



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Teoria da Perda de Uma Chance e o Direito à Sobrevida

Isabella Larica Rutowitsch

Rio de Janeiro

2009

ISABELLA LARICA RUTOWITSCH

A Teoria da Perda de Uma Chance e o Direito à Sobrevida.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof<sup>º</sup>. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2009

## TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O DIREITO À SOBREVIDA

Isabella Larica Rutowitsch.

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica- PUC/RIO. Advogada. Pós – graduação EMERJ

**Resumo:** O presente trabalho visa à análise da Teoria da Perda de Uma chance e o Direito à sobrevida, o seu surgimento, a visão da doutrina e jurisprudência brasileira, o direito comparado e sua aplicação no campo da Responsabilidade Civil Médica. Tal estudo implica a compreensão e à aplicação dessa Teoria no Direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Responsabilidade, Chance, Indenização.

**Sumário:** Introdução; 1. A Teoria da Perda de Uma Chance; 1.1 Perda de Uma Chance – Categoria de um dano específico; 2. Distinção entre obrigação e responsabilidade; 2.1. Responsabilidade; 3. A Responsabilidade Civil Médica e a Teoria da Perda de Uma Chance e o direito à sobrevida; 3.1 O dever de informar e a Perda de Uma Chance; 4. Responsabilidade Médica na Rede Pública Hospitalar e a Perda de Uma Chance; 4.1 Testemunhas de Jeová e a perda de uma chance; 5. *Quantum debeatur*; Conclusão; Referências Bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho visa correlacionar a Teoria da Perda de Uma Chance e o Direito à Sobrevida, em face da responsabilidade civil médica e da disciplina legal introduzida pelo Código Civil.

Desse modo, será abordado a origem dessa Teoria na jurisprudência italiana e sua aparição na jurisprudência francesa, em 1965; seu conceito; sua aplicação no direito comparado; sua influência na aplicação pela jurisprudência brasileira e do seu liame com à responsabilidade civil do médico, a qual tem como pressupostos o dano material e moral.

Neste artigo, a Teoria da Perda de Uma Chance será analisada de forma pragmática, salientando a real necessidade do fornecimento de informações entre o médico - paciente e, o dever do médico de agir com diligência, para que se possa eliminar o risco do paciente sofrer o dano, ou pelo menos a redução acerca de todo o risco que envolve o tratamento a ser aplicado, bem como, as vantagens e desvantagens dos procedimentos aplicáveis a cada caso e suas chances de êxito.

Por conseguinte, a relevância da Teoria da Perda de Uma Chance e o Direito à Sobrevida, visa ampliar a seara da responsabilidade civil médica, uma vez que possibilita a indenização da vítima por uma nova espécie de dano.

Também, será ressaltado a complexidade do nexo causal. Pois, na esfera da responsabilidade civil sempre se caracterizaram essenciais para a reparação do prejuízo suportado pela vítima a existência de três elementos: o dano, a conduta humana e o nexo de causalidade. Sendo importante destacar a relativização na aplicação do nexo causal à essa Teoria.

Outro ponto a ser abordado será à Responsabilidade Médica na Rede Pública Hospitalar e a inserção da teoria, à sua aplicação pelos Tribunais brasileiros, de situações em que se busca a existência de um erro médico e desse modo se cabível a indenização.

Também, será analisada a possibilidade de aplicação dessa teoria pelos seguidores da religião “Testemunhas de Jeová”, a qual proíbe a transfusão de sangue de outrem por este ser considerado pecaminoso, impuro, ou como colocam moralmente contaminado.

Por fim, o *quantum debeatur*, que é o valor a ser pago a título de indenização, devendo sua aplicação verificar qual o valor da chance perdida, e qual o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Logo, será possível haver uma indenização de uma pessoa que se vê privada da oportunidade de conseguir um lucro ou evitar um prejuízo decorrente de um dano, que será passível de indenização e este dano será fundado na perda da oportunidade de alcançar o resultado esperado.

## **1. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

A Teoria da perda de uma chance iniciou-se na Itália em 1940, e o tema foi enfrentado mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil italiano. A teoria vislumbrava a possibilidade de vítimas de determinados atos que perdessem uma possibilidade de lucro, ou seja, seria uma possibilidade aleatória, nada certa ou concreta.

Pode-se dizer que em 1965, na jurisprudência francesa, deu seu início em casos de danos corporais indenizáveis, o qual tinham por escopo proteger a vítima aplicando a teoria da perda de uma chance, em razão de sobrevivência ou de cura.

Essa nova concepção de dano passível de indenização teve origem a partir da análise de casos concretos que levavam a compreender que independente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente que privasse outrem da oportunidade de chegar a este resultado fosse responsabilizado por tanto, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta. Ou seja, a indenização não se dá pela perda de um resultado favorável, mas sim pela perda daquela possibilidade de conseguir uma determinada vantagem.

Logo, o termo chance significa em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou deixar de evitar uma perda. A perda de uma chance deveria assumir um valor econômico, um conteúdo patrimonial.

No direito brasileiro, apesar de analisada superficialmente por grande parte da

doutrina, é tida como uma positivação da teoria objetivista, prevista no Código Civil, na qual tem como propósito a reparação dos danos causados por atos lícitos ou ilícitos, sendo irrelevante que a pessoa tenha agido com dolo ou culpa, pois, de qualquer forma, será responsável pelo dever de indenizar, para isso bastam o dano e o nexo causal.

No entanto, para que ocorra a indenização tem que ficar demonstrado o liame entre a conduta do agente e o resultado. Ressalvando, que a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior são excludentes de responsabilidade que impedem a responsabilização do agente. Logo, caberá ao autor fazer a prova do fato constitutivo do seu direito, para que lhe caiba a ação indenizatória.

Para efeitos de responsabilidade civil, a perda de uma chance, significa dizer que determinada situação foi interrompida por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade foi irremediavelmente destruída, mas para tanto há que se falar numa possibilidade de perda real e séria.

Nesse caso, a chance perdida pode se traduzir tanto na frustração de oportunidade de obter uma vantagem, que nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que depois se verificou. É certo que a situação que o lesado poderia almejar, caso tivesse obtido a chance, seria aleatória, mas seria a chance de tentar evitar um prejuízo futuro que acabou acontecendo.

Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados e se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade, daí afirmar Venosa (2004, p. 244-245) “Não podemos, por exemplo, extremo, admitir que a indenização pela morte de um cavalo de corrida chegue ao ponto de indenizar por prêmio integral de sua vitória no próximo grande prêmio”, mas podemos avaliar a média de prêmios que, presumivelmente, o animal conseguiria em sua vida útil.

A chance deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade.

Assim, para o dano ser reparável, tem que ser certo, embora consista somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado.

### 1.1 PERDA DE UMA CHANCE – CATEGORIA DE UM DANO ESPECÍFICO

A perda de uma chance é uma modalidade autônoma, específica, de dano. Dano, por assim dizer, é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial (*damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*)”, conforme conceitua Reis (1999, p. 3).

Pode-se dizer que o dano é toda ofensa a um bem jurídico, podendo ser material, quando atinge os bens integrantes ao patrimônio da vítima, ou moral, quando afronta os bens não patrimoniais. No entanto, no que tange à Teoria da perda de uma chance há que se dizer, que a mesma não se amolda aos tipos de danos já conhecidos pelo sistema.

No Direito brasileiro, essa teoria já foi enfrentada, pelos Tribunais, como uma espécie de dano moral, o que é errado, pois, a perda da chance é um dano material, ou seja, é uma sub espécie do dano material emergente e não de lucro cessante ou dano moral.

Esclareça-se que o dano emergente consiste exatamente no que a vítima perdeu e o lucro cessante caracteriza o que a vítima deixou de lucrar (art. 402 do Código Civil). Isso significa que no momento do ato ilícito ou lícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito ou lícito e não algo que ela deixou de lucrar.

Já o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos

personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano ainda é considerado moral quando os efeitos da ação originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima.

Em outras palavras o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, tal qual, se provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral, isto deriva de uma presunção natural ou de experiências comuns.

Desse modo, é necessário que o sistema jurídico tutele as diversas espécies de danos já existentes, bem como, as que estão emergindo e as que ainda não se fazem presente no cenário atual, porque a Constituição Federal em seu artigo 5º, X assegura a todos os seres humanos direitos e garantias individuais: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”Bodin (2003, p.157)

Entretanto, o que não é cabível é que a perda de uma chance seja tida como uma modalidade de dano moral ou lucro cessante. Ela pode até ser considerada como uma agregadora de tais possibilidades, mas não poderá ser tida exclusivamente como tais situações.

## **2.DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE**

Obrigação   a rela o jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa presta o pessoal econ mica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento por meio de seu patrim nio.

Assim sendo, a obriga o   um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade   um dever jurídico sucessivo. O dever jurídico originário consiste na



violação de um dever, ou seja, no deixar de fazer uma determinada obrigação que, na maior parte das vezes, causa dano a outrem, em face desse dano advém o dever jurídico sucessivo que tem por escopo indenizar o prejuízo causado.

Logo, quando uma pessoa se compromete à prestação de um determinado serviço e não o faz, significa dizer que ela rompeu com sua obrigação e conseqüentemente deverá arcar com a responsabilidade pelo descumprimento.

De forma pragmática, o artigo 389 do Código Civil de 2002 alberga em sua redação tanto a obrigação quanto à responsabilidade. Senão, veja-se: “Não cumprida a obrigação (obrigação originária), responde o devedor por perdas e danos (obrigação sucessiva), mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Cavalieri Filho (2005, p.24-25)

## 2.2 RESPONSABILIDADE

A responsabilidade é o dever jurídico, o dever de reparação por parte do agente em virtude do dano causado à vítima. “Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.”

Para Stoco (2001, p.89-90), a responsabilidade, sendo uma imposição do meio social regrado, “através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado”. E complementa dizendo que a responsabilização é “meio e modo de exteriorização da própria Justiça”, sendo a responsabilidade a “tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*.”

### 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O DIREITO À SOBREVIDA.

Nos dias de hoje, há que se falar na natureza contratual da responsabilidade médica. É que a responsabilidade civil, por assim dizer, pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a apenas conduzir-se de certa forma.

Para Tepedino (2000. v.2, p.42), a natureza jurídica da relação entre médico e paciente “pode ser considerada como uma locação de serviços *sui generis*, agregando à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença”.

A responsabilidade contratual do médico é disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, mas, embora o médico seja um prestador de serviços, o art. 14, § 4º da Lei 8.078/90, excepcionou a responsabilidade objetiva da seguinte forma: § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Dessa forma, a culpa, responsabilidade subjetiva, é que vai ser avaliada e não a mera prestação de serviço, responsabilidade objetiva. Cabe lembrar que esse aspecto somente abrange a responsabilidade pessoal do médico. Em outras palavras, caso vários médicos desejem constituir uma sociedade, nesse caso a responsabilidade não será subjetiva, pois o médico que se filia a outro para montar uma clínica ou hospital, adquire uma personalidade jurídica, logo deverá incidir a responsabilidade objetiva.

Outro aspecto atinente ao caráter contratual da relação médico-paciente é a diferença entre a obrigação de “resultado” e a obrigação de “meio”. Nas obrigações de meio o devedor não se vincula ao êxito, não assegura ao credor a satisfação plena. O que se quer do devedor é a sua dedicação e eficiência. Já na obrigação de resultado, o devedor vinculou-se ao êxito e se

este não é alcançado caberá ao devedor tentar excluir essa responsabilidade.

Dessa forma, o objeto do contrato médico é a prestação de cuidados, comprometendo-se a tratar o cliente com zelo, e a utilizar os recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa, qual seja: imprudência, negligência ou imperícia.

Todavia, não se pode deixar de mencionar que algumas especialidades médicas ainda são alvo de controvérsia, quanto ao seu enquadramento nas categorias de obrigação de meio ou de resultado, como é o caso, transfusões de sangue, exames radiológicos e cirurgia estética.

Apesar das posições contrárias, o entendimento majoritário é de que a cirurgia estética, bem como as outras supracitadas, tem natureza jurídica de resultado, uma vez que o médico se compromete a proporcionar o resultado almejado ao paciente, caso contrário não terá cumprido sua obrigação, logo, no caso de insucesso da cirurgia ou do tratamento, haverá a presunção de culpa do médico, cabendo a este tentar afastar o dever de indenizar.

No entanto, apesar de tais modalidades se enquadrarem como uma obrigação de resultado, pela doutrina majoritária, ocasionarão um caráter indenizatório altíssimo aos médicos, se invocada a teoria da perda de uma chance, já que o simples resultado almejado será a mais pura prova ou invocação da certeza e aplicação da teoria.

Em suma, independentemente, de obrigação de meio ou resultado, o principal é que a relação médico-paciente seja pautada na confiança, na transparência, na diligência e empenho do médico para com seu paciente. Em momento algum, o médico deve “vender” facilidades ou ilusões para seus pacientes como curas ou resultados almejados, difíceis de serem concretizados. Enfim, o médico está sujeito a falhas não podendo atingir um perfeccionismo e o paciente tem que se conscientizar de que o médico não pode fazer milagres.

E são nesses moldes albergados que se pode falar na aplicação da Teoria da Perda de Uma chance na ação de indenização decorrente de erro médico. Senão veja-se o exemplo a

seguir:

Uma conduta negligente do profissional da área médica que contribuiu para a evolução do quadro clínico da paciente de forma insatisfatória. Deveria haver cautela quanto aos procedimentos pré-operatórios e pós-operatórios. Enfim, houve falta do dever de cautela, ou seja, não foi observado pelo profissional da área médica, que deixou de atentar às peculiaridades do estado clínico da paciente, contribuindo para o evento, ainda que não se possa afirmar que a conduta foi decisiva para o resultado. Desse modo, foi dispensado de acompanhamento profissional especializado na área de cardiologia que poderia ter contribuído para reduzir o risco de ocorrência de complicações provenientes do pós-operatório e quiçá, o resultado.

Assim, a essência da teoria da perda de uma chance está justamente na ocorrência de indícios capazes de apontar a responsabilidade do agente, ainda que não haja certeza de que a conduta tenha contribuído para o resultado dano. Nesse caso, o voto Vencedor foi mantido (Embargos Infringentes Nº 70023108350 – DJU 01/08/03 – Rel. Artur Arnildo Ludwing – TJRS)

No caso em comento, o médico foi negligente por ter dispensado um acompanhamento especializado na área de cardiologia, que poderia ter contribuído para um melhor resultado. Logo, a negligência médica foi tida como uma perda de se alcançar um resultado pretendido ou mais benéfico ao paciente.

Por fim, como coloca Kfoury Neto (2002, p. 97), como quando transmite que: “Essa teoria foi transposta para a área médica sob a rubrica de *perte d’une chance de survie ou de guérison.*”, ou seja, perda de uma chance de sobrevivência ou de cura, assim como quando preleciona que: Sabe-se que, em princípio, a jurisprudência não considera culposo o diagnóstico falho – salvo erro grosseiro. adentrando no direito comparado para colocar, referindo-se à possibilidade da aplicação desta teoria nas decisões dos tribunais, que:

“Também em França se considera que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia não obstante tal constatação - que firma a ausência de culpa por negar o liame causal entre o erro e o prejuízo -, a jurisprudência civil tem considerado que o erro de diagnóstico, que determina tratamento inadequado, acarreta a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Isso daria ao paciente direito a obter reparação, nos limites dessa chance perdida.”

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades chances ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.

### 3.1 O DEVER DE INFORMAR E A PERDA DE UMA CHANCE

O dever de informar consiste em esclarecimentos incondicionais e obrigatórios que devem ser prestados na relação médico-paciente, sendo fundamental que o paciente seja informado pelo médico sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções sobre seus riscos e conseqüências. Mesmo que o paciente seja menor de idade ou incapaz e que seus pais ou responsáveis tenham tal conhecimento, ele tem direito a ser informado e esclarecido, principalmente a respeito de precauções essenciais.

Cavaliere Filho (2005) entende que o direito à informação é de tamanha relevância para a relação médico-paciente, estando o mesmo preceituado, no art 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor: Informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam.

Na verdade, o direito à informação é um direito básico do paciente, em contrapartida o

dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares, dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz, na transparência, lealdade e confiança que devem existir nas relações médico-paciente. “A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.”

Neste caso, uma decisão mais esclarecida poderia eliminar o risco do lesado sofrer o dano, ou pelo menos reduzi-lo. É o caso, por exemplo, extraído de um acórdão da Corte de Cassação Francesa em 1985.

No qual, um paciente com problemas de surdez, que foi operado, com a cirurgia a surdez-mudez foi eliminada, mas dela resultou ter o paciente ficado com paralisia facial. Apesar de a paralisia ser um risco conhecido, embora pouco provável, o paciente não tinha sido advertido. Além disso, a intervenção cirúrgica não era a única alternativa, porque havia a possibilidade da surdez ser corrigida, ainda que só parcialmente, com aparelhos.

Nesse caso, o cirurgião não procedeu com imprudência, negligência ou imperícia, mas se condenou o fato de o cirurgião ter faltado com o dever de informar e assim haver tirado uma chance do lesado. A reparação, no entanto, é concernente à chance perdida pela vítima e não pela integralidade do dano.

De uma forma geral, a perda de uma chance recai sobre uma possibilidade de certeza, ou seja, deve ser verossímil o fato da chance se concretizar, que a vantagem esperada foi realmente perdida e daí surge um dano indenizável.

É crucial que seja demonstrado a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado e o prejuízo será aferido dependendo do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

Dessa forma, o paciente sempre tem o dever de ser devidamente informado sobre o seu estado de saúde e das técnicas utilizadas pela medicina, sejam elas cirúrgicas ou

alternativas, o emprego de medicamentos e sobre os riscos do tratamento a que deverá ser submetido.

É evidente que, em determinadas situações, não há a possibilidade do consentimento do paciente, em decorrência de um fato imprevisível ou superveniente que possa aparecer, como é o caso do surgimento de um fato novo durante uma cirurgia. Desse modo, se for impossível suspender o procedimento sem colocar em risco a vida do paciente, o médico deve sopesar a situação e decidir, com base em critérios bem objetivos, o que representa o melhor interesse do enfermo, sempre buscando preservar a sua dignidade e integridade física e psíquica. Nesse caso, tem-se o consentimento do paciente como presumido.

Entretanto, há um aspecto de relativismo na questão do emprego das melhores técnicas disponíveis tanto para o diagnóstico quanto para a recuperação do paciente, já que a ciência médica tem como característica ser incerta, havendo diferentes doenças com sintomas similares, o que faz com que o erro de diagnóstico nem sempre gere responsabilidade, “salvo se tomado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro.

Por fim, no tocante à indenização, se aferida, pela falta de consentimento ou por falta de informação necessária é essencial que a mesma seja plausível, pautada numa chance viável e séria. A chance deve ser considerável e não meramente eventual e o montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas.

#### **4. RESPONSABILIDADE MÉDICA NA REDE PÚBLICA HOSPITALAR E A PERDA DE UMA CHANCE.**

No aspecto da responsabilidade do Estado nos casos de erro ou falha médica ocorridos

na rede hospitalar pública, conforme a doutrina tradicional, essa responsabilidade seria eminentemente extracontratual, por decorrerem os serviços médicos públicos da tutela constitucional à saúde. Logo, na responsabilidade extracontratual do Estado é aplicada a teoria do risco administrativo, que faz incidir a responsabilidade objetiva, conforme dispõe o art. 37 § 6º da Constituição Federal.

Entretanto, há autores como Gustavo Tepedino (2000, cit, pp.59-60.) que restringe a aplicação desse dispositivo constitucional apenas aos atos comissivos, sendo aplicável aos atos omissivos o dispositivo do art. 15 do Código Civil de 1916, cujo equivalente no Código de 2002 é o art. 43, com redação semelhante ao art. 37, § 6º da CF: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Segundo ele, essa corrente considera excessiva a responsabilização objetiva do Poder Público em atos omissivos, porque estes não causam imediata e diretamente o dano, apenas permitindo que ele ocorra.

“A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade nesse campo, com base em renovados princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam a isonomia substancial, a solidariedade social e a justiça distributiva).”

Além disso, o autor também relativiza o fato de ser a conduta comissiva ou omissiva, redundando em responsabilidade objetiva ou subjetiva, considerando que o mais importante é a teoria da necessidade do dano para a configuração do dever de reparar. Havendo nexo de causalidade entre a conduta e o dano, tanto faz se o ato delituoso tenha sido comissivo ou omissivo. O que deve ser observado é a possível existência de excludentes da responsabilidade estatal, como a prova do comportamento doloso ou culposo da vítima, desde



que exclusiva causa do dano.

A questão, contudo, possui um outro aspecto: nas relações privadas, em que prevalece o viés contratual, ou seja, o acordo de vontades, o papel do fornecedor não é apenas o de vender produtos ou prestar serviços, ainda que sejam de utilidade pública. Há um componente de caráter econômico. Isso significa dizer que o fornecedor privado vende produtos e serviços com a finalidade de obtenção de lucro econômico com essa atividade. E o faz por livre iniciativa, vale dizer, emprega recursos próprios que serão transformados em insumos para a produção de um ganho econômico no final do processo, ainda que a sua atividade represente a prestação de serviços de utilidade pública.

O que leva, efetivamente, alguém a empregar recursos para, por exemplo, prestar serviços na área de saúde, é o fato de haver uma demanda na sociedade por esse tipo de serviços e a disposição dos consumidores em pagar por eles.

Não é o que ocorre com o Estado, quando presta serviços na área de saúde. A rede pública de hospitais e unidades de saúde existem por determinação de dispositivos constitucionais e legais, a exemplo do que diz o art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim, o Estado não explora a prestação de serviços como atividade econômica, mas em cumprimento de uma obrigação constitucional e legal. Daí porque não se falar, realmente, em um contrato de prestação de serviços do Estado para com o cidadão, mas sim no cumprimento de uma obrigação que lhe foi fixada pelo ordenamento.

Daí que ilícitos praticados por agentes estatais não são violações contratuais, mas atos ilícitos em sentido estrito, que comportam a responsabilidade objetiva, em razão da teoria do risco administrativo.

Portanto, o raciocínio de se afirmar que o comando expresso no § 6º do art. 37 da Constituição Federal se estende tanto aos atos comissivos quanto aos omissivos, pode ser considerado correto. Inclusive, no que se refere à equiparação do Estado à condição de fornecedor, para aplicar-lhe as regras do CDC.

Na verdade, não há contradição entre o que prescreve o CDC, o CC e a CF. O problema ora discutido se refere à fundamentação da obrigação de reparar o dano: se contratual ou extracontratual, mas, como salientou Sílvio de Salvo Venosa (2003) independentemente de ser a responsabilidade contratual ou extracontratual, havendo o dano e o nexo causal, haverá a obrigação de reparar o dano. Ausentes tais elementos, a responsabilidade do Estado não se configura. E nesta seara é que vemos a aplicação da teoria da perda de uma chance, como no caso a seguir:

No qual tratou de ação de indenização por erro médico que resultou na morte de recém nascido. Na situação em comento restou evidente a imprudência praticada pela profissional que, optou por aguardar o agravamento de uma situação que já era grave para realizar a cesariana. Foi aplicada ao caso, a teoria da perda de uma chance, oriunda do direito francês, pela qual, se a cesariana tivesse sido realizada logo, talvez o nefasto evento morte, não ocorresse. Os danos foram evidentes, pois foram *in re ipsa*, estando intrínsecos à própria ocorrência do evento danoso. O valor da indenização arbitrado em primeiro grau, sopesadas as peculiaridades do caso concreto e os parâmetros balizados pela Câmara foram mantidos. Logo, foi rejeitada a preliminar e negado o provimento da apelação.

A jurisprudência supracitada, Apelação Cível Nº 70013036678 – Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, DOU: 22/12/2005, é o exemplo de como os Tribunais se alinham com o caráter extracontratual da responsabilidade do Estado, a fundamentação para a responsabilidade médica no atendimento na rede hospitalar pública, art. 37§ 6º da CF e a evocação da Teoria da perda de uma chance pela falha no atendimento hospitalar do SUS,

bem como a imprudência médica.

Logo, se a conduta médica fosse diferente no manejo da situação em comento, talvez o problema da paciente tivesse uma evolução diferente, podendo vir a ser evitado o seu óbito. Desse modo, o núcleo da teoria da perda de uma chance no que se refere à sua aplicação pelos tribunais brasileiros, de situações em que se perquire a existência de um erro médico, visando a uma indenização, em termos de responsabilidade civil, recaem sobre os prejuízos que este erro possa ter causado.

Por fim, esta chance perdida deve ter a capacidade de poder comprometer a integridade física do paciente, e, inclusive, necessitando ter significância no mundo real. Identificada a dificuldade de se estabelecer o nexos causal entre o ato ou a omissão médica e o agravamento da condição de saúde do paciente, afirma-se que sem a culpa do médico o dano não teria ocorrido, ou seja, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e/ou a integridade do paciente, sendo cabível só a dúvida. A culpa, decorre, precisamente, da desídia com a paciente.

#### 4.1 TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A PERDA DE UMA CHANCE.

A religião Testemunhas de Jeová proíbe a transfusão de sangue de outrem por este ser considerado impuro ou, moralmente contaminado. Os seguidores afirmam ser esse um princípio cristão não consumir sangue, não havendo diferença entre consumi-lo via oral ou intravenosa e, justificam que existem tratamentos alternativos que seriam substitutivos do sangue, tal como uma simples solução salinas.

No entanto, a grande controvérsia cinge no caso do paciente seguidor da religião necessitar de transfusão de sangue e, por outro lado, o médico devendo cumprir o código de

ética médica ter que ponderar, se há iminente perigo de vida ou não para que seja efetuada ou não a transfusão, pois essa ponderação é orientada pelo Conselho Federal de Medicina.

Neste sentido, há o julgado do caso da menina de 11 anos, que necessitava urgentemente de sangue, sob risco iminente de vida e, tanto a avó quanto a mãe impediram a transfusão que acabou não se realizando, por sorte a menina se recuperou; no entanto, ambas foram denunciadas por exporem a perigo de vida e saúde da criança (art. 132 CP) e omissão de socorro (art. 135 CP).

O entendimento do relator da apelação foi que o médico pediatra, poderia ter feito a transfusão, pois, perante o efetivo risco de vida, não cometeria nenhum crime. Neste caso seria aplicado o artigo 146, § 3º da lei Penal, que permite o “tratamento arbitrário” se o paciente estivesse exposto a iminente perigo de vida.

No entanto, caso a menina não se recuperasse, nesse caso a transfusão de sangue seria necessária e, nesse caso a criança seria rejeitada e excluída socialmente de sua religião. Será que nesse caso, caberia a arguição da teoria da perda de uma chance pela família.

Conforme o entendimento da jurisprudência, não cabe ao judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médico-cirúrgicos ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergência quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica, não importando naturais divergências, deve ser concretizada, se para salvar

a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová , mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, I do CP). Caso concreto em que não se verificava a urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso.

Por fim, esclarecendo o médico entra em conflito consigo mesmo, pois, sua formação direciona-o para salvar vidas; ao proceder a transfusão, contra a vontade do paciente, pode ser responsabilizado civil e criminalmente, por intervir no corpo do paciente sem o indispensável consentimento e, por outro lado, o paciente poderia invocar a teoria da perda de uma chance, vez que tem sua situação renegada, uma vez que será excluído da sua seara.

Logo, o que deve prevalecer?

Tendo em vista que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e à Carta Magna prevê os princípios e garantias constitucionais como a base desse Estado, há que se dizer que O Direito à vida é primordial e, dessa forma deve anteceder qualquer outro Direito.

## ***5 QUANTUM DEBEATUR***

Este é outro problema ligado à responsabilidade civil pela perda de uma chance por ser de difícil aferição a condenação do valor a ser pago a título de indenização.

Como na perda de uma chance a vítima ficou privada de obter o resultado esperado, justamente haver uma privação da oportunidade de ver este resultado alcançado, fica evidente que jamais será possível afirmar se o mesmo obteria o resultado útil caso não tivesse ocorrido o ato do ofensor.

Diante disso, a aplicação da indenização deve-se utilizar de um critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido à vítima, fazendo uma avaliação do grau da álea da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato, pois esta chance possui um valor pecuniário, e isso não pode ser negado, mesmo sendo de difícil quantificação, portanto é o valor econômico desta chance que deverá ser indenizado.

Na realidade, o juiz terá que levar em conta todo o contexto fático, além de ter de mensurar o binômio necessidade-possibilidade da vítima e do ofensor para fins de indenização.

Em suma, na estipulação do *quantum*, sempre deve ser considerado a probabilidade da ocorrência da possibilidade, devendo a vítima ser indenizada no percentual que esta foi privada, ou seja, o juiz apreciará todo o caso, toda possibilidade de ganho ou perda, mas a proporção indenizável será o valor da frustração da chance.

A equivocada quantificação do dano da perda de uma chance, entretanto, pode ocorrer, como no caso do julgamento da apelação cível do TJRS, no qual o advogado perdeu o prazo para interposição de recurso. O acórdão reconheceu o dano da perda de uma chance. No entanto, ao quantificar o dano, o advogado foi condenado ao pagamento de tudo o que seu cliente faria jus se o recurso tivesse sido interposto no prazo legal. Logo, o advogado acabou tendo que pagar os lucros cessantes do seu cliente, conforme afirma Sérgio Savi (2006).

Desse modo, no caso concreto o juiz deverá analisar detalhadamente as chances de êxito bem como, a chance de ser séria e provável de ocorrer, no sentido de obter uma vantagem, sendo que o fato lícito ou ilícito deve contribuir de forma direta para evitar um prejuízo.

## CONCLUSÃO

O médico deverá sempre fornecer ao paciente toda a gama de informações sobre o seu verdadeiro estado de saúde, os tratamentos existentes, enfatizando as vantagens e desvantagens de cada um, as chances de recuperação, e os riscos que, eventualmente envolvam qualquer opção que venha a fazer. Caberá ao médico sempre ponderar a autonomia do paciente, que deverá ser preservada e respeitada pelo profissional, tal como sua dignidade, sua integridade física e psíquica.

Entretanto, estas observações nem sempre são procedidas pelos profissionais de saúde, visto que a massificação do atendimento médico leva a uma impessoalidade na relação médico-paciente, fato este que traz uma vulnerabilidade à relação, e uma infringência ao princípio da dignidade do paciente.

No direito brasileiro, o instituto da responsabilidade civil passou e ainda é alcançado por inúmeras modificações, sobretudo no que se refere aos seus requisitos ou elementos indispensáveis.

Desse modo, a doutrina e jurisprudência, a fim de criarem mecanismos, juridicamente respaldados, para aumentar a possibilidade de reparação efetiva dos danos, buscaram na doutrina estrangeira uma forma de reparação dos danos baseados na perda de uma chance.

Houve controvérsias acerca dessa modalidade de responsabilidade civil, pois, os opositores alegavam tratar-se de possibilidade de indenização de dano hipotético, eventual. No entanto, tal argumento não se demonstrou plausível, porque, não se trata de indenização sobre a vantagem não alcançada. Pois como o futuro é incerto, não há meios idôneos para provar qual seria o resultado final.

Assim sendo, na teoria da perda de uma chance, o que se pretende não é a vantagem não obtida, mas, conforme o demonstrado ao longo do artigo, a demonstração da perda da

oportunidade de obter um benefício, ou de evitar um prejuízo. Logo, a chance perdida deverá ser sempre séria e real.

Outro ponto a ser destacado, é quanto ao valor da indenização, pois, não havendo dispositivos legais acerca da matéria, deverá o juiz sentenciante pautar-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para a aferição do montante indenizatório.

Conforme esclarecido, anteriormente, a perda da chance não significa lucro cessante, tampouco, dano emergente. A perda de uma chance é uma modalidade de dano material que também deverá ser provada, todavia, trata-se da demonstração da perda da oportunidade de se obter de uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

Logo, também, é cabível a indenização pela perda de uma chance combinada com a indenização pelo dano moral causado.

Por fim, deve-se esclarecer, que houve uma grande evolução acerca dessa Teoria no Direito brasileiro, antes considerada quase desconhecida, os advogados raramente a invocavam, os juízes pouco a reconheciam. Entretanto, hoje, pode-se dizer que essa teoria vem sendo reconhecida e aplicada nos tribunais e, quando aplicada tem sido veemente, principalmente, no tocante à responsabilidade civil médica.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo:Malheiros, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ed. São Paulo: RT, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Fundamento do Direito das Obrigações e Introdução a Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v. 2, p. 41-75, abr./jun.2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

## JURISPRUDÊNCIA:

Brasil - Apelação Cível Nº 70013036678, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Publicado no DOU: 22/12/2005, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Brasil - Embargos Infringentes Nº 70023108350, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Publicado no DOU: 01/08/2008, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## SITES:

Carvalho Jr, Paulo Rangel – *Responsabilidade Civil Médica*. Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5232/Responsabilidade>.> Acesso em 11/10/2009.