afasta a hipótese de lucros cessantes em decorrência de uma futura vantagem que não foi realizada por influência de terceiros.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência atual, não entendem eficaz o entendimento de lucros cessantes em relação à teoria da perda de uma chance. Haja vista que os nobres julgadores irão tropeçar na necessidade da certeza, a qual atinge a expectativa de uma futura cura ou até mesmo de uma sobrevivência do paciente, no âmbito da medicina.

Com tais parâmetros, conclui-se que, com amparo ao patenteado por Carvalho (2012), a perda de uma chance deve ser classificada como um dano autônomo, vez que essa chance, em

momento anterior, estava integrada ao patrimônio da vítima, a qual representa uma possibilidade de evitar um prejuízo ou de alcançar uma vantagem. Não obstante, deve-se caracterizar dado instituto na modalidade de danos emergentes, posto que a chance perdida se mostra como um dano atual, e a viabilidade de auferir importância econômica constituem-se em séria e real, a qual já compunha o patrimônio do ofendido.

Em suma, o que se mostra pacificado entre os especialistas no que concerne o tema, é que a chance perdida, contanto que séria e real, carecerá de reparo, em razão do ordenamento jurídico pátrio, buscando, assim, a restauração total dos prejuízos.

2.7 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

A responsabilidade civil da seara médica decorrente da chance perdida, pode ser definida como a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, em que se compreende o ato culposos do profissional, que retira a chance do paciente apreciar os efeitos satisfatórios de determinado tratamento (CAVALIERI, 2014).

Em virtude disso, assegura Carvalho (2012) que a perda da chance de cura, deverá ser analisada através de diagnóstico e tratamento. Compreende-se, por diagnóstico, o instante em que o paciente obtém conhecimento do que está o prejudicando. O tratamento é a segunda etapa, pois é nessa fase que o médico aplica técnicas necessárias para ensejar uma melhora no quadro clínico do paciente.

No momento em que é realizado o diagnóstico, bem como o tratamento feito pelo profissional da saúde, poderá ser configurado a perda da chance de cura, desde que verificada a chance séria e real ao caso concreto, não incorrendo indícios de mera possibilidade (CARVALHO, 2012).

No momento em que ocorrer erro de diagnóstico ou procedimento inadequado realizado no paciente, causando prejuízo à saúde e integridade física, o instituto da teoria da perda de uma chance de cura poderá ser utilizado. Todavia, é de fácil percepção que, nessa área que envolve o profissional da medicina, há incertezas em relação aos métodos empregados, sendo assim, busca-se efetivar a comprovação da culpa. Portanto, como já esposado em momento anterior, a responsabilidade do médico define-se como subjetiva. Nesse sentido, há de se ter uma grande confiança pelas pessoas receptoras das atividades médicas, pois exige aprimoramento técnico,

estudo e experiência, e no momento da quebra dessa confiança deve ser aplicada a responsabilidade, uma vez que o paciente aguarda que seja oferecida tal condição e adoção de condutas para o melhor atendimento (SOUZA, 2015).

Quanto à obrigação do profissional da medicina, essa vem sendo entendida, via de regra, como uma obrigação de meio, até porque nem todos os pacientes são iguais e o procedimento realizado com sucesso em um, não há garantia de certeza que será para o outro. Em decorrência disso, o profissional deverá seguir os padrões corretos para alcançar uma provável cura ou melhora de determinado paciente.

No Recurso Especial n.º 1254141/PR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 04 de dezembro de 2012, entendeu-se por aplicar a teoria da perda de uma chance, no caso em que uma paciente, diagnosticada com câncer de mama, iniciou um tratamento impróprio por culpa do médico. Acrescente-se, ainda que, o Tribunal considerou que para a devida aplicação da teoria da chance perdida, basta ponderar que a chance trata-se de um benefício autônomo, do qual a reparação equivale ao importe econômico. Para mais, fitou que admitido o ressarcimento, o valor não deve corresponder ao valor do benefício perdido, e sim, uma diminuição proporcional.

Posto isso, ao se falar da teoria da perda de uma chance, no que diz respeito à cura ou a sobrevivência de um paciente, poderia ser mencionado uma culpa por parte dos profissionais liberais, porque não pode-se confirmar que um paciente venha obter a recuperação total de uma doença, mas há como admitir que ocorra a chance perdida de se curar totalmente ou parcialmente. Nesse sentido, haverá formas de comprovar que o médico não utilizou de todos os meios resguardados a ele, ou seja, a culpa é demonstrada na configuração de que todas as chances não foram levadas até o paciente para uma possível recuperação. Nesse caso, o nobre julgador, poderá presumir que a culpa está na conduta e na oportunidade de agir, sendo assim podendo caber uma indenização favorável ao paciente (SOUZA, 2017).

Em casos de erro médico, é impossível confirmar com certeza qual o resultado do procedimento, em casos de morte ou a invalidez do paciente, assim, deverá ser analisada a causalidade entre o erro do profissional e o dano final (PETEFFI, 2009).

É Importante evidenciar que há uma complexidade na verificação dos casos concretos no que tange o nexo de causalidade, o qual faz um liame entre a conduta médica e a perda da chance de uma melhora ou sobrevivência por parte do paciente. Deve ser observado o quantum devido ao título de indenização. Embora esse elemento seja de difícil análise, não deve servir de interdição

para que haja uma devida indenização legal pela perda da vantagem, pois a responsabilidade civil no ordenamento brasileiro aborda a reparação da vítima e a dignidade da pessoa humana.

2.8 A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM RELAÇÃO À TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

É de colossal relevância entender os critérios do quantum indenizatório a ser fixado no âmbito da teoria da perda de uma chance, quando associado à responsabilidade civil do médico, uma vez que o mesmo não possui respaldo legal, tratando-se de algo complexo de ser mensurado e se não for estudado corretamente, arrisca-se não atender seu propósito.

Muito embora, a fixação do quantum indenizatório pertença à atuação discricionária do magistrado, delimitar a espécie de dano, seus critérios, bem como a sua instauração no que tange a chance perdida, torna-se uma árdua tarefa, posto que o tema careça de padrões uniformizados, a fim de direcionar-se para um julgamento justo e seguro.

Nesse passo, assevera Savi (2006) que a quantificação do prejuízo causado a outrem deve ser fixada por arbitramento de forma justa pelo magistrado, partindo do dano final ocorrido, e incidindo nesse percentual de viabilidade a percepção do benefício expectável.

Como já esposado em momento anterior, baseando-se nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, em sede do recurso Especial nº. 1.254.141 – PR, julgado pelo STJ, tem-se que os critérios quantitativos para a fixação indenizatória são: a alta possibilidade de alcançar-se um privilégio ou prejuízo, a oportunidade séria e real, o nexo causal observado entre a ação do agente e a chance aniquilada, salientando que não se confunde oportunidade perdida com a perda da vantagem esperada.

Com o escopo de deslindar as particularidades da problemática em questão, faz-se necessário apoiar-se aos apontamentos doutrinários quanto aos parâmetros utilizados para o emprego do quantum indenizatório.

Em virtude do exposto, conforme as lições de Portilho e Costa (2018), depreende-se que para fixar o montante reparatório decorrente da perda de uma chance, deve-se aplicar a analogia aos critérios do dano moral. Segundo Santos (2003), os critérios referentes a esse dano são: o grau de culpa ou dolo do agente causador da lesão, aptidão econômica da vítima e ofensor, o contexto fático

do dano, a veemência do sofrimento daquele acometido com o dano, as circunstâncias políticas e sociais das partes, bem como os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa feita, é de grande valia verificar as especificidades do caso examinado, atentando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que o valor percebido, de modo algum, será respectivo ao do bem extraviado.

Guiando-se pelos ensinamentos de Portilho e Costa (2018), a indenização da perda de uma chance possui caráter duplo, posto que concentra atribuição compensatória, a qual visa compensar a vítima pelo dano sofrido, e punitiva em face do ofensor. Quando relacionada ao contexto médico, o caráter compensatório traduz-se no valor da oportunidade perdida de cura ou de recuperação. Nesse caso o clínico deveria ser penalizado com a determinação do quantum cabido ao paciente, a fim de que não retorne a praticar dada conduta.

Oportuno apontar que, no momento da fixação do quantum da chance perdida, Carvalho (2012), por sua vez, reputa o entendimento que o dano trata-se de emergente, estabelecendo assim, os critérios para reparação da temática. Dessa forma, é viável verificar o acatamento do princípio da reparação total dos danos; determinar a quantia da probabilidade perdida, a qual constitui no teor da chance, impondo esta probabilidade em todos os danos materiais consequentes dela; grau de culpa do agente causador do dano, quando existente a discrepância entre o dano e a culpa; e formas reais de reparação.

Nesse passo, considera Carvalho (2012) que para quantificar o Dano proveniente da perda de uma chance, é insuficiente basear-se somente na análise dos critérios de fixação, logo, primeiramente, é necessária a construção do valor a partir da chance que deve ser reparada. Assim, apoia-se à fórmula apresentada por Savi (2006), sendo o valor da indenização pela chance perdida igual ao valor final do dano multiplicado pela porcentagem que integra a chance.

Além disso, ainda que a reparação do dano seja de cunho máximo, o mesmo deve ser equivalente à chance tolhida, assim, o valor da reparação integral da chance é fatalmente ífero a ele (HIGA, 2012).

A fim de clarificar o conteúdo em apreço, narra-se a hipótese do médico negligente que não diagnostica o câncer manifestado em seu paciente, acarretando seu óbito. Preliminarmente, sabe-se que em relação à tal doença não há a existência de certeza de cura, nesse caso, excluindo-se o evento morte, a reparação decorre das chances sérias e reais de recuperação prejudicada. Desse modo, no instante em que o juiz estipular a indenização adequada, deverá atentar-se ao fato de que a

probabilidade de cura dependerá dos fatores relacionados à doença, bem como as condições pessoais da vítima (CARVALHO, 2012)

Nesse sentido, Carvalho (2012) assenta que, com respaldo aos dados, é pertinente que construa-se a chance de cura no tempo em que foi relatado o diagnóstico impreciso. Avistando-se a probabilidade total, a mesma será reduzida à probabilidade de cura presente no instante em que o diagnóstico fosse realizado acertadamente e o tratamento efetuado. No final, essa probabilidade definirá o dano patrimonial emergente, equivalente à perda de uma chance incorrer no que competiria ser reparado.

Assim, a apuração do dano patrimonial emergente, consistente na perda de uma chance, é resultado direto da existência da probabilidade, a qual deve ser representada pela parte autora acerca dos danos resultantes da conduta praticada.

Diante do apresentado, deduz-se que, os critérios supraditos devem ser orientados pelo preceito de reparação universal dos danos, o qual terá de ser verificado em todas as suas extensões. Desse modo, avista-se que a perda de uma chance inserida na responsabilidade civil médica deve ser reparada através da probabilidade de cura ou sobrevivência perdida pela vítima, sempre atentando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência das análises realizadas no presente trabalho, percebeu-se que a teoria da perda de uma chance vem sendo abordada na área médica e ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse passo, visualizou-se que a responsabilidade civil possui como objetivo reparar o dano causado a outrem através de importância pecuniária. Todavia, deve-se atentar aos seus requisitos específicos como a culpa, nexo de causalidade e dano.

Acerca das modalidades da responsabilidade civil, viu-se que a espécie subjetiva, também conhecida como a teoria da culpa, necessita da comprovação de culpa do agente causador do dano. Já a responsabilidade objetiva, podendo ser chamada de teoria do risco, deve-se comprovar somente a ocorrência de dano e o nexo de causalidade.

No que concerne à responsabilidade civil do médico, foi visto que o intuito de reparar decorre de uma ação ou omissão do profissional, verificando-se a culpa, derivada de uma ausência de busca por determinado resultado ocorrido.

Acerca da indenização pela perda de uma chance, denotou-se que a mesma é definida como uma classe autônoma de danos, a qual deve conceder um retorno para a vítima, que teve sua oportunidade tolhida de atingir um benefício ou de livrar-se de um prejuízo. Não obstante, viu-se que a indenização decorrente de referido instituto deve incidir na chance séria e real, bem como o nível de probabilidade de obter-se o resultado almejado ou a esquiva do infortúnio.

Quando associada à responsabilidade civil médica, com enfoque na chance perdida, restou claro que origina-se no momento em que o profissional da saúde efetua um ato que retira do paciente a chance de receber um benefício futuro, ou seja, a cura ou sobrevivência, decorrente de alguma enfermidade. Nessa perspectiva, é importante analisar, alguns pontos, para caracterizar a chance da cura, sendo eles: o diagnóstico e tratamento.

Frisou-se, também, que a culpa dos profissionais da medicina mostra-se como uma obrigação de meio, tendo em vista que os médicos não podem garantir que um procedimento que resultou com sucesso para um, será de igual modo para outro. Prevalecendo, assim, a necessidade de analisar a proporção que a conduta do profissional contribuiu para o dano final.

Nessa perspectiva, destacou-se a complexidade de ser comprovado o nexo de causalidade, entre a conduta e a chance de uma melhora do paciente, apesar da dificuldade da verificação desse elemento, é incontestável a indenização.

Nessa esteira, ainda que trate-se de uma atividade subjetiva atribuída ao magistrado, foi visto que é de extrema relevância compreender os parâmetros de fixação do quantum indenizatório decorrente da chance perdida na seara médica, uma vez que a sua correta aplicação tenciona a justa reparação para aquele que sofreu o dano. Contudo, tornou-se notável a complexidade a seu respeito, em virtude da ampla discussão doutrinária, bem como a ausência de entendimentos uniformizados.

No entanto, em atenção à problemática, visualizou-se que, há quem entenda, ao tratar-se da questão, a adoção de critérios atinentes aos danos morais. Todavia, denotou-se sustentação baseando-se na caracterização da perda de uma chance como dano emergente, ajustando, portanto, que os indicadores devem ser relativos a esse.

Nesse sentido, para que seja realizada a quantificação da indenização na responsabilidade civil médica, pela perda de uma chance, avistou-se que é indubitável a análise dos critérios dos danos mencionados anteriormente, e de igual modo, a atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Lembrando-se sempre que, o valor abordado para a verificação do cálculo poderá ser inferior ao resultado final que seria ganho.

Por todo o exposto, tornou-se evidente que a teoria da perda de uma chance, no âmbito jurídico brasileiro, vem evoluindo e se adaptando à realidade social. Assim os pacientes que sofrerem determinadas lesões em relação à perda da oportunidade de cura ou sobrevivência, causada pelos profissionais da saúde, assenhoreiam da oportunidade de recorrer ao poder judiciário através de demandas sustentadas na teoria da perda de uma chance.

No mais, observou-se, por intermédio de consultas bibliográficas, entendimentos jurisprudenciais e concepções de estudiosos, que a teoria da perda de uma chance, associada à responsabilidade civil médica, detém de grandes debates doutrinários, principalmente no campo da quantificação indenizatória. Portanto, é de suma relevância tecer pesquisas, a fim de estabelecer parâmetros uniformizadores à perplexidade em questão, com o fito de resguardar a devida reparação àqueles que se escoram a lastimosa perda da chance de cura ou de sobrevivência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

_____. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade.** Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08 de novembro de 2005
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9?ref=juris-tabs>> Acesso em: 21 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial.** 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. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 04 de dezembro de 2012. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443228136/recurso-especial-resp-1622538-ms-2016-0065270-4/inteiro-teor-443228145?ref=juris-tabs>> Acesso em: 30 mai. 2019.

CARVALHO, D. P. **Fixação do Quantum Indenizatório na Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8698/1/DANIELA%20PINTO%20DE%20CARVALHO%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. Ed. São Paulo, Atlas, 2014.

COSTA, N.C.S. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda da chance**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-da-chance/2>> Acesso em: 30 mai. 2019.

GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

HIGA, F. C. **Responsabilidade Civil: a perda de uma chance no direito do trabalho**. 1. Ed. São Paulo, Saraiva, 2012

LIMA, F.G.C. **Erro médico e Responsabilidade Civil**. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf> Acesso em: 20 out. 2018.

LUCENA, L.S. **Responsabilidade Civil Decorrente do Erro Médico e do Dano Estético**. Disponível em: <http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_20012011070110_MONOGRAFIA_FINALLudwig.pdf> Acesso em: 20 out. 2018.

NADER, P. **Curso de Direito Civil**. Responsabilidade civil. 2. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

PEREIRA, C. M.S. **Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

PORTILHO, S. A. A. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda da chance**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-da-chance/2>> Acesso em: 30 de maio de 2019.

SAVI, S. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2012.

SILVA, R. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2009.

SOUZA, N. T. **Erro médico e perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4155.pdf>> Acesso em: 30 mai. 2019.

SOUZA, E. N. **Do Erro à Culpa na Responsabilidade Civil do Médico**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2015.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. Ed. Rio de Janeiro, Método, 2015.

VENOSA, S. S.. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 6. Ed. São Paulo, Atlas, 2006.