

PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO: UMA MODALIDADE NOVA DE DANO

MARCELEWICZ, Leandro¹
HOFFMANN, Eduardo²

RESUMO:

O presente artigo cinge-se à análise das bases contraditórias vivenciadas hodiernamente no Brasil no tocante à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, ou seja, mais especificamente nas questões da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência que por ação ou omissão de um médico acaba por lesionar outrem. Um tema que ainda está em construção doutrinária em nosso ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, analisar-se-á os conceitos doutrinários, jurisprudenciais e também alguns dispositivos legais nacionais e estrangeiros com a finalidade de observar a aplicação da responsabilidade civil subjetiva a este ramo de profissionais, expondo os elementos problemáticos encontrados na esfera médica que ao decorrer da pesquisa tentar-se-á sanar. Assim como, descrever as consequências causadas pela falta de regulamentação desta teoria nos códigos brasileiros, e também a falta de coerência nas decisões dos magistrados, além de se aprofundar na importância da natureza jurídica desta teoria como uma nova modalidade de dano autônomo inclusive em casos de erro médico, garantindo que o lesado receba sua devida reparação pelos suscetíveis danos que lhe causaram em suas proporções. Logo, questiona-se, pode a perda de uma oportunidade tornar-se um instrumento para a ascensão de uma espécie arbitrária da responsabilidade civil subjetiva? Outro ponto a ser questionado no decorrer da pesquisa refere-se à responsabilização em casos de natureza subjetiva, como a perda de uma chance.

PALAVRAS-CHAVE: Dano, Responsabilização subjetiva, Perda de uma chance de sobrevivência ou cura.

ABSTRACT:

The present article is limited to the analysis of the contradictory bases experienced nowadays in Brazil regarding the application of the theory of the loss of a chance in the medical field, that is, more specifically in the questions of the loss of a chance of cure or survival that by action or omission of a doctor ends up injuring another. A theme that is still under doctrinal construction in our national legal system. In order to do so, doctrinal and jurisprudential concepts will be analyzed, as well as some national and foreign legal provisions, in order to observe the application of subjective civil liability to this branch of professionals, exposing the problematic elements found in the medical sphere that during the course of the research will try to remedy. As well as describing the consequences caused by the lack of regulation of this theory in Brazilian codes, in addition to delving into the importance of the legal nature of this theory as a new modality of autonomous damage, including in cases of medical error, ensuring that the injured person receives their due reparation. for the susceptible damages they caused him in their proportions. Therefore, the question is, can the loss of an opportunity become an instrument for the rise of an arbitrary species of subjective civil liability? Another point to be questioned during the research refers to accountability in cases of a subjective nature, such as the loss of a chance.

KEY WORDS: Damage, Subjective accountability, loss of a chance of survival or healing.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: lmarcelewicz@minha.fag.edu.br.

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: ehoffmann@fag.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Embora, em tese, todos sejam iguais perante a lei e a justiça seja a mesma para todos, na prática muitas vezes isto não ocorre, principalmente no Brasil aonde é comum encontrar vítimas que não receberam a devida reparação. Neste contexto, a presente pesquisa acadêmica pretende colaborar para diminuir tais injustiças e minimizar alguns erros na hora de chegar a um veredito, abordando um tema muito recente nos tribunais brasileiros e motivo de muitas contradições e incertezas: a teoria da perda de uma chance, aprofundando-se em casos de erro médico.

A teoria da perda de uma chance teve origem na França no final do século XIX e início do século XX quando foi considerada pela primeira vez. Em linhas gerais, para a teoria clássica da perda de uma chance conceitua-se na perda de uma oportunidade séria e real de se obter um lucro ou benefício, ou de se evitar um dano, já em casos da perda de uma chance no ramo médico o lesado perde a oportunidade de uma possível antecipação da cura, também de ter uma maior qualidade de vida ou em casos extremos a chance de sobrevivência, visando sempre a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a presente pesquisa se justifica por meio da análise dessa teoria e de sua aplicabilidade no Brasil em casos de erro médico, visto que a mesma não está prevista de forma clara em nenhum artigo da Constituição nacional e de forma genérica no Código Civil. Deste modo, como é possível garantir “a busca incessante da reparação de danos” sem nem ao menos citar essa possibilidade de dano nos códigos brasileiros? E como proceder em casos de dano ao paciente, na qual a falha de um profissional da saúde causou um dano irreversível ao usuário?

Por esta razão, o estudo desse tema é urgente e de extrema importância para o aperfeiçoamento da justiça brasileira, é inaceitável a atual situação do sistema judiciário em que a decisão de um caso não tem respaldo jurídico adequado, e, ainda sem uma coerência nas decisões de um caso para outro. Sendo assim, o trabalho de cunho bibliográfico tem por objetivo analisar as consequências causadas pela falta de regulamentação e de coerência nos julgados da teoria da perda de uma chance nos códigos brasileiros, aprofundando-se no tema em questão, apresentando casos aonde a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada, identificando as falhas e incoerências nesses casos e apresentando possíveis soluções para o problema, como a devida regulamentação deste dano nos códigos nacionais.

2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO UMA NOVA MODALIDADE DE DANO

A teoria da perda de uma chance teve seu primeiro relato na França, em 17 de julho de 1889, quando foi movida uma ação contra um oficial ministerial por ter impedido o êxito da tramitação de um processo, que ocasionou a perda da chance de ganhar uma ação judicial, desde então, esta teoria ganhou muita força e se espalhou pelo mundo chegando ao Brasil. Um dos casos mais emblemáticos em que essa teoria foi aplicada no país, ocorreu em um dos programas mais conhecidos da televisão pátria, o ‘Show do Milhão’ no qual a lesada alegou a perda de uma oportunidade de ter ganhado o prêmio de 1 milhão de reais, considerando que a pergunta feita a ela não tinha uma resposta certa, por fim, o STJ decidiu a favor da vítima, determinando uma indenização de 125 mil reais, o que corresponde a um quarto do valor em jogo (500 mil), já que a resposta tinha 4 alternativas (SILVA, 2013).

Em concordância, a grande dificuldade apresentada na interpretação de casos de perda de uma chance devido a sua subjetividade, existe uma divisão doutrinária, pois para alguns doutrinadores esta teoria tem um grande problema na identificação do nexu causal que liga a conduta ao dano, deste modo acontece a mitigação da causalidade, já em outra linha de pensamento esta teoria nada mais é do que uma nova modalidade de dano (ROCHA, 2014).

De acordo com Rocha (2014), a teoria clássica da perda de uma chance pauta-se na proporção de uma chance séria e real que deverá ser analisada no caso concreto, ou seja, é avaliado as chances que o lesado tinha de obter a vantagem pretendida, sendo que se determinado fato tinha x% de possibilidade de causar o dano final, será o lesado indenizado em concordância com x% do prejuízo sofrido, para esta teoria o ato praticado pelo agente desencadeia um processo não pretendido pela vítima que sofre um dano desconhecido.

Contudo, segundo Silva (2013), nos casos de erro médico em que ocorre a perda de uma oportunidade séria e real a cura ou de sobrevida, pauta-se de uma perspectiva um pouco diferente, pois geralmente nestes casos, o dano já se efetivou pela morte, invalidez ou pela diminuição da qualidade de vida, isto é, o dano final é conhecido.

No mesmo sentido, ainda para o autor, essa grande controversa doutrinária ocorre na hora de identificar a relação de causalidade entre o prejuízo e o ato ilícito do médico em relação ao dano final, devendo então ser analisado se o ofensor obsta uma possibilidade de cura ou sobrevivência da vítima, em qualquer porcentagem, assim se for nítido um rompimento no processo aleatório, liga a conduta deste profissional ao dano final através da causalidade.

Já segundo King (1998, apud ROCHA, 2014, p. 93-94), no que concerne a sua aplicação em casos de erro médico surge as primeiras grandes críticas a esta teoria, dado que a situação muda um pouco de viés, já que o dano se efetiva na maioria dos casos pela invalidez ou pelo resultado morte, porém, o autor mantém a ideia de uma modalidade autônoma de dano, uma vez que passa a analisar a perda de possibilidade de uma chance de cura ou sobrevivência, diante disso, analisa-se a perda de uma chance em evitar o resultado final (dano já ocorrido) que foi causado pela negligência do réu.

Desta maneira, ao considerar a perda de chance como uma espécie autônoma e individualizada de dano, deve o lesado comprovar pelos meios necessários que a conduta do médico foi uma condição que possibilitou a perda da possibilidade que detinha de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, correlacionando com a sua sobrevivência ou cura, desta forma, por não deturpar a causalidade da conduta, pode ser acolhida como uma nova modalidade de dano (ROCHA, 2014).

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO ERRO MÉDICO

Em relação aos casos de erro médico, ainda há muitas dúvidas em relação a aplicação da teoria da perda de uma chance, principalmente porque quando tratamos de doença ou morte o dano já ocorreu, ou seja, o resultado final do processo já aconteceu, portanto, não é necessário estabelecer as chances de uma vantagem ter ocorrido, mas o quanto a conduta do autor do ato infracional corroborou para que o dano sucedesse (SILVA, 2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. CULPA DO MÉDICO AO ESCOLHER TERAPÊUTICA CONTRÁRIA AO CONSENSO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA. DEVER DE DISPENSAR AO PACIENTE A MELHOR TÉCNICA E TRATAMENTO POSSÍVEL. CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS. ERRO TAMBÉM NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. [...] 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. [...] (STJ, 2012).

Como disposto acima, se um médico que deixa de diagnosticar um câncer em um de seus pacientes e por conta disso a doença não é tratada e evoluiu com o tempo resultando no

falecimento do paciente, neste caso, o resultado final do processo foi a morte da vítima que ocorreu devido ao câncer, porém, se o médico houvesse diagnosticado a enfermidade desde o início e tratado corretamente, a probabilidade de cura do paciente seria maior e poderia ter evitado a morte do lesado (STJ, 2012).

Devido a essa diferença na análise dos processos quando se refere a esfera médica, estudiosos como Savatier (1998, apud SILVA, 2013, p.84) se posicionaram contra a utilização da perda de uma chance nesses casos, justamente por não existir um benefício ou vantagem futura como nos casos clássicos de perda de uma chance. Estudiosos que defendem esta posição doutrinária fundamentam suas teorias no fato de não existir maneiras de se comprovar as chances de sobrevivência, tempo e qualidade de vida que o paciente teria caso o erro do médico não houvesse acontecido.

Corroborando a ideia Neto (2018) relata que o juiz ao determinar a reparação não irá analisar chances futuras e reais que o autor da ação tinha em obter um lucro ou benefício, mas sim o nexo causal entre a conduta do médico e o dano causado ao paciente, ou seja, segundo estes estudiosos o juiz estaria em dúvida na participação do acusado na morte ou invalidez da vítima, tendo neste caso o dever de considerar a ação improcedente, visto que é impossível determinar as chances do paciente ter sobrevivido.

No entanto, em eventos como este narrado anteriormente, fica claro que o erro de diagnóstico do médico permitiu que a doença evoluísse e causasse a morte de uma pessoa, se em todos os casos desta natureza os praticantes do ato infracional forem considerados irresponsáveis pelo dano, este tipo de erro se tornará comum (NETO, 2018).

Ainda segundo o autor, afinal, por que ter absoluto cuidado ao se estabelecer um diagnóstico considerando que se o mesmo estiver incorreto e causar a morte de alguém não haverá nenhuma responsabilização ou punição ao profissional? Nesta lógica, é necessário estabelecer uma regulamentação em nossos códigos que determine como o juiz deve proceder e como deve ser medida a reparação, considerando o nexo causal e aplicando a teoria da perda de uma chance da melhor forma.

Apesar disso, é necessário considerar que erros podem acontecer a qualquer momento e em qualquer profissão, por este motivo é necessário analisar a conduta do médico ao cometer tal erro, investigar se houve imperícia ou omissão e a partir de então, decidir se o mesmo deve ou não ser submetido a reparação (NETO, 2018).

De acordo com o art. 1º, do Capítulo III, que versa sobre a responsabilidade profissional, do Código de Ética Médica, após concluir que através de uma ação ou omissão houve de fato a caracterização da imprudência, negligência ou imperícia, existe outro desafio, determinar a

reparação e em casos de erro médico é preciso medir a probabilidade de cura ou sobrevivência do paciente que foram perdidas, assim como nos danos morais é difícil estabelecer o valor de uma vida ou de uma cura, mas cabe ao juiz considerar a situação do profissional e também a contribuição que sua conduta teve para que o dano ocorresse e estabelecer um valor justo para ambas as partes e de preferência, que tais porcentagens sejam aferidas por peritos (NETO, 2018).

Por fim, é necessário reconhecer a perda de uma chance como uma nova modalidade de dano, levando em consideração sua importância e complexidade. Regulamentar essa teoria nos códigos nacionais é a solução para diminuir as incoerências em casos dessa natureza e evitar que as vítimas fiquem sem reparação (ROCHA, 2014).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE TRADICIONAL E NA SEARA MÉDICA

Conforme o entendimento de Arai (2021), na responsabilidade civil, para se quantificar um dano é preciso primeiramente comprova-lo. Durante o processo da responsabilização é necessário estabelecer primariamente a conduta (ação ou omissão), nexos causal, culpa e dano. Após a comprovação de todos esses fundamentos da responsabilização, é necessário estabelecer uma quantificação do dano, que será paga pelo réu ao autor da ação correspondente ao prejuízo causado.

Em teoria parece um processo simples, mas na prática, quantificar indenizações em ações onde o dano é moral ou quando parcial em relação ao dano efetivo, é uma tarefa muito difícil para os juristas brasileiros, visto que o código civil de 2002 não deixa claro os parâmetros para se estabelecer este tipo de reparação onde o valor do dano é subjetivo do magistrado que está julgando a causa (ARAI, 2021).

Já em casos de perda de uma chance, a quantificação se torna ainda mais complexa considerando que ela se baseia nas chances de a vítima obter uma vantagem ou evitar um prejuízo e não no dano final como ocorre com os outros tipos de ação. É muito difícil definir o nexos causal entre ato e dano considerando que não há como saber qual seria o resultado do processo caso não fosse modificado pela conduta réu e a reparação é equivalente à chance perdida e não ao dano final, além disso em grande parte das vezes é o dano moral que torna a responsabilização duplamente mais difícil de se estimar (SILVA, 2013).

Apesar da dificuldade de se estabelecer o quantum indenizatório em casos de perda de uma chance tradicional ou em caso de erro médico, é possível identificar os principais critérios que

precisam ser analisados para determinar tal indenização como: a intenção do ofensor ao cometer a conduta, a relação entre a ação ou omissão com a oportunidade perdida, a extensão do dano causado e as condições financeiras de ambas as partes (ARAI, 2021).

4.1 CONDUTA DO RÉU

A conduta do réu se trata da ação ou omissão cometida por ele, que de alguma maneira prejudicou a vítima, ela pode ser de caráter doloso, onde houve a intenção de causar prejuízo ou culposos onde não houve a intenção de prejudicar, nas condutas culposas estão englobados os casos de negligência, imprudência ou imperícia do profissional que por um descuido acaba prejudicando um terceiro. Tal conduta é contrária ao ordenamento jurídico tratando-se de um ato ilícito em que o autor tem a obrigação de indenizar (ARAI, 2021).

A chance é uma oportunidade que a vítima teria, que traria futuramente algum benefício ou evitaria um prejuízo caso seu processo não fosse interrompido pelo agente que impede que essa oportunidade se concretize. Em casos de perda de uma chance, a conduta se dá por uma ação ou omissão que por sua vez é capaz de impedir a oportunidade da vítima de se obter lucro, vantagem que não voltará a ter, ou impedir um dano que poderia não ter ocorrido se não fosse a ação ou omissão por parte do acusado, já nos casos de erro médico se perde uma chance de cura ou de sobrevivência (ROCHA, 2014).

Outro ponto a ser discutido dentro dessa teoria, é o abuso de direito. Para exemplificar, imagine que um agente policial pare um veículo em trânsito para fazer as devidas verificações e inspeções, mas leva mais tempo que o necessário para liberar o motorista, que por consequência perde uma prova de concurso que realizaria naquele dia. Dessa forma, a ação de parar o motorista para verificar a documentação, feita por um agente de trânsito em exercício de sua profissão, é um ato completamente lícito. Todavia, ao exceder o tempo de verificação, sem que haja nenhum motivo justificável para isso, o policial abusa de seu direito e faz com que o condutor perca a chance de realizar a prova e quem sabe obter a vaga a qual concorreria (ARAI, 2021).

Em mesmo sentido Silva (2013), no caso de um médico imperito que não realiza todas as fases imprescindíveis para descartar uma doença ou diagnosticá-la, e a vítima posteriormente vem a descobrir uma doença em fase terminal pela qual não se pode fazer mais nada, ou em alguns casos apenas retardar seu processo, doença esta, que se fosse identificada desde cedo pelo profissional da saúde, poderia ter um desfecho totalmente diferente sendo possível seu tratamento, onde as chances de cura ou sobrevivências seriam comprovadamente maiores,

porém por um ato culposo por parte do médico que negligencia exames importantes, os quais poderiam diagnosticar a doença, acaba por retirar do paciente qualquer chance de ter uma maior qualidade e longevidade de vida ou até mesmo de se curar.

4.2 NEXO DE CAUSALIDADE EM PERDA DE UMA CHANCE

Como dito anteriormente, uma das maiores objeções em relação a teoria da perda de uma chance, se refere a comprovação do nexo de causalidade, um pilar indispensável na responsabilização civil tradicional, que julga necessário a comprovação de que o dano decorreu diretamente da conduta do agente, portanto uma presunção de causa e efeito não é suficiente. (FILHO, 2012).

Como dito por Filho (2012) não basta ter ocorrido um ato ilícito, muito menos um dano a vítima, é necessário que ambos (conduta e dano) tenham uma relação de causa e efeito, ou seja, o dano precisa necessariamente ser causado pela conduta do ofensor.

Alguns juristas defendem a inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance, pelo fato de não ser possível estabelecer o nexo causal, apesar disso autores como Rute Teixeira Pedro rebatem essa afirmação argumentando que ao reconhecer a perda de uma chance como uma nova modalidade de dano sem ligação com o dano final, o nexo de causalidade permanece inalterável, sendo necessário somente comprovar que a conduta causou a perda de uma oportunidade (PEDRO, 2008).

Portanto, existe somente uma mudança no conteúdo do dano, em um caso de erro médico como por exemplo, uma pessoa com diabetes vai para o hospital com um grave ferimento na perna, e por imperícia médica demora para ser atendida e acaba tendo que amputar. Neste caso, não tem como saber se o paciente teria o membro totalmente recuperado se não fosse a demora no atendimento, então, ao invés de se reparar o dano final (a perna que foi amputada), se indenizará a possibilidade de recupera-la se não fosse a omissão do médico. Portanto se for comprovado que a perda de oportunidade não alteraria o resultado final natural dos acontecimentos, não existirá motivo para que haja reparação e responsabilização civil do réu (PEDRO, 2008).

Visto isso, segundo Arai (2021), é necessário comprovar até que ponto a conduta do acusado afetou as chances que a vítima teria de obter um lucro, ou evitar um dano, seja o tratamento para uma doença que poderia evitar a morte ou prolongar e aumentar a qualidade de vida, ou até mesmo de ganhar uma ação indenizatória ou assumir um cargo por exemplo. Comprovando a relação entre ato do réu e prejuízo da vítima, se estabelece o nexo causal.

A incerteza de qual seria o resultado final, caso impedimento não ocorresse, não pode em nenhuma hipótese, suprir a falta de comprovação do nexo de causalidade, já que o mesmo está diretamente relacionado com as chances perdidas e a probabilidade que a vítima teria de êxito, e não ao dano final, se a indenização se baseasse no dano final integral sofrido pela vítima, como a morte por negligência por exemplo, se trataria de responsabilidade civil comum. (ARAI, 2021).

Conclui-se então, que independente das ideias e teses adotadas, cabe ao advogado comprovar o efetivo dano pela perda da oportunidade, vantagem, cura ou sobrevivência e assim encaminhar ao juiz que irá interpretar e analisar os fatos afim de estabelecer se houve de fato prejuízo a vítima e violação do direito de outrem, se ela foi impedida de usufruir de oportunidades que lhe trariam benefícios, e até que ponto a conduta do agente interferiu na perda de tais chances, determinando dessa forma a relação de causalidade (ARAI, 2021).

4.3 DANO

A própria perda de uma chance para Rocha (2014), já se trata de uma modalidade de dano, que deve ser reparada. Muitos confundem a teoria da perda de uma chance com a teoria do risco criado, apesar de ambas se tratarem de probabilidade, elas têm significados distintos. Segundo a teoria do risco qualquer ação ilegal, aumenta significativamente as chances de ocorrer um dano a alguém.

Um exemplo disso, é uma clínica que não segue os protocolos sugeridos pela ANVISA, não esteriliza seus instrumentos de forma correta, não fiscaliza os produtos utilizados e as datas de validade, neste caso as chances de que um dano ocorra a um paciente aumentam muito, mas não significa que irão de fato acontecer. Dessa maneira caso não haja dano, não se aplicará indenização ao paciente, já em perda de uma chance o próprio impedimento de oportunidade já permite devida reparação (SILVA, 2013).

O dano no campo jurídico segundo Arai (2021), trata-se de um prejuízo patrimonial (dano material) ou de um prejuízo a dignidade, intimidade ou honra da pessoa humana (danos morais), o dano pode ser tanto de um bem já existente que foi perdido (dano emergente), quanto de um bem futuro que foi prejudicado (lucro cessante).

A indenização se dá pelo valor do bem perdido, caso ato ilícito não ocorresse, no entanto, em casos de perda de uma chance, a complexidade na determinação desse valor, se dá pelo fato de ser impossível determinar qual seria o patrimônio da vítima caso não houvesse conduta ilícita (ARAI, 2021).

Portanto conforme Neto (2018), nesses casos onde se aplica a teoria da perda de uma chance, o dano em questão, está nas chances perdidas e não no dano final, já que não pode ser previsto caso as circunstâncias fossem outras, é impossível provar que o resultado do processo seria outro, mas é possível estabelecer que a vítima teve as chances de obter outro desfecho, perdidas, devido ato ilícito do réu, e são essas mesmas chances perdidas que configuram o dano.

O dano pela perda de uma oportunidade, se dá pela expectativa da vítima que é frustrada pelo agente, esse dano pode ser tanto de caráter material como a perda da chance de se obter um prêmio quanto de caráter moral como a perda da possibilidade de tratamento de uma doença (ARAI, 2021).

4.4 QUANTIFICAÇÃO DO DANO E INDENIZAÇÃO

Partindo do ponto em que a perda de uma chance é uma modalidade de dano autônoma, esse dano deve ser reparado, devolvendo a vítima o que foi perdido e reestabelecendo o estado em que as coisas estavam antes do ato ilegal ocorrer (*status quo ante*), no entanto, como na maioria das vezes isso é inviável, sempre é possível fixar um valor pecuniário correspondente, com a intenção de compensar a vítima (DOELLE, 2019).

Para que a reparação aconteça é necessário constatar os seguintes fatores: a violação de um direito patrimonial ou extrapatrimonial de alguém, e a comprovação do dano. Em casos de dano extrapatrimonial, não é necessário que a vítima comprove seu sentimento de dor ou perda, basta que aconteça a violação de um direito à personalidade previstos no Código Civil, esse fato é chamado de dano moral presumido (DOELLE, 2019).

No entanto, para estabelecer um valor indenizatório, é necessário quantificar o dano, que se torna uma difícil tarefa do Juiz. Em casos de danos envolvendo a saúde do ofendido, todo e qualquer gasto relacionado a remédios, tratamentos, equipamentos médicos, diárias hospitalares e etc. Devem ser ressarcidos pelo acusado de forma equivalente, já nos casos em que existe somente a perda de uma chance e tais gastos não existirem, surgem divergências em relação a determinação do valor da indenização (GODIM, 2018).

Conforme Silva (2013, p. 143) “É exatamente pela impossibilidade de reparar o dano final que doutrinadores e magistrados afirmam, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se presta a uma reparação integral do prejuízo”. É fato que em casos de perda de uma chance, é indispensável haver uma indenização, considerando a impossibilidade de devolver a vítima as chances perdidas.

Vale ressaltar que o dano pela perda de uma chance na seara médica, está sujeito ao princípio da reparação integral do dano, porém para o processo de quantificação é preciso basear a indenização na chance perdida, e não no resultado final. Já que o dano se limita a essa chance, deve ainda o magistrado ter como base de cálculo o dano integral e assim extrair a porcentagem correspondente a chance perdida, que necessariamente será menor que o dano final, como citado acima o réu deve apenas reparar a perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, pois foi apenas responsável pela chance perdida (SILVA 2013).

A metodologia utilizada pela jurisprudência norte-americana guarda as mesmas linhas seguidas pelos juristas franceses. Destarte, em *Falcon v. Memorial Hospital*, a Suprema Corte de Michigan julgou o caso de uma gestante que faleceu logo após o parto, devido a uma embolia. Os peritos admitiram que a morte era imprevisível e o médico não poderia ser responsabilizado. Entretanto, trinta e sete e meio por cento (37,5%) das pessoas que sofrem o mesmo problema que a Sra. Falcon sobrevivem, desde que recebam o correto tratamento médico. No caso em tela, foi constatado que a falta de uma terapêutica correta por parte do médico retirou as chances de vida da Sra. Falcon. Desse modo, o dano concedido representou trinta e sete e meio por cento (37,5%) do valor que seria concedido se o médico fosse considerado responsável pela morte da vítima (SILVA, 2013, p.144. 145).

Em casos de erro médico onde a doença não é diagnosticada corretamente pelo profissional e causa prejuízos a vítima como invalidez ou a morte, não se deve indenizar a invalidez causada pela doença, nem tão pouco a morte, mas sim as chances perdidas pela impossibilidade do tratamento correto ou melhor qualidade de vida (SILVA, 2013).

Na Corte de Cassação Francesa, para determinar a indenização por perda de uma chance, analisa-se o dano de forma integral, mas a indenização é proporcional somente a chance perdida, essa analogia não é de forma alguma uma verdade absoluta ou a maneira mais correta de promover justiça, mas até o presente momento, demonstrou-se a mais adequada (GODIM, 2018).

4.4.1. Danos patrimoniais e extrapatrimoniais na perda de uma chance

Como citado anteriormente, é uma difícil tarefa para o juiz determinar a indenização em casos de danos morais (extrapatrimoniais), considerando que é difícil mesurar o sentimento ou sofrimento de alguém e fixar um valor sobre ele.

Além disso no código civil brasileiro não há nenhuma espécie de tabela de valores ou de critérios que sirvam como referência para os magistrados na hora de deferir a indenização, salvo o artigo 944, em que é estabelecido apenas “a indenização se mede pela extensão do dano”. Parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano,

poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”. Dessa forma, não há um princípio concreto para se basear (PETERSEN, 2020).

No entanto se estabelece critérios informais, não estabelecidos por lei para ajudar a definir a quantia em dinheiro correspondente ao dano causado, de forma justa, com o propósito de evitar o enriquecimento ilícito e ao mesmo tempo garantir que a vítima seja devidamente reparada e que o ofensor seja punido de forma justa, para que não volte a praticar atos ilícitos de mesma natureza (PETERSEN, 2020).

Em primeiro momento é necessária uma coerência nas decisões dos magistrados, ou seja, analisar casos iguais ou muito parecidos com a ação em questão e ter como base esses valores deferidos, após encontrar esse valor médio sempre tendo em vista o bom senso e a moderação, é necessário levar em conta o grau de culpa, o quanto o ato praticado prejudicou o ofendido, subtraindo ou aumentando o valor a depender de cada situação (PETERSEN, 2020).

Em segundo momento, é preciso considerar o poder aquisitivo das partes, seus níveis socioeconômicos ponderando o valor também baseado nisso, além de verificar o caso concreto estabelecendo os agravantes que por consequência causam aumento no valor da indenização, ou atenuantes que pelo contrário, diminuirão o valor preestabelecido, ajustando dessa forma um valor justo para ambos (PETERSEN, 2020).

Já em casos de perda de uma chance, além de todos os critérios mencionados, ainda será necessário entender a chance perdida e estipular a probabilidade que a vítima teria de conseguir o benefício ou evitar o prejuízo, considerando que nesses casos o dano está na chance perdida e não no dano final, ainda é necessário subtrair do valor indenizatório as chances que o ofendido teria de obter o mesmo resultado danoso, se não fosse a ação do acusado, e manter apenas as chances de sucesso (GODIM, 2018).

Já no dano material (patrimonial), a quantificação é um pouco mais simples, é necessário levar em conta o prejuízo financeiro causado e repara-lo de forma equivalente, no caso da perda de uma chance, deve subtrair desse valor, da mesma forma que no dano material, as probabilidades que a vítima teria de ter o mesmo resultado danoso, quanto maior a chance que a vítima tinha de obter um resultado favorável, maior será o valor da sua indenização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da presente pesquisa foi possível entender melhor como ocorre a aplicação da teoria da perda de uma chance, principalmente em casos de erro médico, e através dos estudos realizados e dos entendimentos obtidos, depreende-se que no Brasil essa espécie de

dano exige uma regulamentação clara, em razão de não existir nenhuma nos códigos pátrios, causando assim, muitas dúvidas e divergências em casos de mesma natureza, que pela falta de respaldo jurídico, dependem da interpretação de cada juiz.

Consequentemente, são necessários estudos para reconhecer a perda de uma chance como uma nova espécie de dano no Brasil, esclarecendo a forma como deve ser aplicada e os meios de reparação, em especial em casos de erro médico, que tratam diretamente da qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

Na última década houve um aumento considerável nas demandas referente a responsabilização por erro médico que é conhecida entre os doutrinadores como a ‘febre da responsabilidade médica’, tudo isso se dá através da mercantilização dos serviços prestados por estes profissionais, através de serviços cada vez mais ágeis e superficiais, sem aprofundar-se nas questões humanas presentes durante o atendimento, aumentando consideravelmente a possibilidade de erro.

Dessa forma, quanto mais rápido for o atendimento, mais rápido o profissional irá para casa e o valor recebido por ele será o mesmo, já que ganham pela quantidade de atendimento e não pela qualidade dos mesmos.

No entanto, ao se tratar de erro médico, é impossível ignorar circunstâncias e situações que aumentam as chances de o erro acontecer ou até as causas diretas para que tal falha ocorra, esses fatores muitas vezes fogem do controle da equipe médica como, por exemplo, a falta de materiais e equipamentos, plantões que privam o sono dos médicos, número excessivo de pacientes, restrição de meios que facilitam o diagnóstico, local de trabalho insalubre, entre outros, que impedem o profissional de dar a melhor assistência à vítima, e qualquer erro decorrente desses eventos adversos citados, não são de responsabilidade do médico.

Por esse motivo, é essencial ter muito cuidado a dispor sobre esta teoria, especificamente quando se tratar de casos onde ocorreu erro médico, pois deve-se provar que o dano foi causado unicamente por uma ação ou omissão deste profissional da saúde, excluindo fatores de insalubridade como citado anteriormente.

Demasiadamente sendo admitida uma indenização pela chance perdida, deve o valor da mesma ser compatível com o dano causado, como não há regra em que se basear, caberá ao Juiz analisar casos de natureza parecida e os valores que foram decretados, subtraindo esse valor ao considerar apenas a chance perdida, e definir ações qualificadoras, como por exemplo quando o médico deixar de prestar o melhor atendimento ao paciente por questões pessoais como desentendimentos, e isso vir a prejudicá-la, agindo de forma culposa.

Além disso é necessário estabelecer também, se houveram atenuantes, como por exemplo o profissional que passa horas sem dormir por conta dos plantões e acaba cometendo um erro, agindo de forma dolosa, mas ainda sim prejudicando o paciente.

Dessa maneira, a indenização deve ser proporcional as chances de se obter tal vantagem ou não, considerando as várias probabilidades de resultado final, caso o ato culposos não houvesse ocorrido.

Em alguns casos de erro médico, o Juiz é incapaz de definir quais as chances de cura ou maior qualidade de vida o ofendido teria, caso o erro não ocorresse, portanto, em casos como esse, torna-se necessário a presença de um perito imparcial no tribunal para depor, auxiliando o magistrado a definir a extensão do dano, e quais as possibilidades de os fatos terem outro desfecho.

Considerando todas essas questões, torna-se necessária uma iniciativa por parte do poder Legislativo que estabeleça uma normativa regulamentando a teoria da perda de uma chance como uma nova espécie de dano, ou uma maior apreciação por parte do poder judiciário para assim se formar um novo precedente, esclarecendo suas formas de aplicação e todas as circunstâncias a serem examinadas antes de deferir a indenização correspondente.

Portanto, a devida regulamentação desta teoria, traria novas perspectivas a cerca de processos baseados em perda de uma chance, que teriam uma norma norteadora, tanto para as vítimas e seus advogados, para terem certa noção de quais situações é cabível alegar a perda, tanto para os Juízes que terão algo em que se fundar no momento de deferir a sentença e o valor indenizatório caso haja.

Regulamentar a perda de uma oportunidade perdida, significa trazer justiça para muitos casos onde tal tese é aplicável e a vítima sequer sabe de sua existência e do seu direito de ser indenizada, e acaba por ser prejudicada, sem chance de obter justiça. Para concluir, cabe refletir como teriam sido outras ações judiciais por perda de uma chance no Brasil, caso já houvesse uma norma que a regimentasse, considerando que muitas dessas ações de ordem muito semelhante, obtiveram decisões completamente divergentes, justamente por conta da falta desta norma tão imprescindível.

REFERÊNCIAS

ARAI, R. H. Enciclopédia jurídica da PUCSP. 2021, **Perda de chance responsabilidade civil**) Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/472/edicao-1/perda-de-chance-%28responsabilidade-civil%29> Acesso em: 20 mar. 2022.

BELMONTE, A. A. **Reparação dos danos patrimoniais**. 2020. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fdcc3942b020214630a8aa17ac84517e.pdf>> Acesso em: 29 de Abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 1.254.141 – PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. **Revista eletrônica de jurisprudência**, Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1199921&nreg=201100789394&dt=20130220&formato=HTML>. Acesso em: 25 out. 2021.

DOELLE C. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. Ararum, 2019. Disponível em <<https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil/#:~:text=grande%20parte%20objetiva,Art.,para%20os%20direitos%20de%20outrem.%E2%80%9D>>. Acesso em: 26 de Abril de 2022

FERRARA, G. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance**: quando uma oportunidade perdida e causa de indenizar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245438/aspectos-gerais-sobre-a-teoria-da-perda-de-uma-chance--quando-uma-oportunidade-perdida-e-causa-de-indenizar>. Acesso em: 02 ago. 2021.

FILHO, S. C. **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo, Editora Atlas S.A, 2012.

GONDIM, G. G. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2018 p. 26 á 31<gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf> Acesso em: 26 de Abril de 2022

GOMES, J. C. M. Erro médico: reflexões. **Revista Bioética**. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342. Acesso em: 24 out. 2021.

JUNIOR, A. V. C. **A Perda de uma Chance**. 2015, 28f. Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Educacional do Município de Assis – (FEMA). Assis /SP.

LOPES, A. G. S. M. **A Quantificação da indenização por perda de uma chance**, Porto alegre, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/leand/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/000872103.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

NETO, M. K. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PEDRO, R. T. **A Responsabilidade Civil do Médico** - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Editora Coimbra, Coimbra/Portugal 2008.

PETERSEN, T. M. **Como calcular danos morais. Peticiona mais**, 2020. Disponível em: <<https://peticionamais.com.br/blog/como-calcular-danos-morais/>> Acesso em: 29 de Abril de 2022

ROCHA, N. S. **A perda de chance como uma nova espécie de dano**. Editora Almedina. Coimbra/ Portugal 2014.

SILVA, R. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed, São Paulo. Atlas, 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 1.291.247 – RJ, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Terceira Turma. **Revista eletrônica de jurisprudência**, Brasília, 19 de agosto de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF. Acesso em: 25 out. 2021.

STOCO, R. **Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

STRAUCH, T. C. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2012. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n22013/pdf/ThiagoStrauch.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.