



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Perda da Chance e a Responsabilidade
Civil Médica

Flávia Ayd Loretti Henrici

Rio de Janeiro
2013

FLAVIA AYD LORETTI HENRICI

A Perda da Chance e a Responsabilidade

Civil Médica

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2013

PERDA DA CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Flavia Ayd Loretti Henrici

Graduada pela Universidade Santa Úrsula. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito pela Universidad Antonio de Nebrija – Madri - Espanha.

Resumo: A Teoria da Perda da Chance, originária da França, surgiu a partir de acirradas discussões que influenciaram a Corte de Cassação a conceder as primeiras indenizações pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Trata-se aqui de uma “zona cinzenta” entre o dano efetivo e o dano hipotético, que, apesar de não positivada no nosso ordenamento jurídico, vem ganhando notável espaço na doutrina e na jurisprudência pátrias. O presente trabalho pretende aprofundar a responsabilidade civil médica pela perda da chance de o paciente obter um diagnóstico correto e um tratamento adequado. Vale dizer, se da falha médica resultar a impossibilidade de cura ou de sobrevivência, se a vítima teria ou não direito ao ressarcimento pela perda desta oportunidade e de que forma se daria tal reparação.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Responsabilidade Civil Médica. Reparação do Dano. Dano Moral. Perda da Chance.

Sumário: Introdução. 1. Noções Gerais de Responsabilidade Civil. 2. Responsabilidade Civil Médica. 3. Teoria da Perda da Chance. 4. Perda da Chance de Cura/Sobrevivência. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inquestionável a relevância da medicina para a manutenção e o restabelecimento da saúde da pessoa humana. Ninguém quer se privar de viver antes de decorrido razoável tempo compatível com as reais expectativas de vida, sobretudo nos dias atuais, em que se verifica um aumento efetivo da longevidade.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹, no Brasil, em 2011, a esperança de vida de uma pessoa ao nascer era de 74,08 anos (74 anos e 29 dias), com um aumento de 0,31 anos (3 meses e 22 dias) em relação a 2010 (73,76 anos). Na comparação com o ano 2000, a esperança de vida ao nascer subiu 3,65 anos (3 anos, 7 meses e 24 dias), ou seja, ao longo de 11 anos, a esperança de vida ao nascer teve aumento médio de 3 meses e 29 dias por ano.

Tudo isso se deve a um conjunto de fatores que envolve desde a evolução da ciência médica, aos investimentos no país em saúde, infraestrutura, educação, higiene, enfim, indicadores reais da qualidade de vida.

Fato é que a população está mais consciente acerca dos seus direitos, dos seus deveres, dos hábitos de saúde e dos tratamentos médicos disponíveis – que se incrementam a cada dia. Daí o grande inconformismo do paciente e/ou seus familiares quando se opera eventual perda prematura da saúde ou da vida, ocasionada por erro profissional de alguém que deveria evitá-la.

Por outro lado, sabe-se que o médico lida com alguns riscos que não podem ser afastados e, não raras vezes se depara com situações graves, urgentes e imprevisíveis. Dessa forma, por mais competente que seja o médico, não tem ele como prometer a cura.

Justamente devido a essa impossibilidade de assegurar um resultado é que a doutrina classifica o atuar do profissional de saúde como ‘obrigação de meio’² – segundo a qual, o médico obriga-se a prestar seus serviços com zelo, diligência, e mediante o correto emprego das regras e dos métodos da profissão. Em consequência, a sua responsabilidade enquanto profissional liberal é apurada pela teoria subjetiva, ou seja, mediante a verificação de culpa.

¹ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2011/default.shtm>. Acesso em 02.03.2013.

² Em relação à cirurgia plástica meramente estética, parte da doutrina entende que a obrigação deixa de ser de meio e passa a ser de resultado, dependendo se o médico comprometeu-se ou não ao alcance do resultado, bem como se advertiu o paciente acerca dos possíveis riscos oriundos do procedimento.

Tal responsabilidade, mesmo sob o enfoque da legislação consumerista, mantém-se inalterada, pois, não obstante a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor - ter fixado a responsabilidade objetiva como regra, o legislador excepcionou expressamente os profissionais liberais – os quais continuam a responder mediante a verificação de culpa, na forma do artigo 14 §4º da referida Lei.

Quanto à prova da culpa do agente causador do dano, embora o Código de Processo Civil estabeleça em seu artigo 333, I, que quem alega um fato deve prová-lo em juízo, essa regra processual foi mitigada pelo artigo 6º, VIII da Lei nº 8.078/90, ao introduzir no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Por meio desse mecanismo, o juiz pode, a seu critério, sempre que entender verossímeis as alegações autorais e verificar a hipossuficiência do consumidor, determinar a inversão da regra preconizada no artigo 333, I do CPC e, com isso, impor ao réu que prove a licitude de sua conduta. Vale dizer, desloca o ônus da prova da esfera da vítima para o médico, que, por sua vez, terá que carrear aos autos uma prova negativa de que não agiu com culpa.

Inegável que a inversão do ônus da prova representou significativo avanço em termos de responsabilidade civil. Não se pode descurar, porém, que a transferência da carga probatória da culpa para o réu não exime a parte autora de provar os demais pressupostos da responsabilidade: dano e nexo de causalidade.

Há, entretanto, situações peculiares em que o dano se desprende da forma usual pela qual costuma se apresentar, mas que, nem por isso, podem ser ignoradas. Vale dizer, quando o atuar de uma pessoa acaba por privar a outra de obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, de forma que, embora não se possa precisar, com certeza, qual seria o resultado concreto, deixa evidente a supressão de uma oportunidade que interrompe o fim de um processo aleatório.

O exemplo clássico que se dá é o do advogado que perde o prazo para recorrer. Não se sabe se o recurso seria ou não conhecido e provido – tal resposta dependeria de um estudo de probabilidade – mas, aquela oportunidade de recorrer teria sido para sempre perdida.

Nesse contexto, surge a teoria da perda da chance e, conseqüentemente provoca uma significativa ampliação no campo da responsabilidade civil, na medida em que impõe o ônus da reparação não pelo dano propriamente dito, mas pela supressão de uma oportunidade – a qual, por falta de diligência, teria sido retirada da esfera de escolha da vítima.

A responsabilidade civil pela perda da chance é dotada de características próprias, uma vez que a sua configuração, identificação e indenização são feitas de forma distinta da utilizada nas outras hipóteses de reparação de danos.

Por se tratar de um instituto recente, sequer positivado no nosso ordenamento jurídico, algumas dificuldades vêm surgindo na sua aplicação, dentre as quais merece destaque, a correta distinção entre a perda da chance real (indenizável) e o dano hipotético (não indenizável).

Consoante o ensinamento da Ministra Nancy Andriighi³, “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas”.

O presente trabalho estabelece como premissa uma reflexão acerca da tradicional responsabilidade civil médica e o estudo da teoria da perda da chance, a fim de demonstrar a plausibilidade de sua adoção e, assim, assegurar ampla proteção às vítimas de atos lesivos.

1. NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

³Disponível em http://www.stj.gov.br/porta1_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.texto=99879. Acesso em 17.09.2012.

A responsabilidade civil está diretamente ligada ao senso de justiça do ser humano. Relaciona-se com o dano provocado na seara alheia, de forma voluntária ou não.

Trata-se da obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar um prejuízo causado à outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. É o dever jurídico secundário que decorre da violação de um dever jurídico pré-existente.

Uma breve abordagem histórica acerca do instituto da responsabilidade civil permitirá uma melhor compreensão acerca da matéria.

Nos primórdios, a vingança era a forma usual de compensar o dano. Vigia, nessa época, a Lei de Talião que proclamava: olho por olho dente por dente. Nesse período, que ficou conhecido como ‘vingança privada’, fazia-se o que se convencionou de chamar de ‘justiça com as próprias mãos’, onde o mal era pago com um malefício igual ou pior.

Posteriormente, no Direito Romano, a Lei das XII Tábuas criou uma espécie de tarifação dos danos, mediante a previsão de uma pena específica para cada ofensa, pouco importando se o dano era decorrente de dolo, culpa, caso fortuito ou força maior.

Foi, contudo, com a *Lex Aquilia* que se passou a exigir a *culpa* como elemento essencial da reparação do dano, mediante a seguinte premissa: sem culpa não há responsabilidade. Tal regra consolidou-se como princípio geral e estabeleceu um verdadeiro divisor de águas em matéria de responsabilidade civil.

A partir daí, o Código Civil Francês (Código de Napoleão), inspirado na Lei Aquilia, estabeleceu a responsabilidade subjetiva – isto é, fundada na culpa do agente. As codificações subseqüentes, tais como o Código Civil Alemão, Código Civil Suíço e o Código Civil Brasileiro de 1916, seguiram a mesma linha de orientação, adotando, igualmente, a responsabilidade subjetiva.

A teoria subjetiva, porém, acarretava um grave problema de ordem prática: sempre que a vítima não conseguisse provar a culpa do agente, a reparação do dano ficava obstada e a vítima era obrigada a suportar o prejuízo.

No Brasil, essa situação perdurou até a década de 90, quando entrou em vigor a Lei 8.078/90, cujo legislador substituiu a culpa do agente em prol de uma análise objetiva da reparação da vítima, ressaltando, contudo, a responsabilidade dos profissionais liberais.

Com isso, o comerciante, o fabricante, o construtor, importador, etc. passaram a responder pelos danos causados independentemente da existência de culpa, devendo o consumidor, salvo na hipótese de incidência de uma excludente de responsabilidade, ter o dano integralmente reparado.

Desde então, a vítima não precisou mais provar a culpa do agente, sendo apenas obrigada a demonstrar o dano e o nexo de causalidade.

Quanto à prova da existência do dano, não enseja dificuldades – a lesão, ainda que estritamente moral, é facilmente constatável.

Já o nexo de causalidade – vínculo existente entre a conduta do agente e o resultado por ele produzido – é objeto de diversas teorias, merecendo destaque as seguintes: (i) teoria da equivalência das condições – todos os antecedentes que concorreram de alguma forma para o dano se equivalem e podem ser considerados causa; (ii) teoria da causalidade adequada – extrai do conjunto de condições que concorreram para o resultado a causa mais apta, em abstrato, à produção do dano; (iii) teoria da causalidade direta e imediata (ou da interrupção do nexo causal) – a causa é apenas um antecedente fático que se vincula diretamente ao dano sem a interferência dos acontecimentos posteriores.

Embora não haja um consenso doutrinário acerca da teoria adotada no Direito Brasileiro, a Lei 10.406/02 – Código Civil parece ter elegido a última teoria acima mencionada, a exemplo da regra contida no seu art. 403 que estabelece: “Ainda que a

inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

No capítulo seguinte será tratada a responsabilidade civil na área médica. Logo após, será introduzido o estudo da teoria da perda da chance e seus desdobramentos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Os médicos erram porque são pessoas. É o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. O erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna o seu erro mais dramático.⁴

A relação entre médico e paciente é, em regra, uma relação contratual, mais precisamente, uma relação de consumo e, como tal, segue os ditames da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil médica há de ser estudada sob duas vertentes: a pessoal (do médico profissional liberal) e a institucional (hospitais, clínicas, laboratórios, etc.).

No que concerne à primeira – responsabilidade pessoal do médico profissional liberal - o artigo 14, §4º da Lei 8.078/90 estabelece que: “A responsabilidade civil dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

O médico, ao ser contratado, assume uma obrigação de meio e não de resultado. E, por ser de meio a obrigação, o compromisso que ele assume não é o êxito propriamente dito, mas sim um atuar diligente, de acordo com as regras e métodos da profissão.

Dessa forma, se o tratamento realizado não surte o efeito pretendido, não significa que houve, necessariamente, o descumprimento das obrigações pactuadas. Para aferir tal responsabilidade, é preciso que se leve em consideração uma série de fatores, como, por exemplo: se o médico procedeu aos exames clínicos de praxe; se informou corretamente o

⁴ CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371.

diagnóstico; se prescreveu o tratamento adequado; se advertiu o paciente ou seus familiares acerca dos possíveis riscos decorrentes; se empregou no tratamento todas as técnicas que à época eram confiáveis; bem como, a reputação que o profissional goza junto à sociedade médica e aos seus pacientes.

Em síntese, uma reflexão sobre os quesitos supramencionados, aliada a outras questões pertinentes a cada caso concreto, é que revelará se o médico teve ou não um comportamento legitimamente esperado. Neste sentido, o ensinamento do Desembargador Sergio Cavalieri Filho:

Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito a erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto⁵.

Como se vê, a culpa médica decorre de uma falta de cuidado, ou seja, é incompatível com o comportamento legitimamente esperado de um profissional padrão. Assim, uma vez demonstrada a ausência de comprometimento do médico com o paciente e, se dessa conduta resultar um dano, configurada estará a culpa.

Questão interessante se coloca quando o doente se submete aos cuidados não de um profissional específico, mas de uma equipe médica. Nesse caso, a constatação dos limites da responsabilidade de cada um dos seus membros dependerá, antes de tudo, da verificação do vínculo jurídico estabelecido entre eles.

Assim, se os membros da equipe atuam de forma autônoma, em regra, cada um responderá pelos seus próprios atos. Já se a equipe trabalha para o médico-chefe, ou se compõe uma sociedade de médicos, ou, ainda, se integra um plano de saúde, a responsabilidade será solidária entre os integrantes da cadeia de fornecimento do serviço,

⁵ Ibid., p. 372.

conforme determinam os artigos 34 do Código de Defesa do Consumidor e 932, III do Código Civil.

Quanto à responsabilidade institucional (das casas de saúde, clínicas e hospitais), tais entidades respondem objetivamente pelos danos que causarem aos seus pacientes, conforme estabelecido pelo *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Por ser a responsabilidade médica institucional objetiva, a sua apuração exige apenas a prova do dano e do nexo de causalidade. Difere, pois, nitidamente do sistema adotado para o profissional liberal (o qual exige a demonstração da culpa).

Observe-se que o legislador, além de fixar a responsabilidade objetiva por defeitos nos serviços, impôs estrita observância ao dever de informação – que na atividade médica/hospitalar ganha contornos de maior relevo.

Saber exatamente o que deve ser informado não é tarefa fácil, sobretudo, por que cada paciente pode reagir de modo distinto a um mesmo tratamento. Todavia, a deficiência na informação sobre os riscos pode ser determinante para efeito de configuração da responsabilidade. Neste sentido o legislador veio assim definir o conceito de serviço defeituoso:

Art. 14 (...)

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Pela simples leitura do dispositivo constata-se que os riscos tolerados são apenas aqueles que do serviço razoavelmente poderia se esperar, ou seja, os previsíveis. Qualquer situação que extrapole a previsibilidade será suficiente para configurar o defeito do serviço.

Para saber exatamente quais os riscos legitimamente esperados, imperioso considerar a impossibilidade de afastamento de alguns deles de determinadas situações ou patologias, como por exemplo, os decorrentes de uma cirurgia em uma pessoa de idade excessivamente avançada, ou em um paciente gravemente enfermo.

São os chamados riscos inerentes ou intrínsecos – os quais, dado o seu caráter indissociável, são juridicamente reconhecidos e aceitos, devendo, contudo, integrar a informação a qual o médico se obriga a dar ao paciente.

Há, ainda, os chamados riscos adquiridos – os quais se manifestam quando o serviço apresenta falha ou defeito. Ou seja, o risco adquirido excede o risco inerente, e se assenta na imprevisibilidade (antítese da legítima expectativa).

Em regra, os riscos que ensejam o dever de indenizar são os riscos adquiridos, isto é, pelo defeito do serviço. Neste sentido, a lição do Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶:

Em matéria de proteção da saúde e segurança vige a noção geral da expectativa legítima. Isto é, a idéia de que os produtos ou serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. As expectativas são legítimas quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

Portanto, em se tratando de responsabilidade civil médica, primeiramente, deve se verificar os riscos legitimamente esperados em cada caso concreto, a fim de constatar se o serviço é ou não defeituoso. Uma vez detectado o defeito, sendo a responsabilidade institucional, automaticamente surgirá o dever de reparação do dano. Porém, em se tratando

⁶ BENJAMIN Antônio Herman de Vasconcellos e, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991, p. 48, *apud* Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 385.

de responsabilidade pessoal do médico, parte-se para uma segunda etapa: a análise da culpa - que deverá ficar demonstrada para efeito de gerar o dever de reparação do dano.

3. TEORIA DA PERDA DA CHANCE

A evolução da responsabilidade civil nos moldes da teoria objetiva foi fundamental para o surgimento da reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

Trata-se de situações corriqueiras da vida nas quais uma pessoa acaba por privar outra da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. O dano, aqui, não ostenta a mesma visibilidade que lhe é comum, mas, também, não se confunde com o dano hipotético – mera expectativa, conjectura de difícil realização – insuscetível de indenização no nosso ordenamento jurídico.

Daí a razão pela qual se costuma dizer que a perda da chance se caracteriza como uma zona cinzenta, híbrida, situada entre o dano hipotético e o dano efetivo, ou, em outras palavras, entre a incerteza e a certeza.

Não é, porém, qualquer perda de oportunidade que enseja o dever de indenizar, mas apenas a perda da chance efetiva, capaz de demonstrar a real frustração na obtenção de uma vantagem legitimamente esperada, ou na possibilidade concreta de evitar um prejuízo. Neste sentido, Kfoury Neto⁷ esclarece:

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo - e certeza na probabilidade.

⁷ KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.839, p.47-68, set.2005.

A encampação da teoria da perda da chance, na prática, sempre gerou grande dificuldade aos aplicadores do Direito, pois, como assevera Maurizio Bocchiola⁸, “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza”.

Por essa razão, os danos oriundos da referida teoria ficaram muito tempo sem perspectiva de reparação, pela simples razão de que não havia como verificar, com certeza, se a conduta do agente, por si só, teria ou não impedido a realização de um resultado legitimamente esperado.

A teoria da perda da chance encontra suas origens na França. Segundo Couto e Silva *apud* Rafael Peteffi da Silva⁹, o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano decorrente de perda da chance remonta ao século XIX, mais precisamente, ao dia 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa condenou um oficial ministerial a indenizar a parte autora pela perda da chance de dar regular prosseguimento a uma ação judicial com possibilidade de êxito. O caso tratou da atuação culposa de um oficial ministerial que teria extinguido todas as possibilidades de certa demanda lograr êxito, mediante o seu regular procedimento.

Foi, contudo, a partir da década de 60 que a referida teoria se fez mais presente nas decisões da Corte de Cassação Francesa. Neste sentido, Sérgio Savi¹⁰ assevera:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

⁸ BOCCHIOLA, Maurizio, *apud* SAVI, Sérgio. Op. cit. p.1.

⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, p. 222, e VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1998, v. *Les conditions de la responsabilité civile*, p. 74, e PETEFFI DA SILVA, Rafael, 2001, p. 10.

¹⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

Em julho de 1964, a Corte de Cassação proferiu uma decisão emblemática, que deu origem a acirrados debates acerca da teoria da perda da chance. Ao reapreciar um julgado da Corte de Apelação de Paris, a Corte de Cassação houve por bem reformá-la, para condenar um médico ao pagamento de 65.000 francos, por ter incorrido em falta grave contra as técnicas da medicina ao adotar um procedimento inadequado: amputar os braços de um bebê para facilitar o parto.

Diante de tal precedente, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a teoria da perda da chance. Na Itália, o instituto rapidamente passou a ser objeto de estudo e se fez presente em vários julgados, sendo inegáveis os avanços que a matéria sofreu naquele país.

No Brasil, a matéria começou a ser timidamente tratada na década de 80. Doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira¹¹ e Miguel Maria de Serpa Lopes¹² já se posicionavam de forma a admitir a teoria da perda da chance. Foi, contudo, na década de 90 que a matéria passou aqui a ser difundida, por meio de uma conferência no Rio Grande do Sul, que contou com a presença do francês François Chabas.

Estima-se que o primeiro acórdão a tratar do assunto tenha sido proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível nº 589069996, em 12 de junho de 1990, sob a relatoria do Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior – o qual concluiu pela inaplicabilidade do instituto no caso concreto – justamente num caso de erro médico.

Em linhas gerais, foi dessa forma que a teoria da perda da chance ingressou em nosso ordenamento jurídico. Desde então, passou a existir a real possibilidade de indenização

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed., ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.42: “é claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar dentro da ideia de perda de uma oportunidade (perde d’une chance) e puder situar-se a certeza do dano”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed., ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.42.

¹² No mesmo sentido: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. II: Obrigações em Geral. 7. ed. revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 391: “Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance [...]”.

independentemente da certeza do resultado, desde que restasse configurada a perda da possibilidade de conseguir uma vantagem ou de evitar um prejuízo, em decorrência de um ato ilícito praticado por alguém.

4. PERDA DA CHANCE DE CURA/SOBREVIVÊNCIA

Hodiernamente a doutrina costuma dividir a perda da chance em duas categorias: (i) clássica - quando se verifica a ruptura precoce de um processo aleatório, de forma a impedir a sua conclusão. O dano é incerto face à incerteza de que o resultado pretendido seria alcançado; (ii) na área médica – a dúvida aqui não se relaciona com o resultado, mas sim com a participação do médico para sua ocorrência, à medida que, em princípio, o dano é causado por fator alheio (doença). É o que se chama de causalidade parcial em relação ao dano final.

Nas hipóteses de perda da chance clássica, o desaparecimento de uma vantagem pela vítima é evidente. Há certeza quanto à autoria do fato que frustrou a obtenção da vantagem, e incerteza quanto à existência ou à extensão do dano. Incerteza essa que justifica a redução proporcional da indenização, em percentual correspondente às chances de sucesso que a vítima teria se não tivesse sido privada da oportunidade.

Na seara médica, a situação é outra. Tem-se a certeza do dano e de sua extensão, mas não há como precisar se houve a efetiva colaboração do médico para a ocorrência do dano. Kfoury Neto¹³ afirma que a perda de uma chance no domínio médico atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.

¹³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

Há aqui que se considerar o posicionamento de Georges Durry e François Chabas, que entendem ser um equívoco a separação entre os casos clássicos de perda da chance e os casos de perda da chance na seara médica.

Durry defende a existência de casos fora da seara médica que deveriam ter o mesmo tratamento, como, por exemplo, a deficiência no dever de informação – que exige a aplicação da causalidade parcial a fim de possibilitar a aplicação da teoria da perda da chance.

Já Chabas, sustenta a possibilidade de aplicação da teoria clássica da perda da chance em alguns casos médicos, diante de um conceito específico de dano, pelo fato de o processo aleatório no qual se encontrava a vítima ter sido interrompido em momento anterior ao seu estágio derradeiro.

Não menos importante é o posicionamento de Fernando Noronha, que propõe uma nova divisão da teoria da perda da chance. Sua proposta consiste na divisão de duas modalidades básicas: “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um dano que ocorreu” – esta, contudo, comportaria uma subdivisão entre a “perda de uma chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “a perda de uma chance por falta de informação”¹⁴.

Definitivamente, não há um consenso acerca da classificação das modalidades da teoria da perda da chance. E isso decorre da real dificuldade no que concerne à correta situação do nexos causal, quer numa quer noutra espécie. O assunto é polêmico e enseja divergentes posições doutrinárias, dentre as quais se destacam três correntes.

A primeira corrente, defendida por John Makdisi e Jacques Boré, assenta-se na ideia da causalidade parcial, a qual se justificaria diante da incerteza acerca do nexos causal entre o ato praticado e o dano causado. Assim, nos casos de perda da chance clássica incidiria uma

¹⁴ NORONHA, Fernando apud PETEFFI DA SILVA, Rafael.

aplicação menos rígida do nexo de causalidade, enquanto nas situações de perda da chance na área médica, seria aplicável a noção de causalidade parcial.

Rafael Peteffi¹⁵, em sua obra *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, traz alguns exemplos que colaboram para uma melhor compreensão do que ora se afirma:

Em 10 de março de 1996, a Corte de Apelação de Paris julgou um caso em que uma mulher, após dar a luz a um bebê, foi acometida de forte hemorragia, em função da qual veio a falecer. A Corte entendeu que o médico que tratou a paciente foi negligente por tê-la deixado sem assistência adequada logo após o parto. Porém, não houve condenação integral porque os peritos afirmaram que, mesmo com a terapêutica correta, em torno de 20% das pacientes nesse estado vêm a falecer. Desse modo, a Corte decidiu condenar o médico pela perda de 80% das chances de cura.

No exemplo acima, a comprovação do nexo causal entre a falha médica e o dano cede lugar ao estudo da probabilidade da existência desse liame e, com isso, autoriza a reparação parcial do dano.

Sob essa nova perspectiva, o dano deixa de ser atribuído a uma causa específica e passa a se relacionar a elementos prováveis que tenham concorrido para a ocorrência do dano final. Por essa razão, ainda que não seja possível saber se o dano guarda ou não relação direta com a conduta do ofensor, poderá haver a sua reparação parcial, devendo a fixação do *quantum* ser estabelecida de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Neste sentido corrobora Noronha¹⁶:

[...] quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador.
[...] A reparação deve corresponder à percentagem das chances com que o fato do responsável contribuiu para o dano final: esse será o valor da chance subtraída ao lesado. Em suma, o valor do dano deverá ser repartido na proporção em que cada um dos fatos em alternativa concorreu para o dano final.

Os defensores desse entendimento, porém, restringem essa possibilidade de relativização do nexo causal, apenas à reparação dos danos decorrentes da perda da chance na área médica, não se estendendo aos demais casos.

¹⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82/83.

¹⁶ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 43-44, jul./set. 2005.

A segunda corrente, capitaneada por Jean Penneau¹⁷, baseia-se no critério do “tudo ou nada”, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o dano causado ao paciente, será devida a este uma indenização integral; porém, se não ficar comprovada a culpa, nada será devido. Exige, portanto, um processo regular de produção de provas, sem qualquer mitigação acerca da comprovação do nexo de causalidade.

Nessa linha de raciocínio, a condenação com base na mitigação do nexo causal, nos moldes adotados pela primeira corrente, seria inviável.

Por fim, a terceira corrente, liderada pelo Professor Joseph King Jr.¹⁸, defende o reconhecimento de uma modalidade autônoma de dano – que se pauta numa ampliação do conceito de dano, sendo desnecessária qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade, pois, as chances perdidas constituíram um dano autônomo.

Aqui o agente não responde pelo resultado para o qual a sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance que subtraiu da vítima. É exatamente a conclusão que se extrai do ensinamento da Ministra Nancy Andrichi ao proferir seu voto-vista, em recentíssimo julgado sobre o tema¹⁹:

[...] A dificuldade do trato em 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 equivocado, num processo de *mitigação do nexo causal com o resultado*. Sem demonstração clara de que um determinado dano ocorreu, 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 significaria romper com o princípio da *conditio sine qua non*, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

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 nexo causal com o resultado. 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

¹⁷ *La Responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud* Fernando Noronha, op. cit, p. 678.

¹⁸ KING JR., Joseph H. *apud* PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.335.622/DF. Voto-vista. Min. Nancy Andrichi, publicado no DJe em 27.02.13, Documento 1185928. Disponível em: //ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&Seq=26123314&Reg=20130227&sData=20130227&sTipo=3&formato=PDF. Acesso em 01.04.2013.

contribuído, mas apenas *pela chance que ele privou a vítima*. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar.

Como se vê, a adoção desse entendimento permite que se passe a considerar a chance como um bem jurídico autônomo – o que altera substancialmente a questão do nexos causal que, por sua vez, passa a se estabelecer diretamente entre a conduta do agente e a perda da chance (e não mais entre a conduta do agente e o resultado).

O julgado do qual se extrai o voto-vista supra transcrito, trata do pedido de indenização formulado pelos pais de uma criança contra um hospital privado, por negar atendimento (determinado por força de liminar) à vítima oriunda de hospital público desprovido de UTI.

A recusa da internação da vítima se deu pelo hospital particular, em momento de extrema urgência, sob o argumento de que a liminar teria sido apresentada por meio de documento extraído da internet, vindo a causar-lhe a morte. Confira-se²⁰:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

(...)

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL nº 1.335.622/DF. Acórdão publicado no dje em 27.02.13, documento: 24436121. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?slink=atc&sSeq=24436121&Reg=201200419730&sData=20130227&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 10.11.2013

7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.
8. Recurso especial parcialmente provido.

Embora o julgado tenha reconhecido a aplicação da teoria da perda da chance na seara médica, houve divergência quanto à fundamentação do voto do Relator – Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – que se posicionou no seguinte sentido²¹:

[...] Contudo, na espécie, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o atendimento pelo recorrido impediria o resultado. De fato, não há como se equiparar, nesse caso, a perda da vida ao invés da perda da oportunidade de obter a vantagem do tratamento, como o que se acaba por transformar a chance em realidade. Explica-se: considerando que não há como ser ligada a conduta da ré ao evento morte – não há como ter certeza de que, ainda que prestado o atendimento de emergência de forma adequada, a paciente sobreviveria –, a indenização deve ater-se apenas ao dano moral, excluído o material. Mesmo porque, como já dito, não se pode indenizar o possível resultado. Não se indeniza o que a vítima hipoteticamente deixou de lucrar, mas, sim, a oportunidade existente em seu patrimônio no momento em que ocorreu o ato danoso. O que os pais perderam, repita-se, é a chance do tratamento e não a continuidade da vida. A falta reside na chance de cura de sua filha, e não na própria cura. (...)

Nesse contexto, o voto do Ministro Relator dá provimento ao recurso e condena o recorrido ao pagamento de danos morais, deixando, contudo, de condenar o hospital em danos materiais sob a justificativa de que não se poderia indenizar um dano incerto.

Supõe-se que o eminente Ministro Relator, para apurar o dano material tenha perquirido o nexos causal entre a conduta do hospital e o resultado (óbito) e, para apurar o dano moral, tenha perquirido o nexos causal entre a conduta do hospital e a redução da chance de sobrevivência da vítima.

Eis o ponto em que reside a controvérsia.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.335.622/DF. Voto-vista. Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado no DJe em 27.02.13, Documento 24405140. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&Seq=26123314&Reg=20130227&sData=20130227&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 01.04.2013).

Na visão da Ministra Nancy Andrighi, em se tratando de perda da chance, haveria de se perquirir apenas um único nexo de causalidade, qual seja o ligado à oportunidade (chance) que se privou da vítima, mediante as seguintes reflexões: (i) verificar a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) confirmar se a ação ou omissão do agente tem nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

A partir da análise desses pressupostos, a reparação civil pela perda de uma chance se daria com base num bem jurídico autônomo (chance), em uma proporção aplicada sobre o dano final experimentado, fixada conforme a probabilidade da chance perdida de alterar esse resultado danoso.

No caso em tela, não obstante o caráter compulsório da liminar que ordenou a internação da criança na UTI, o hospital optou por descumpri-la. Ainda que as chances de sobrevivência da paciente fossem ínfimas, a recusa do hospital em interná-la, eliminou definitivamente qualquer possibilidade de prolongamento daquela vida humana.

A chance perdida jamais será recuperada. A indenização torna-se impositiva, não exatamente pelo resultado ocasionado, mas pela chance que o hospital suprimiu da vítima de ter um tratamento adequado e assim, talvez, sobreviver.

5. CONCLUSÃO

A evolução do instituto da responsabilidade civil, somada aos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados, propiciaram a existência de um sistema efetivo de reparação de danos.

A teoria da perda da chance se insere nesse contexto. É oriunda dos anseios sociais pela reparação dos prejuízos sofridos. Inicialmente, foi alvo de inúmeras críticas e os danos dela decorrentes sofreram várias restrições, pois muitos aplicadores do Direito não conseguiam diferenciá-los do dano hipotético - repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ainda embrionária, a teoria da perda da chance vem conquistando cada vez mais adeptos e ganhando espaço entre os estudiosos. Apesar de sequer estar positivada em nosso ordenamento jurídico, verifica-se uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido do seu acolhimento, quer mediante a flexibilização do nexos causal (baseando-se na causalidade estabelecida entre a conduta do agente e o dano final) quer mediante a ampliação do conceito de dano (situação em que a chance perdida passa a representar um dano autônomo).

Embora não haja um consenso doutrinário acerca do melhor enquadramento do nexos de causalidade, defende-se, com esse trabalho, a adoção da ampliação do conceito de dano, de forma que a perda da chance constitua um bem jurídico autônomo.

Com a autonomia da perda da chance, o nexos causal passa a se estabelecer diretamente entre a conduta do agente e a perda da chance (e não mais entre a conduta do agente e o provável resultado). Significa dizer que o agente deixa de responder pelo resultado para o qual teria contribuído e passa a ser responsável pela chance que subtraiu da vítima.

Dessa forma, acredita-se solucionar o impasse acerca da correta situação do nexos causal e, com isso, garantir efetividade e eficácia à reparação dos danos decorrentes da perda de uma chance.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2011/default.shtm>. Acesso em: 02.03.2013.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 839, set.2005.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 23, jul./set. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9. ed., ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETEFFI, Rafael da Silva. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. II: Obrigações em Geral. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impresao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=99879. Acesso em: 17.09.2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.335.622/DF, julgado em 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&Seq=26123314&Reg=20130227&sData=20130227&sTipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 01.04.2013.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 1998, v. les conditions de la responsabilité.