



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil Médica, a Perda de Uma Chance e o Dano Moral

Roberta Soares Ramalho Fernandes

Rio de Janeiro  
2015

ROBERTA SOARES RAMALHO FERNANDES

**Responsabilidade Civil Médica, a Perda de Uma Chance e o Dano Moral**

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

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2015

## **RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA, A PERDA DE UMA CHANCE E O DANO MORAL**

Roberta Soares Ramalho Fernandes

Graduada em Ciências Econômicas pela  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Graduada em Direito pela Universidade  
Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** O artigo ora proposto tem por finalidade expor e analisar os institutos do dano moral e da perda de uma chance dentro da esfera da responsabilidade civil médica, bem como a forma como a pessoa física do médico e a pessoa jurídica, corporificada nos hospitais e clínicas médicas, respondem por tais danos. No decorrer do trabalho será analisada a conduta do médico e a respectiva responsabilização pelo dano decorrente de seu ato. O ponto nodal será a análise de como a conduta médica é avaliada, pois esta não pode ser engessada, sob o risco de decisões que não condizem com a realidade dos fatos. Será igualmente analisado a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil Médica. Dano Moral. Perda de uma Chance.

**Sumário:** Introdução. 1. Responsabilidade Civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 2. Responsabilidade Civil Médica 3. Perda de Uma Chance 4. Dano Moral. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como finalidade realizar uma análise sobre a responsabilidade civil médica e o seu respectivo alcance, bem como refletir sobre a obrigação, o dever e a reparação do dano.

Inicialmente será analisada a responsabilidade civil no contexto do Código Civil (CC) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A abordagem será feita com base na doutrina, na jurisprudência e na legislação pátria. Muito há para se esclarecer, pois existe uma enorme lacuna entre a atividade médica e a subsequente, na hipótese de comprovação do dano, responsabilidade civil. O tema merece destaque, pois as demandas judiciais crescem a cada dia, fazendo-se necessário uma delimitação da responsabilidade advinda de um suposto erro médico, ou seja, de uma conduta negligente, imprudente ou imperita.

O erro existe em toda esfera humana, mas também existem diversos tipos de condutas que geram um fato danoso, não podendo engessá-las e nem elencá-las em um rol taxativo. Essas condutas merecem uma análise mais criteriosa, pois nem a medicina e nem o direito são ciências exatas. Inseridas nessas disciplinas há o indivíduo, que não pode ter o seu caso concreto analisado de forma abstrata. Os fatos, a ocorrência e as possíveis intercorrências, dentro do contexto do caso em questão, precisam ser analisados de forma individualizada e humanizada.

Em seguida, será analisado o dano, a sua mensuração e reparação: será que a vida de um indivíduo pode ser quantificada em espécie, sendo que uma seqüela, tanto física quanto psíquica, pode ser eterna e o dano irreversível?

Em meio a tudo isso, surge a dificuldade de comprovar um erro, que não é matéria simples, a seqüela física é visível, mas traçar um elo (nexo causal) entre uma conduta em si do profissional médico e uma seqüela é um trabalho árduo, pois diversas são as variáveis envolvidas, tanto endógenas, inerentes ao próprio paciente (idiossincráticas), quanto exógenas, como a estrutura hospitalar e materiais disponíveis, por exemplo.

Deve-se destacar que, no que concerne à questão probatória de uma conduta profissional fora dos ditames da melhor prática médica, faz-se de suma importância o prontuário médico do paciente, bem como o termo de consentimento informado, como diretrizes dos princípios da informação, do consentimento e, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto a ser abordado é a atual discussão acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance dentro do contexto da responsabilidade civil médica, tanto a sua aplicabilidade, quanto à sua mensuração, diante do fato, na prática, dependem de aspectos que envolvem hipóteses e probabilidades, logo, faz-se necessário muita cautela, razoabilidade e proporcionalidade na forma como ela irá adequar-se ao caso concreto.

Por fim, será analisado a quantificação do dano para fins de indenização, tanto na ocorrência de um erro médico, como na aplicação da teoria da perda de uma chance. Também será procedida uma distinção entre a natureza da indenização em cada caso, bem como a forma como o dano será reparado.

Para tanto, serão analisados os aspectos da ética e da conduta médica, bem como o dever de indenizar, com base no posicionamento da doutrina e da jurisprudência no que concerne a matéria em questão.

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicialmente, deve-se partir do conceito de responsabilidade para que, a posteriori, os demais aspectos sejam traçados. Para San Tiago Dantas o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, para tanto, a ordem jurídica impõe deveres e obrigações.

O ato ilícito ocorre quando um dever previamente estabelecido na ordem jurídica, de fazer, não fazer ou suportar, é violado. Com isso, nasce um outro dever, o de responder, reparar e/ou indenizar. Logo, conclui-se que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário<sup>1</sup>.

Nesse sentido, uma pessoa só responderá perante a ordem jurídica quando violar um dever jurídico preestabelecido na lei, no contrato ou na ordem jurídica como um todo, como um princípio geral, por exemplo.

A responsabilidade civil muito evoluiu nos últimos anos, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe em seu texto legal a possibilidade de uma análise sob o prisma objetivo da responsabilidade, ou seja, sem a demonstração do elemento culpa, porém, mantendo-se a necessidade de demonstrar a conduta ilícita, o dano e o nexo causal.

Conforme pontua Sérgio Cavalieri Filho, essa evolução da responsabilidade civil começou com a flexibilização do conceito de prova da culpa, passando pela culpa presumida, evoluindo para a culpa contratual, culpa anônima, até chegar na responsabilidade objetiva<sup>2</sup>.

Deve-se destacar que o Código Civil pouco aborda sobre o tema e tem como principal referência o artigo 186 de seu texto legal, o qual aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No que concerne à responsabilidade médica, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, ela passou a ser analisada sob duas vertentes, quais sejam: a responsabilidade decorrente da prestação de serviço, direta e pessoalmente, do médico,

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2-3.

<sup>2</sup> Id. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 285.

como profissional liberal; e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, corporificada nos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos, entre outros.<sup>3</sup> A primeira responsabilidade é subjetiva, enquanto a segunda é objetiva.

Deve-se destacar que o Código de Defesa do Consumidor descreve, de forma clara e objetiva, no parágrafo 4º, do artigo 14, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Nesse dispositivo, enquadra-se o médico que atua em nome próprio, sem a existência do elemento empresa.

O presente trabalho irá analisar a questão do dano moral e da teoria da perda de uma chance sob a ótica da responsabilidade e da conduta do médico como profissional liberal.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

A responsabilidade civil médica se divide em responsabilidade civil do médico, como pessoa física, profissional liberal, e a responsabilidade da pessoa jurídica, decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial. Conforme já abordado, a primeira é subjetiva e a segunda objetiva. Nesse momento, a abordagem será feita com enfoque na responsabilidade do médico como profissional liberal.

Deve-se, inicialmente, destacar que a relação entre o médico e o paciente é, via de regra, contratual e, salvo a exceção das cirurgias embelezadoras, são obrigações de meio, ou seja, para que haja a responsabilização do médico, faz-se necessário e essencial a demonstração de culpa e do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano causado, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva.

Conforme já destacado, o elemento culpa é o fundamento para a responsabilidade subjetiva, logo, para que o profissional médico responda por sua conduta, faz-se necessário que a aquela tenha sido praticada mediante uma postura imprudente, negligente ou imperita, as quais, muito embora utilizadas como sinônimos, não podem ser confundidas.

A imprudência é a descautela, descuido, prática de ação irrefletida e intempestiva, ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 369-370.

de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia pressupor. Já a negligência é o descuido, desídia, desleixo, falta de cuidado capaz de determinar responsabilidade por culpa. Por fim, a imperícia é a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte ou profissão. O dano é causado por falta de conhecimento acerca da matéria ou da profissão<sup>4</sup>.

Importante pontuar que, na prática, essa distinção não é tão simples, ou seja, o conteúdo fático-probatório deve ser denso e os documentos detalhados, pois, para que se possa vincular uma determinada conduta a um dano, os fatos devem estar muito bem relacionados e descritos. Para tanto, um dos principais documentos com conteúdo probatório é o prontuário médico, pois é nesse documento que se encontra a descrição dos procedimentos realizados, medicamentos ministrados, condutas dentro de um centro cirúrgico, de um CTI, durante uma internação ou até menos quando de um simples atendimento.

Outrossim, cabe destacar que o prontuário médico possui regras específicas para o seu preenchimento, as quais encontram-se descritas na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.638/2002<sup>5</sup>, que prevê, inclusive, a obrigatoriedade da criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde, tamanha é a importância de um correto preenchimento do referido documento.

Ainda no contexto fático-probatório, outra abordagem de suma importância é a respeito do termo de consentimento informado, muito discutido quando o tema gira em torno de cirurgias plásticas embelezadoras, cuja obrigação assumida é a de resultado, pois tratam-se de procedimentos cirúrgicos com fins meramente estéticos. Nesse tipo de procedimento, o cirurgião assume o verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

Porém, o referido documento tem uma abrangência muito maior, uma vez que cabe ao médico obter o consentimento informado do paciente, ou, na impossibilidade de o paciente aquiescer, em razão de seu estado de saúde físico e/ou emocional, de seu representante legal ou outro legitimado para tanto. O referido consentimento, que pode se dar de forma escrita ou verbal, deve ser realizado antes de qualquer tipo de procedimento, principalmente os de risco ou intervenções cirúrgicas, salvo situações de emergência.

---

<sup>4</sup> MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil erro médico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.134-136.

<sup>5</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.

Apenas deve-se destacar que, por certo, a informação por escrito é a maneira mais fidedigna de se fazer prova, principalmente quando se toma por base o artigo 6º, inciso VII, do CDC, que trata da inversão do ônus da prova nas relações consideradas de consumo, logo, na maioria das vezes, caberá ao médico (réu) fazer prova contrária às alegações do paciente (autor).

Ademais, insta destacar o previsto no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009) sobre o tema, o qual aduz, em seu Capítulo IV, que versa sobre Direitos Humanos, que é vedado ao médico “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

O dever de informar também encontra respaldo na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos que, em seu artigo 5º, letra ‘b’, ao abordar os direitos individuais, aduz que “em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo”.

Faz-se indispensável destacar o previsto no artigo 5º, inciso XIV, da CRFB/88, o qual assegura a todos o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o dever de informar surge como direito básico do consumidor, elencado no artigo 6º, inciso III, do referido diploma legal. Destacando-se que a relação médico-paciente, quando se trata de profissional liberal prestador de serviços, sem que haja o elemento empresa, é regida, via de regra, pelo CDC.

Logo, o médico que deixa de informar ao paciente acerca do tratamento, clínico ou cirúrgico, a ser instituído, riscos, chances de erro, entre outros aspectos gerais, incorre em negligência e o profissional poderá responder civilmente. Em contrapartida, o médico que informa o paciente, de forma clara e precisa, acerca de possíveis intercorrências, pode se eximir de responder civilmente. Por certo, dessa hipótese, exclui-se o erro médico.

Nesse sentido, e para melhor exemplificar o acima descrito, merece destaque decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>6</sup>, a qual aduz:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – LIGADURA DE TROMPAS – SENTENÇA REFORMADA – A LAQUEADURA DE TROMPAS SOMENTE É FEITA PELO MÉDICO COM O CONSENTIMENTO DA PACIENTE, CONTUDO, NÃO É NECESSÁRIO QUE SEJA DADO POR ESCRITO, ADMITINDO-SE QUE O SEJA VERBAL – NADA HÁ QUE O IMPONHA SOB A FORMALIDADE DA LITERALIDADE – O PROCEDIMENTO DO MÉDICO NÃO SE MOSTRA DESVIADO DA MORAL E DA ÉTICA – AUSENTE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. O que parece ter ocorrido foi arrependimento do ato, mas, lastimavelmente, a Autora deveria ter pensando melhor antes de autorizar a ligadura das suas trompas, prevendo, inclusive, todas as consequências, por mais funestas que pudessem ser. Recurso de apelação provido para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Recurso adesivo prejudicado.

Em situação diversa, o Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup> responsabilizou o médico em razão da ausência de consentimento informado, nos termos da ementa a seguir aduzida.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.

No entanto, mesmo com normas muito bem definidas, existem situações que fogem à matéria teórica médica, ou seja, mesmo em se aplicando a melhor técnica, os melhores materiais, imprevistos são passíveis de ocorrer, eis que a Medicina, assim como o Direito, não é ciência exata e, da mesma forma que existem reações inesperadas e tecnicamente inexplicáveis de melhora repentina do paciente, também existem as hipóteses e casos de um paciente, com um quadro clínico estável, ter uma mudança repentina em seu quadro e exacerbar a sua patologia, podendo até levar ao óbito.

Logo, nem sempre o sucesso ou fracasso de um procedimento, ou internação, decorre única e exclusivamente da conduta do médico. A este profissional compete, dentre outras atribuições, desenvolver com ética e disciplina a medicina, pautar sempre sua conduta às regras da circunspeção, da probidade e da honra, e não abandonar os seus pacientes, mesmo quando estes estejam sendo submetidos a tratamentos difíceis e

<sup>6</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 2006.001.67409. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600167409>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 436827. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RJ+%2C+rel.+Min.+Ruy+Rosado+Aguiar>>. Acesso em: 27 nov. 2015

longos. Destacando-se que, ao atender um paciente o médico exerce, obrigatoriamente e ao mesmo tempo, seus direitos e deveres<sup>8</sup>.

### 3. PERDA DE UMA CHANCE

A responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França, sendo, posteriormente, abordada e estudada na Itália. No ordenamento jurídico pátrio, o tema só começou a ser recentemente discutido e aplicado, principalmente no que tange à responsabilidade civil médica, a qual é conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a aplicação da teoria da perda de uma chance encontra limites, uma vez que nem todas as situações são passíveis de indenização, mas apenas aquelas em que a perda de uma chance for considerada séria e real.

A teoria da perda de uma chance, dentro do contexto do presente trabalho, encaixa-se na situação em que os cuidados prestados pelo profissional não foram aplicados dentro da melhor prática médica, com a suficiente presteza e técnica capazes de gerar uma chance de cura ou a sobrevivência, ou seja, quando a conduta médica não observou o devido dever de cuidado e não aplicou-se a técnica correta.

A aplicação dessa teoria ocorre quando não é possível fazer o nexo entre a conduta do médico e o evento lesivo final. No entanto, deve-se tomar muito cuidado, pois a referida conduta, muitas vezes, decorre de uma postura negligente, o que pode gerar uma confusão com o próprio erro médico. Nesta qualificação – erro médico – ocorre a demonstração do nexo, o que, conforme já dito, é de difícil comprovação nos autos do processo.

A teoria da perda de uma chance nasce como uma salvaguarda do paciente, demandante, quando a omissão de um profissional não é a causa direta do dano. Porém, em caso de uma conduta acertada, quer um atendimento antecipado, quer a realização urgente de um procedimento cirúrgico, por exemplo, gerariam chances efetivamente reais, de êxito na conduta, ou seja, teriam como resultado a cura ou a sobrevivência do paciente.

---

<sup>8</sup> Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

Para corroborar com o acima exposto, merece destaque a recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual é possível observar a condenação de um profissional médico com base na perda de uma chance de prolongamento da vida de uma paciente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. IMPOSSIBILIDADE DE ÊXITO NO TRATAMENTO DA PACIENTE ACOMETIDA POR UM TUMOR NA REGIÃO DO ABDÔMEN, DIANTE DA AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO APROFUNDADA E ACOMPANHAMENTO DA PACIENTE APÓS A REALIZAÇÃO DE UMA PRIMEIRA CIRURGIA PARA A RETIRADA DE UM MIOMA, REALIZADA TRÊS ANOS ANTES DE SEU PASSAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PLENA APLICAÇÃO NA SEARA MÉDICA. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES REAIS E CONCRETAS DE CURA OU MAIOR SOBREVIVÊNCIA DE PACIENTE EM RAZÃO DE TRATAMENTO INADEQUADO DISPENSADO PELOS MÉDICOS DA ASSOCIAÇÃO-RE. [...] PROVA PERICIAL APORTADA AOS AUTOS QUE DÁ CONTA DE QUE FOI DESPERDIÇADA A OPORTUNIDADE DE TRATAMENTO DE SAÚDE QUE PODERIA INTERROMPER UM PROCESSO DANOSO EM CURSO, E QUE LEVOU A PACIENTE À MORTE. DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER DE ATUAR COM O GRAU DE DILIGÊNCIA PERTINENTE QUE RETARDOU O INÍCIO DO TRATAMENTO ADEQUADO À DOENÇA APRESENTADA PELA ENFERMA, REDUZINDO, ASSIM, A PROBABILIDADE DE SE IMPEDIR OU, AO MENOS, RETARDAR O SEU FALECIMENTO, MOTIVO PELO QUAL PRESENTE O DEVER DE INDENIZAR NA ESPÉCIE, PELA PERDA DA CHANCE. [...].

Faz-se importante destacar que a prova pericial, comumente realizada e indispensável na maioria dos casos, possui caráter técnico e o respectivo laudo pericial deverá ser elaborado de forma imparcial. A prova pericial será de suma importância, pois é tarefa difícil traçar o nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda de uma chance de sobrevivência ou de cura.

Como bem pontua o prestigiado doutrinador Sérgio Cavalieri Filho<sup>9</sup>:

A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada (...) A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade.

Nesse sentido, merece destaque decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no ano de 2009, mas que ainda denota o posicionamento jurisprudencial atual<sup>10</sup>:

RESPONSABILIDADE. MÉDICO. TEORIA. PERDA. CHANCE. A relação entre médico e paciente é contratual em regra. Salvo cirurgias

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 379-380.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp n. 1.104.665/RS. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

plásticas embelezadoras, caracteriza-se como obrigação de meio, na qual é imprescindível, para a responsabilização do médico, a demonstração de culpa e nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva. No caso, o Tribunal a quo reconheceu a inexistência de culpa e nexos de causalidade entre a conduta do profissional e a morte do paciente, o que constitui fundamento suficiente para excluir de condenação o médico. A chamada teoria da perda da chance, adotada em tema de responsabilidade civil, aplica-se quando o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no espectro da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável. O acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso o paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do profissional da saúde no período pós-operatório. Logo, inadmissível a sua responsabilização com base na referida teoria. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação de indenização por danos morais.

Quanto ao julgado acima exposto, deve-se, inicialmente, destacar que a jurisprudência fixa entendimento no sentido de que a probabilidade deve ser indenizável, porém, a mera possibilidade não. Conceitualmente, esta não é a melhor distinção, uma vez que a probabilidade engloba uma possibilidade. Para melhor exemplificar a afirmação, pode-se considerar o seguinte: se em um fenômeno aleatório as possibilidades são igualmente prováveis, então a probabilidade de ocorrer um evento 'A' é igual ao número de casos favoráveis sobre o número de casos possíveis<sup>11</sup>. Outro conceito aduz que o estudo da probabilidade vem da necessidade de, em certas situações, ser possível prever a possibilidade de ocorrência de determinados fatos<sup>12</sup>.

Ademais, uma abordagem interessante surge quando a teoria da perda de uma chance é comparada a teoria dos jogos, que é o estudo das tomadas de decisões entre indivíduos quando o resultado de cada um depende das decisões dos outros, numa interdependência similar a um jogo<sup>13</sup>. Quando aplicada a esfera médica, essa teoria muito se assemelha a já citada teoria da perda de uma chance, no seguinte sentido: a decisão do médico depende da reação do organismo do paciente e, conforme essa reação, a decisão seguinte deverá ser tomada.

Portanto, pode-se concluir que a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica não se trata da ocorrência de uma possibilidade ou probabilidade, mas sim de uma situação em que, dentre várias assertivas, ou tentativas, a chance de acerto, êxito, seria maior do que a chance de erro, caso as variantes fossem abordadas de forma correta. No entanto, deve-se destacar que a referida aplicação gira

---

<sup>11</sup> <<http://www.somatematica.com.br/index2.php>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<sup>12</sup> <<http://www.matematicadidatica.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<sup>13</sup> <<http://www.cienciaedaestrategia.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

em torno de uma probabilidade, algo que não é certo na matemática, quiçá, na ciência jurídica e na ciência médica.

Porém, na esfera médica uma tentativa errada pode ser crucial, pois envolve a vida e a saúde do paciente. O organismo humano é um campo desconhecido de variáveis aleatórias, logo, muitas vezes, mesmo em sendo realizado o melhor tratamento, com a melhor técnica, prever um dano ou um resultado lesivo é de extrema dificuldade.

Importante ter em mente que os tratamentos médicos devem ser individualizados, com a finalidade de aumentar as chances de êxito e minorar as de falha, uma vez que, cada organismo tende a responder de uma forma diferente.

O fato é que a aplicação da teoria da perda de uma chance ainda carece de estudo e precisa ser lapidado para que não seja aplicada de forma indiscriminada, podendo gerar decisões, e consequentes indenizações, desproporcionais e irrazoáveis. Logo, as indenizações devem ser fixadas em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, deve-se reafirmar que a teoria da perda de uma chance é relativamente recente no ordenamento jurídico pátrio, logo, é preciso aplicá-la com cautela, pois condenar um profissional médico por probabilidades pode incutir em um erro e gerar um dano grave e/ou irreversível, tanto para o profissional em seu meio de atuação, como dentro da sociedade. Deve-se destacar que não há nessa afirmação qualquer conteúdo defensivo de práticas médicas desidiosas, omissas, negligentes, ou imprudentes.

#### **4. QUANTIFICAÇÃO E INDENIZAÇÃO DO DANO**

Inicialmente deve-se destacar que não há que se falar em responsabilidade civil sem a existência de dano. Conforme aduz Sérgio Cavalieri Filho, não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Dando continuidade, ressalta que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.<sup>14</sup>

O dano pode ser caracterizado como material ou imaterial. O primeiro diz respeito às perdas e danos e engloba o dano emergente (prejuízo efetivo) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar); o segundo distingue-se pelo

---

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70.

fato de ser um dano sem caráter patrimonial, é a agressão a um bem que integra a personalidade do indivíduo, logo, insusceptível de valoração pecuniária, razão pela qual possui caráter compensatório.

Em se tratando de erro médico, o dano emergente pode ser identificado como uma lesão ao corpo ou a saúde do paciente e que resulte em despesas realizadas com tratamento, internação, medicamento e outros que visem à recomposição daquele<sup>15</sup>.

Já os lucros cessantes caracterizam-se pelo valor que o paciente deixou de auferir em razão de sequelas decorrentes de erro médico e que, durante um período, subtraíram a capacidade laborativa do ofendido<sup>16</sup>.

Há que se destacar a possibilidade do pensionamento, também a título de indenização, quando os danos decorrentes de um erro médico geram sequelas definitivas e irreversíveis, e que reduzem a capacidade ou, até mesmo, incapacitam o paciente para o exercício de atividades laborativas.

Assim, é possível afirmar que, em determinadas situações, o paciente faça jus a indenização por dano material, moral e estético, de forma cumulativa. A seguir, pode-se conferir na jurisprudência a adoção de tal medida<sup>17</sup>:

Ação de indenização por danos moral, material e estético decorrentes de erro médico e falta de esclarecimentos quanto a procedimento cirúrgico e de seus riscos. Procedência parcial do pedido, fixada a indenização por dano moral em R\$ 30.000,00. Apelação de ambas as partes. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Prova pericial conclusiva de que as sequelas suportadas pelo Autor em sua coluna vertebral, com conseqüente lesão do nervo ciático, são de caráter irreversível e permanente e de que são as mesmas decorrentes do posicionamento indevido de um dos parafusos, por ocasião da fixação das barras estabilizadoras durante a cirurgia realizada pelo Réu. Culpa caracterizada. Falha na prestação do serviço. Dano moral configurado. Quantum indenizatório condizente com a repercussão dos fatos em discussão e com o caráter pedagógico do instituto. Dano material decorrente da incapacidade permanente do Autor para a atividade de taxista. Pensionamento devido desde fevereiro de 2009, ocasião em que ficou caracterizada a incapacidade, no valor equivalente a 01 (hum) salário mínimo, à falta de prova segura de ganhos superiores. Desprovemento da primeira apelação e provimento parcial da segunda apelação.

No que concerne à indenização a título de perda de uma chance, essa, conforme entendimento jurisprudencial, não será integral, mas, sim, parcial, na proporção da chance de êxito no tratamento médico (clínico ou cirúrgico). Ademais, entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a perda de uma chance consubstancia-se em uma

---

<sup>15</sup> Melo, op. cit., p. 36

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0043269-38.2010.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Ana Maria Oliveira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500166121>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Nessa modalidade de indenização, o agente não responde pelo resultado para o qual a sua conduta pode ter contribuído, mas, apenas, pela chance de que ele privou o paciente, ou seja, a chance em si, desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo, é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável<sup>18</sup>.

Para a fixação do valor da indenização, também se leva em consideração, segundo o entendimento da jurisprudência, a gravidade do dano, sua extensão e duração, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta e o desestímulo à reincidência.

Por fim, deve-se diferenciar que, quando se trata de erro médico, a indenização não será fixada proporcionalmente, como na perda de uma chance, mas em razão do dano em si, o qual foi devidamente comprovado nos autos do processo em que se discute o caso concreto.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho procurou demonstrar os aspectos relevantes da responsabilidade civil médica, inicialmente com uma abordagem acerca da evolução dos aspectos da própria responsabilidade civil no mundo jurídico, bem como a sua prova na seara médica.

Posteriormente, foi analisado, com mais detalhes, a responsabilidade civil médica, a questão da prova e os documentos essenciais para a constatação da omissão do profissional, ou para a sua escusa de culpabilidade. Excluindo-se, por certo, os casos de erro médico grosseiro.

Em seguida, foi abordado a teoria da perda de uma chance e os requisitos para a sua aplicabilidade, bem como a forma de mensuração da concernente indenização, a qual deverá ser realizada mediante rígidos padrões de proporcionalidade e razoabilidade.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 1.254.141/PR. Relator Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>>. Acessado em: 11 nov. 2015.

Por fim, foi analisada a quantificação indenizatória do dano, em termos pecuniários, a qual deve seguir o mesmo padrão de rigidez e cautela para a sua fixação. Deve-se ressaltar e concluir que todos os aspectos acima abordados necessitam de muito cuidado quando se sua aplicação, para que não ocorram decisões injustas e com efeitos irreversíveis.

Nessa linha de raciocínio, tanto o paciente (autor), quanto o réu (médico), podem sofrer prejuízos na hipótese de uma decisão abstrata, ou seja, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. No caso do paciente, este não teria o seu dano devidamente ressarcido, e no caso do médico, este poderia não apenas incorrer em um prejuízo patrimonial desproporcional, como, também, para a sua imagem, como profissional e como indivíduo.

Ademais, uma conduta humanizada do médico, quando do atendimento ao seu paciente, por certo, reduziria a probabilidade de um erro ou de uma conduta danosa perante o quadro clínico apresentado no caso concreto.

Assim, certo concluir que as peculiaridades de cada caso devem ser analisadas com base no binômio humanização da medicina e individualização do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. n. 1.254.141/PR. Relator: Ministro Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-513-do-stj-2013,42335.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. REsp n. 1.104.665/RS. Relatora: Ministra Massami Uyeda. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0003250-30.2005.8.19.0012 - APELACAO. Relator: Desembargador Heleno Ribeiro P. Nunes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201500125005&CNJ=0003250-30.2005.8.19.0012>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 436827. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RJ+%2C+rel.+Min.+Ruy+Rosado+Aguiar>>. Acesso em: 27 nov. 2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC 2006.001.67409. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200600167409>>. Acesso em: 27 nov. 2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil erro médico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.134-136.

Resolução do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.

<<http://www.cienciaestrategia.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<<http://www.matematicadidatica.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<<http://www.somatematica.com.br/index2.php>>. Acesso em: 11 nov. 2015.