

Gustavo Tepedino
Luiz Edson Fachin
[organizadores]

DIÁLOGOS SOBRE DIREITO CIVIL

Volume III



FRANCESCONI & LEMOS
Sociedade de Advogados

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2012

abdr 
Reconhece o direito autoral!

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135
FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962
FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br
SAC: 0800-221863

© 2012 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente
Caio Tácito (*in memoriam*)
Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)
Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Nadia de Araujo
Ricardo Lobo Torres
Ricardo Pereira Lira

00939

Revisão Gráfica: dos autores

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D217 Diálogos sobre direito civil - volume III / Gustavo Tepedino e Luiz
Edson Fachin (organizadores). — Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
768. ; 23cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-857147-814-5

I. Direito civil — Brasil. I. Título.

CDD 346.81015

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente

*Anna de Moraes Salles Beraldo
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira*

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil do médico e a tutela da pessoa humana. 3. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. 4. A perda de uma chance na relação médico-paciente. 5. A reparação integral do dano à pessoa humana. 6. Conclusão.

RESUMO: O instituto da responsabilidade civil vem passando por diversas transformações a fim de tutelar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude. A teoria da perda de uma chance surgiu justamente para assegurar a reparação integral da vítima do dano injusto, qual seja, a perda da esperança de obter um ganho ou a possibilidade de evitar um dano. Na relação médico-paciente o ato médico pode lesar o doente de formas variadas, ensejando uma multiplicidade de danos de distinta natureza, entre os quais se inclui a lesão pela perda da oportunidade de cura ou de sobrevivência, que afeta diretamente sua vida e saúde, bens jurídicos merecedores de tutela. A aplicação dessa teoria tem encontrado certa resistência e dificuldade no seu enquadramento e mensuração do *quantum* indenizatório, por isso, a necessidade de um estudo sistematizado que contri-

bua para a formulação de critérios jurídicos para auxiliar os operadores do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade médica. Perda de uma chance. Dignidade. Reparação integral.

1. Introdução

O direito tem-se voltado para a proteção do ser humano, o que tem acarretado mudanças no instituto da responsabilidade civil, principalmente, na responsabilidade médica, que lida diretamente com bens muito valiosos para a pessoa humana: a saúde, a vida.

Em um primeiro momento, a preocupação era punir o agente causador do dano, função típica da responsabilidade penal e administrativa. Mas, em razão do dinamismo social e da busca constante pelo justo e eficiente, a responsabilidade civil volta-se para a proteção da vítima do dano injusto¹, da pessoa humana², que ocupa papel central no ordenamento jurídico pátrio (artigo 1º, III, da CF/88) e constitui símbolo distintivo da sociedade atual. A leitura do ordenamento jurídico se dá a partir da pessoa humana.

A responsabilidade civil tem a finalidade primordial de ressarcir, integralmente (artigo 5º, V e X, da CF/88 e artigo 944 do Código Civil), os danos causados pela infração de determinados deveres de conduta, visando a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano.

Mas quais seriam os danos passíveis de reparação? O conceito de dano vem sofrendo um alargamento que permite garantir maior reparação à vítima, com ênfase nos danos não patrimoniais. É o fenômeno da despatrimonialização, não só por ressarcir a vítima em aspectos existenciais, mas por haver outras espé-

1 Orlando Gomes, *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, in *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo: Saraiva, 1980.

2 Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

cies de danos (informativo, institucional, e o pela perda de uma chance, etc.) e outras formas que não a indenização para reparar a vítima como o uso de tutelas preventivas³ capazes até mesmo de evitar o dano.

O ato médico pode lesar o doente de formas variadas, ensejando uma multiplicidade de danos de distinta natureza, patrimonial ou não patrimonial, e até mesmo os danos provocados não pelo resultado final, mas pela perda da chance de cura ou de sobrevivência.

A teoria da perda de uma chance é aplicável quando o comportamento de um terceiro faz com que um sujeito que se encontra num estado propício a um resultado positivo perca essa possibilidade ou deixe de evitar um prejuízo. E, na hipótese em testilha, dá-se ênfase à conduta do médico que descumpra seu dever de informar e que acaba por acarretar a perda da oportunidade de cura ou de sobrevivência, pois priva o paciente de tratar sua doença ou de prolongar seu tempo de vida.

A perda de uma chance é merecedora de tutela, principalmente quando diz respeito à lesão de um bem juridicamente protegido como a autonomia, o direito de escolha, de autodeterminação do paciente nos cuidados de sua saúde.

Todavia, essa teoria tem dado ensejo a diversas críticas e questionamentos acerca de sua aplicação, haja vista que lida com a imprevisibilidade e incerteza quanto ao evento futuro frustrado (frustração em obter a cura ou aumento das chances de sobrevivência ou de evitar maiores prejuízos). Isso ocorre, principalmente, diante da álea da atividade médica, que vai de encontro a um dos pilares do Direito, a segurança jurídica, já que este busca minimizar as incertezas, o que não se garante no âmbito da Medicina. Além disso, há dificuldade na definição do dano e na apuração do *quantum* indenizatório, o que para alguns doutrinadores na responsabilidade médica afetaria a teoria do nexo causal.

3 Clayton Maranhão, A ação inibitória e a tutela do direito à saúde nas relações de consumo do ordenamento jurídico brasileiro, in *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. 5, ano 3, jan.-jun. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 45-72.

O objetivo do presente artigo é compreender o alcance da teoria da perda de uma chance na relação médico-paciente, relação predominantemente existencial, e traçar alguns critérios jurídicos com respaldo nos princípios constitucionais e bioéticos, a fim de garantir sua principal finalidade: a proteção da pessoa humana em sua integralidade.

2. A responsabilidade civil do médico e a tutela da pessoa humana

A responsabilidade civil do médico, como bem definido por Judith Martins-Costa,⁴ “é efeito de um ato ilícito e culposo, praticado no exercício de suas atividades profissionais, do qual, por uma relação de causalidade, resulta um dano injusto ao paciente.”

A relação médico-paciente é desequilibrada, assimétrica, pois, de um lado, está o paciente, acometido por uma doença, um leigo; e, do outro, o médico, profissional detentor de conhecimentos técnicos. Além disso, apresenta peculiaridades em razão de ter como objetivo assegurar ou restaurar a saúde do paciente, seu bem-estar, até mesmo, para melhorar o aspecto estético quando contratado para essa finalidade. Por isso, deve ser considerada uma relação predominantemente existencial.

E para equacionar essa relação, além de aplicar normas protetivas, impõe-se à conduta médica mais deveres, pois lida com a vida do ser humano. O médico tem o *munus* de zelar pela dignidade do paciente, parte mais frágil e, especialmente, zelar por sua integridade psicofísica, prestando informações a respeito de sua saúde e sobre os tratamentos disponíveis.

Constituem deveres do médico: i) fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico; ii) empregar todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; iii) e tutelar o melhor

4 Judith Martins-Costa, Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia, in *Revista dos Tribunais*, vol. 831, ano 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2005, pp. 106-131.

interesse⁵ do enfermo em favor de sua dignidade e integridade psicofísica.⁶

A inobservância pelo médico de seus deveres pode acarretar prejuízos ao paciente de ordem material ou moral e que serão objeto de reparação.

Definir a responsabilidade civil do médico tem sido uma difícil tarefa para os operadores do direito, não só pela evolução do instituto e rediscussão quanto às classificações doutrinárias e conceitos jurídicos, como pela progressiva massificação, socialização, proletarização dos serviços médicos. Ademais, há a crescente inserção do médico no mercado de consumo, e diversos avanços científicos, com uso de novos métodos e tecnologias, os quais demandam profundos questionamentos jurídicos e éticos e que por vezes o Direito não regula de antemão tais como: técnicas de reprodução humana assistida, uso de informações genéticas, pesquisas com células-tronco, etc. Por isso, o surgimento de um novo ramo, o Biodireito.

Uma das controvérsias acerca da responsabilidade médica é se esta seria subjetiva ou objetiva, haja vista estar diante de uma inquestionável atividade de risco. Outro ponto questionado é se a obrigação do médico é de meio ou de resultado, o que interfere na teoria da prova dos pressupostos da responsabilidade civil médica.

Em geral, a relação estabelecida entre médico e paciente reveste-se de caráter contratual e de natureza consumerista⁷⁸,

5 Os médicos devem agir observando os princípios da bioética que podem ser resumidos em quatro: i) o princípio da autonomia; ii) o princípio da beneficência; iii) o princípio da não maleficência; e iv) o princípio da justiça. Vicente de Paulo Barreto (org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

6 Gustavo Tepedino, A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 02, ano 01, Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2000, pp. 46-47.

7 STJ, Resp. n.º 731078-SP, 3ª T, Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.12.2005, publ. DJ 13.02.2006; STJ, Resp 493181-SP, 1ª T, Rel. Min. Denise Arruda, julg. 15.12.2005, publ. DJ 01.02.2006.

8 No sentido da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Alex Pereira Souza e Antonio Ferreira Couto Filho, *Responsabilidade civil médica*

pelo que a responsabilidade civil do médico será regulada tanto no Código Civil (artigo 951), como no Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, § 4º), além do Código de Ética Médica (artigo 1º), no que não for contrário à lei nem à Constituição Federal.

Todos esses códigos disciplinam a responsabilidade dos profissionais médicos como subjetiva (artigo 951 do CC, artigo 14, § 4º, do CDC, e artigo 1º, do Código de Ética Médica) fugindo à tendência atual de objetivar a responsabilidade daqueles que exercem atividade de risco, embora alguns juristas já defendam a aplicação da responsabilidade objetiva até pela insuficiência da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, e pelo princípio da socialização dos riscos. A responsabilidade civil médica seria objetiva em alguns casos como: i) ensaios clínicos (estudo experimental no ser humano); ii) doação nos casos de transplantes de órgãos em vida; iii) pacientes expostos a radiações; chefes de equipe médica.⁹

Os médicos, profissionais liberais, apesar de desenvolverem atividades que podem ser enquadradas como de risco à saúde e à vida do paciente, ainda, por opção do legislador, respondem apenas se comprovada culpa, afastando a incidência do artigo 927, parágrafo único do Código Civil,¹⁰ que consagrou, ao lado

e hospitalar, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 2ª ed., p. 44. STJ, Resp. 466730-TO, 4ª T, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Rel. p/ acórdão: Min. Fernando Gonçalves, julg. 23.09.2008, publ. DJ 01.12.2008. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil), Resolução n.º 1.931. Aprova o Código de Ética Médica. Inciso XX do capítulo I. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm, acesso em 02 de maio de 2011.

9 Heloisa Helena Barboza, Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido, in Judith Martins-Costa; Letícia Ludwig Möller (org.), *Bioética e responsabilidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2009. Carla Gonçalves, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

10 Cesar Peluso (coord.), *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei nº 10.406, de 10.01.2002: contém o código civil de 1916*, Barueri, São Paulo: Manole, 2008, 2ª ed. rev. e atual., p. 859; Sergio Cavalieri Filho, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 156.

da responsabilidade subjetiva (artigo 186 do Código Civil), a cláusula geral¹¹ da responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco.

De acordo com o artigo 951 do Código Civil, que, segundo a doutrina, é específico para regramento indenizatório atinente ao exercício da profissão de saúde, responde o profissional no desempenho de atividade de atendimento à saúde pela morte do paciente, por sua lesão ou por deixá-lo inabilitado para o trabalho, quando age com negligência, imprudência, ou imperícia.

A lei consumerista, nos termos do artigo 14, *caput* e § 4º, mantém a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, mas como exceção à regra da responsabilidade objetiva por ele consagrada. Esses profissionais respondem pelos defeitos relativos à prestação dos serviços, nos quais se incluem as informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O tratamento diferenciado da responsabilidade dos profissionais liberais, conforme reconhece Paulo de Tarso Sanseverino,¹² decorre da natureza das atividades por eles exercidas, altamente técnica e científica, que se diferem das prestadas pelos demais fornecedores de serviços.

A atividade médica apresenta alto grau de periculosidade a ela inerente, um risco intrínseco capaz de gerar acidentes, danos ao paciente, pois trata da vida, da saúde, o que faz com que as obrigações a serem observadas pelo profissional médico ganhem diferentes contornos, com efeitos extrapatrimoniais, e sua violação implica o dever de reparar o dano.

11 Para Rui Stoco e Flávio Tartuce persiste apenas uma cláusula geral, a da responsabilidade subjetiva. Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 6ª ed. rev. e atual. Flávio Tartuce, *A Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 10 de maio de 2010. Já para Roberto de Abreu e Silva a regra hodierna é a responsabilidade objetiva, sendo a exigência de culpa exceção. Roberto de Abreu e Silva, A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil, in *Revista da Emerj*, vol. 9, n. 36, Rio de Janeiro: Gama Editora, 2006, p. 25.

12 Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 181-183.

Uma vez estabelecido estar diante de responsabilidade decorrente do vínculo contratual existente entre as partes, surge novo questionamento, agora, acerca da “teoria do resultado”, inerente à responsabilidade contratual, que indaga se o vínculo obrigacional estabelecido na prestação de serviço médico constitui obrigação de meio ou resultado.

O entendimento que prevaleceu em relação à atividade médica é o de que se trata, em regra, de obrigação de meio, já que o médico-devedor não pode garantir a obtenção de resultado útil em favor do paciente-credor. O médico não se obriga a curar, mas tão somente se comprometer a prestar seus serviços com as regras e os métodos da profissão, empregar diligência, atenção, cautela, cuidado, conselhos, aplicando seu conhecimento técnico, de acordo com o título e alcance do desenvolvimento da ciência médica com vistas a curá-lo. Todavia, não se afastaria a classificação da obrigação assumida pelo médico como de resultado, dependendo do compromisso assumido, das informações prestadas.

Em se tratando de prestação de serviços médicos, Sérgio Cavalieri Filho¹³ é claro ao definir que, independentemente do alcance da obrigação de meio ou de resultado, em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva. A diferença é que na obrigação de resultado a culpa é presumida e na de meio não há presunção, o que não foi afetado pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada para os profissionais liberais (artigo 14, § 4º).

Para caracterizar o dever de indenizar por eventuais danos provocados pelo médico cabe a prova de alguns dos elementos que compõem o dever de indenizar: a conduta médica (omissiva ou comissiva), a culpa, o nexo de causalidade entre o comportamento do médico e o dano sofrido pelo paciente.

A aferição do nexo de causalidade na responsabilidade médica envolve a valoração jurídico-científica dos fatos discutidos, e

13 Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de direito do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

a noção jurídica e médica de causa, sendo ambas necessárias para apurar se uma determinada conduta médica engendrou um dano. Como o jurista é capaz de discernir os pressupostos ensejadores da responsabilidade médica, mas não detém o conhecimento técnico, é imprescindível que os julgadores utilizem a prova pericial para apurar o nexu causal. Isto porque a linguagem da medicina varia de acordo com a singularidade de cada paciente, as particularidades de cada doença, somados aos aspectos ambientais.

O dano sofrido pelo paciente, em geral, é dano extrapatrimonial (dano moral), que não guarda correspondência pecuniária, pois está ligado à violação de direitos da personalidade tais como a honra, a intimidade, a vida privada, o "projeto de vida", a imagem, a liberdade, a saúde física e psíquica, a integridade corporal, a estética, entre outros. Outro dano que pode acometer o paciente é o estético, considerado por alguns juristas como uma espécie autônoma de dano, e para outros como integrante do dano moral¹⁴.

Os danos patrimoniais são divididos em duas subespécies, quais sejam, danos emergentes e os lucros cessantes, sendo o primeiro aquele efetivamente experimentado pela vítima, que pode ser aferido por simples operação aritmética, e o segundo pelo que ela razoavelmente deixou de ganhar em virtude do ato ilícito (artigo 402 do Código Civil).

A dificuldade encontra-se em relação aos lucros cessantes, pela própria impossibilidade de previsão de fatos futuros, que independem da vontade das partes. Como forma de se conceder a mais ampla reparação, passou-se a aceitar, em certos casos, a prova de perda de acréscimo patrimonial, baseada nas regras gerais da experiência comum, ou seja, em critérios flutuantes, cuja principal característica é a previsibilidade.

O médico, ao agir com negligência, imprudência ou imperícia, pode acarretar a morte do paciente, hipótese em que ficará

14 Teresa Ancona Lopez, *O dano estético: responsabilidade civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 3ª ed. rev. amp. atual. com o Código Civil de 2002.

obrigado ao pagamento das despesas havidas com o tratamento do paciente, seu funeral, o luto da família, a prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia (artigo 948 do Código Civil), e indenização por danos morais dos entes queridos do paciente. Por outro lado, o ato médico pode acarretar lesão ou ofensa à saúde do paciente, devendo indenizá-lo das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até a convalescência, além de reparar qualquer outro prejuízo sofrido, nos termos do artigo 949 e 950, ambos do Código Civil.

Importante esclarecer que, além dos prejuízos definidos como danos morais, danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou, então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade, teoria esta influenciada pela experiência francesa e que desenvolveu, na década de 1960. Essa teoria da perda de uma chance é aplicada na responsabilidade civil do médico e em outras esferas como na responsabilidade do advogado que por sua desídia impede que a causa seja examinada pelo órgão jurisdicional competente, a responsabilidade do transportador pela perda do concursando que deixa de prestar a prova porque o sistema de transporte contratado falhou, entre outras.¹⁵

3. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro

A aplicação da teoria da perda de uma chance teve início na França (*perte d'une chance*) e no âmbito da responsabilidade civil médica. Posteriormente, esse conceito expandiu-se por ou-

¹⁵ STJ, Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, Resp 1079185-MG, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11.11.2008, publ. DJ 04.08.2009; STJ, Responsabilidade civil referente a programa de televisão. Resp 788459-BA, 4ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 08.11.2005, publ. DJ 13.03.2006; STJ, Responsabilidade ambiental, Resp nº 745363/PR, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 20.09.2007, publ. DJ 18.10.2007.

tros países da Europa como Itália, Inglaterra (*balance of probabilities*), sendo hoje também muito utilizado pelos EUA.

Esta teoria defendia a concessão de indenização pela perda da oportunidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Deste modo, passou-se a dar valor patrimonial à chance, por si só considerada, independentemente do resultado final.

No direito brasileiro o tema é recente e vem despertando interesse pelos doutrinadores e juristas.

Ao se analisar os artigos 186, 187, 402, 927 e 949, todos do Código Civil de 2002, bem como o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, é possível concluir que apesar de não haver na legislação brasileira um dispositivo específico para a perda de uma chance, o operador do direito, valendo-se do critério da analogia, pode adaptar a legislação vigente ao caso concreto, desde que respeitadas a proporcionalidade e a adequação. Isso porque a vítima tem o direito de ter seu prejuízo reparado por aquele que lhe deu causa.¹⁶

No entanto, ainda é um ponto muito polêmico e sujeito a indagações por parte da doutrina, apesar do crescimento de sua adoção pela jurisprudência. Isso decorre do fato de que aí está arraigada a noção de que somente danos reais podem dar origem ao dever de indenizar; o mesmo não ocorre com os “danos hipotéticos”, decorrentes de presunções ou probabilidades.

Parte da doutrina mais tradicional defende que, como não existe a possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se pode cogitar em dano pela perda da chance, já que esta recairia na seara do dano eventual, hipotético. Para os adeptos dessa corrente, a indenização desse prejuízo “eventual” configuraria um enriquecimento sem causa.

Imprescindível esclarecer que a perda de uma chance não se caracteriza pelo dano futuro. Trata-se de dano em si mesmo,

16 Rosamaria Novaes Freire Lopes, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/61/3861/>, acesso em 25 de maio de 2008.

embora seja de difícil avaliação, pois não é mais possível a re-colocação da vítima na mesma posição em que se encontrava.

Não há dúvidas acerca do dano; este é certo e há forte vínculo causal entre ele e o fato que o gerou, pois existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um dano.

Durante muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o agente causador do dano decorrente da perda de alguém obter uma chance ou de evitar um prejuízo, sustentando que “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação”.

Da mesma forma que a doutrina, os tribunais costumavam exigir da vítima que alegava a perda de uma chance, a prova inequívoca de que teria conseguido o resultado que fora interrompido, se não houvesse ocorrido determinado fato prejudicial.

Outro aspecto que prejudicava o entendimento e a aceitação da teoria era o fato de que, muitas vezes, a própria vítima elaborava de maneira equivocada seu pedido, requerendo a indenização em razão da perda da vantagem esperada e não da oportunidade de obtê-la.

Dois entendimentos surgiram para explicar a perda de uma chance,¹⁷ um que se refere à modalidade do dano autônomo, representada pelas chances perdidas, e que vem sendo mais aplicado, e um segundo que a enquadra como mecanismo modificador das regras de aferição do nexos de causalidade entre o fato e o dano.¹⁸ Para Sérgio Savi¹⁹ normalmente os casos de

17 Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*, Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

18 O nexos causal da perda de uma chance, segundo Grácia Cristina Moreira do Rosário é estritamente jurídico e não natural, em virtude do atuar profissional não ter causado o dano, pois não evitou o curso natural dos acontecimentos. Grácia Moreira do Rosário, *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

19 Sérgio Savi, *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2009, 2ª ed., p. 05.

responsabilidade civil médica enquadram-se na segunda modalidade, em razão de suas peculiaridades.

Como acima referido, existem dois grupos de danos: patrimoniais (dano emergente e lucros cessantes) e não patrimoniais (dano moral). Doutrina e jurisprudência, por vezes, tendem a enquadrar o dano decorrente da perda de uma chance em uma dessas espécies existentes: danos emergentes, lucros cessantes²⁰ e dano moral.²¹

Vale dizer que há realmente certas semelhanças entre os lucros cessantes e a perda de uma chance, em ambos há dificuldade no que tange à prova do dano indenizável em virtude dos fatos futuros e a prova de certeza terá que ser uma prova de verossimilhança.

No entanto, cumpre ressaltar que não se pode equiparar lucros cessantes com perda de uma chance. Nesta não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício, enquanto que nos lucros cessantes há a certeza de um dano, do que se deixou de ganhar, podendo ser este valor apurado e determinado.

Na jurisprudência, em muitos casos, coloca-se a perda de uma chance como um fator exclusivo do dano moral, ignorando, indevidamente, o dano material porventura decorrente da perda desta oportunidade e devidamente comprovado. Percebe-se, portanto, que ainda não há unanimidade quanto ao correto enquadramento do instituto.

A perda de uma chance é um dano autônomo^{22,23}, não se amoldando nos tipos de danos já conhecidos pelo sistema, pois difere da perda de um resultado final e se enquadra como perda

20 Sérgio Novais Dias. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*, São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

21 TJSP, Ap. Cív. c/ Rev. 688.509-00/9, 10ª CC, Rel. Juiz Jayme Queiroz Lopes, julg. 18.11.2004.

22 Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 2005, 5ª ed., p. 270.

23 Vaneska Donato Araújo, A perda de uma chance, in *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, São Paulo: Editora Método, 2006, p. 440.

da chance de alcançar um resultado. É um prejuízo que decorre da lesão de um bem jurídico diverso. No entanto, para a sua configuração é necessário que a vítima prove a existência de um prejuízo e o seunexo causal.

Essa nova concepção teve o intuito de conceder à população a mais ampla e justa proteção possível aos seus direitos e garantias individuais. Sua origem partiu da análise de casos concretos que levavam a compreender que, independentemente 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.

Nesses casos, o ofensor é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; mas sim, em razão de tê-la privado da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou até mesmo de tê-la privado de evitar um prejuízo. Vale dizer que provavelmente o resultado não ocorreu por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente.

Não se pode esquecer que é preciso tomar por base a verossimilhança, tendo em vista que jamais será possível afirmar que realmente o prejudicado teria alcançado aquela vantagem na hipótese da não ocorrência do ato ou fato do agente que o privou da chance de poder chegar ao resultado esperado.

Importante esclarecer que a chance de alcançar o resultado útil, necessariamente, deve ser séria e real, uma vez que o dano meramente hipotético não é passível de indenização.

Atualmente, o que se observa é um avanço dessa teoria na jurisprudência brasileira, embora haja ainda divergências no modo de se indenizar, mas, de maneira geral, a condenação ainda é feita por danos morais.²⁴

A responsabilidade médica pela perda de uma chance geralmente ocorre quando há falta do dever de informação de um risco, por exemplo, ou de diligência, provocando prejuízos para a vítima, podendo até mesmo acarretar a perda de uma chance, como se verá a seguir.

24 TJSP, Ap. Cív. 0117271-26.2006.8.26.0000, 10ª CC, Rel. Des. Guilherme Antini Teodoro, julg. 18.11.2010.

4. A perda de uma chance na relação médico-paciente

Essa teoria, conforme mencionado, 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.²⁵

A perda de uma chance de cura ou de sobrevivência em razão de erro médico é o único problema que ainda é objeto de controvérsia nos países que admitem a indenização da perda da chance. Isso porque, apesar de a terminologia ser a mesma, as questões examinadas nessas hipóteses são de natureza diversa daquelas clássicas. Nos casos de responsabilidade médica, a problemática gira em torno do nexos causal entre a ação e o resultado danoso consistente na perda de chance de sobrevivência ou de cura.

O ilícito decorre do fato de o médico não oferecer ao paciente todas as oportunidades no intuito de curá-lo, privando-o de perseguir a melhora de sua saúde, inclusive, quando descumpre o dever de informar.

A falta de informação retira do paciente a oportunidade de realizar um determinado tratamento que poderia melhorar sua qualidade de vida e possível cura ou aumentar seu tempo de vida. Ademais, impede seu direito de rejeitar a terapia ou se sujeitar a determinado ato médico, que constitui procedimento de riscos. A falta de informação pode, portanto, acarretar dois danos distintos: i) privação do paciente do seu direito de escolha, de se autodeterminar nos cuidados de sua saúde, violando sua autonomia; ii) concretização do risco com o uso de um tratamento que causa um dano corporal ao paciente.

A perda de uma chance tem sido muito aplicada em hipóteses relacionadas ao erro de diagnóstico²⁶ (exemplo: médico não diagnostica a existência de um câncer ou o faz tardiamente);²⁷ à

25 Miguel Kfourri Neto, *Culpa médica e ônus da prova*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

26 TJRJ, Emb. Infr. 2008.005.00432, 16ª CC, Rel. Des. Mauro Dickstein, julg. 17/02/2009; TJRJ, Ap. Cív. 2007.001.32061, 13ª CC, Rel. Des. Azevedo Pinto, julg. 03.10.2007; TJRJ, Ap. Cív. 2005.001.44557, 17ª CC, Rel. Edson Vasconcelos, julg. 29.03.2006.

ausência de exames pré-operatórios; à falta de cuidados médicos, de informação e de obtenção de aceitação do tratamento indicado; à ausência de anestesista qualificado, entre outros.²⁸ Tudo comprometendo o sucesso do tratamento.

Há, ainda, poucos julgados que acolhem a perda de uma chance pela falta de informação e obtenção de consentimento do paciente, mas verifica-se um considerável avanço.²⁹

A respeito do tema, merece trazer à baila decisão recente proferida pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que versa sobre a responsabilidade civil médica pela perda de uma chance de cura de um recém-nascido pela falta de informação aos pais de sopro no coração.³⁰

“Responsabilidade civil. Hospital. Médico. Recém-Nascido. Sopro Cardíaco. Falha no dever de informar aos efetivos responsáveis pelo bebê sobre a necessidade de investigação, e cuidados quanto a eventual sintomatologia. Morte que sobrevém, poucos dias após a alta, por problemas cardíacos. Teoria da perda de uma chance. Danos morais tipificados. No caso dos autos, o erro se tipificou basicamente na forma omissiva, qual seja, na ausência de informação aos efetivos responsáveis pelo bebê, do possível sopro cardíaco constatado e dos cuidados a serem observados quanto à sintomatologia evolutiva e investigação. Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto à cura, mas a chance que adviesse, se mais precocemente fosse o menor encaminhado a avaliação cardiológica, que, quiçá, ainda que com procedimentos mais invasivos, teriam evitado o seu óbito. Típico caso, pois, de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se

27 TJRJ, Ap. Cív. 0010941-64.2006.8.19.0205, 8ª CC, Rel. Des. Norma Suely, julg. 02.02.2010.

28 TJSP, Ap. Cív. 994.09.272165-3, 4ª T, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. 13.01.2010.

29 TJMG, Ap. Cív. 1.0024.97.027207-6/001, 8ª CC, Rel. Des. Fabio Maia Viani, julg. 16.09.2008. TJRJ, Ap. Cív. 0031029-61.2003.8.19.0001, 9ª CC, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, julg. 17.10.2006.

30 TJRS, Ap. Cív. 70030146138, 9ª CC, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, julg. 28.10.2009.

indeniza a morte, mas sim a perda da oportunidade de cura. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade da cura, que, no caso, não se mostrava aleatória, porém também não era certa. Denúnciação da lide acolhida. Apelação provida.”

O diagnóstico é o ponto de partida da atividade médica; é por meio dele que se determina a natureza de uma doença; pelo exame dos sinais e sintomas apresentados pelo paciente, seus antecedentes. Definir um diagnóstico é essencial antes de iniciar o tratamento médico, ou de adotar uma conduta terapêutica ou cirúrgica. E, para isso, o médico precisará utilizar todos os meios disponíveis, embora nem sempre seja possível estabelecer com precisão um diagnóstico, motivo pelo qual é frequente a utilização de diagnósticos provisórios ou falhas no serviço de diagnóstico.

Várias situações acarretarão erro de diagnóstico: i) em razão do atual estado de desenvolvimento da técnica médica; ii) por falhas decorrentes de ato do profissional que realiza o diagnóstico, falha nos exames complementares solicitados pelo médico, ou iii) por ato do próprio paciente que omite informações do profissional.³¹

No primeiro caso haveria erro escusável ou invencível, já que a obrigação do médico, na concepção clássica, seria de meio,³² pois não há como garantir em determinadas circunstâncias um diagnóstico preciso, além da álea da atividade diagnóstica, excluindo a responsabilidade médica. Hoje se discute até que ponto se deve cobrar do médico determinados conhecimentos em razão da constante evolução da ciência médica, pois não se pode exigir do profissional o saber absoluto.³³ Na verdade, o ideal é

31 TJRJ, Ap. Cív. 2007.001.45512, 20ª CC, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, julg. 19.12.2007.

32 Ruy Rosado de Aguiar, Responsabilidade civil do médico, in *Revista dos Tribunais*, vol. 84, n. 718, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 1995, pp. 33-53. TJMG, Ap. Cív. 1.0261.04.024845-0/001, 15ª CC, Rel. Des. Maurílio Gabriel, julg. 24.08.2006.

33 José Carlos Maldonado de Carvalho, *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

analisar o médico *in concreto*, as condições de seu trabalho, de seu atuar, a fim de evitar a injustiça.

Da mesma forma, não haverá responsabilidade quando o diagnóstico é comprometido pelo próprio paciente, não tendo o médico dado causa. A falha dos exames solicitados é um fato alheio ao desenvolvimento da atividade do médico assistente, mas não o exime de solicitar novos exames ou chegar a um diagnóstico por outros métodos, dependendo da doença apresentada. O erro grosseiro, por sua vez, acarreta responsabilidade.

O diagnóstico para o procedimento médico cirúrgico ou terapêutico não gera responsabilidade médica quando não apresenta defeito propriamente dito, relacionado diretamente ao serviço. Todavia, o defeito pode restar configurado no âmbito da informação, que pode ou não gerar danos ao paciente-consumidor.

Não pode o médico se furtar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo privilégio terapêutico, nos termos do artigo 34 do Código de Ética Médica, que está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

A ausência de informação acerca das alternativas de exames a serem realizados pelo paciente para permitir melhor diagnóstico ou até mesmo comprová-lo, ou a falta de alerta a respeito das possíveis falhas no resultado dos exames (exemplo: falso positivo)³⁴ pode configurar responsabilidade médica pelo descumprimento do dever de informar.

É o caso típico de exames envolvendo a existência de câncer ou vírus HIV, em que cabe ao médico e também ao laboratório esclarecerem o paciente sobre o procedimento de apuração da doença e eventuais equívocos nos resultados,³⁵ a fim de que o

34 TJRJ, Ap. Cív. 2008.001.56179, 9ª CC, julg. 30.10.2008; TJRJ, Ap. Cív. 0003472-10.2002.8.19.0042, 11ª CC, Rel. Des. José C. Figueiredo, julg. 16.12.2009; TJRJ, Ap. Cív. 2008.001.28159, 9ª CC, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, julg. 30.09.2008.

35 TJRS, Ap. Cív. 70023446412, 10ª CC, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, julg. 30.10.2008; STJ, Resp. 707541-RJ, 4ª T, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 12.12.2006, publ. DJ 30.04.2007.

mesmo possa diligenciar e se preparar para os resultados possíveis.

Quando o diagnóstico é comprometido retira-se do paciente a chance de obter a cura, de se tratar o mais breve possível do mal que o aflige, configurando a responsabilidade civil pela perda de uma chance.³⁶ Da mesma forma ocorre se o diagnóstico for concluído tardiamente.³⁷

Importante ressaltar que meras expectativas e simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização, mas somente postulações dos pacientes que tiveram chances sérias e reais perdidas. É o que se verifica no recente acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que manteve decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Recurso Especial nº 1104665.³⁸

O fundamento da responsabilidade civil pela perda de uma chance está no comprometimento da integridade psicofísica do paciente, sua saúde e na necessidade de tutela da vida humana digna. A função do médico é zelar pela conservação da vida humana, assistir o enfermo e empregar todas as suas habilidades técnicas e científicas para melhorar o estado de saúde do paciente. Assim, o médico não pode ser o responsável por impedir que o paciente alcance a melhora em seu quadro clínico por uma falta de aconselhamento, de diligência ou prudência sua.

Na opinião de Neri Tadeu Camara Souza,³⁹ pode se dizer que a presença da teoria da “perda d’*une chance*”, em um atendimento médico-hospitalar, fica bem caracterizada em casos em que o paciente perde a chance de se curar total ou parcialmente em razão de o médico não ter empregado todos os meios de

36 TJRJ, Emb. Infr. 2008.005.00432, 16ª CC, Rel. Des. Mauro Dickstein, julg. 17.02.2009.

37 TJRJ, Ap. Cív. 2005.001.44557, 17ª CC, Rel. Des. Edson Vasconcelos, julg. 29.03.2006.

38 STJ, Resp 1104665-RS, 3ª T, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 09.06.2009, publ. DJ 04.08.2009.

39 Neri Tadeu Camara Souza, *Erro médico e perda de uma chance*. Disponível em: http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?Id=3596&icaso=artigos., acesso em 10 de maio de 2008.

investigação e terapêutica, inclusive com o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma.

Para configurar a responsabilidade médica não basta, contudo, a presença do dano; deve haver a presença dos outros elementos da responsabilidade civil. O dano deve ser consequência direta de um ato ilícito e culposo, ou seja, ter relação de causalidade, ser o dano resultado da atividade comissiva ou omissiva do médico, o que dependerá da correta averiguação pelo julgador.

O juiz, ao analisar o caso concreto, pode-se valer de todos os meios de prova permitidos em direito como testemunhal, documental, consubstanciados em registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, prontuários, laudos fornecidos, termos de consentimento informado assinados, receitas médicas, além de prova pericial técnica, essencial para averiguar as chances de cura ou de sobrevivência do paciente.

O núcleo central da teoria da perda de uma chance está no fato de que uma outra conduta do médico poderia ter permitido que o problema tivesse uma evolução diferente,⁴⁰ havendo uma possibilidade de ter sido evitado o dano.

A perda da chance de um resultado favorável no tratamento médico passa, então, pela análise do nexo de causalidade, mas nessa hipótese a relação de causalidade estabelecida entre a culpa do médico e o dano do paciente não é natural, mas estritamente jurídica, já que não há um dano na acepção hodierna, mas sim a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem em virtude da conduta de outrem.

Na responsabilidade civil médica sua culpa pode advir da transgressão de um dever geral de conduta, imposto a todos os que vivem em sociedade (*neminem laedere*) ou na violação de dever específico em relação ao paciente.⁴¹

40 TJRS, Ap. Cív. 70020554275, 5ª CC, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, julg. 07.11.2007; TJRJ, Ap. Cív. 0001232-73.2000.8.19.0024, 17ª CC, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza, julg. 20.10.2010; STJ, AgRg no Ag 1222132-RS, 2ª T, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 03.1.2009, publ. DJ 15.12.2009.

41 TJRJ, Ap. Cív. 2007.001.32061, 13ª CC, Rel. Des. Azevedo Pinto, julg. 03.10.2007; TJRJ, Ap. Cív. 0016353-11.2003.8.19.0001, 17ª CC, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza, julg. 01.09.2010.

A culpa do médico, tendo em vista seus deveres profissionais e pelo disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não se resume às hipóteses de danos provenientes de erro médico, mas atinge a esfera do descumprimento do dever de informar ao paciente acerca dos possíveis riscos e consequências que podem se concretizar em razão de seu estado de saúde e procedimento médico a ser adotado.

Vale dizer que esta chance perdida deve ter a capacidade de poder comprometer a integridade física do paciente, tal como a ausência de certos exames importantes para a colaboração do diagnóstico e, conseqüentemente, um tratamento adequado.

A quebra do dever de informação, a omissão do médico de uma informação ao doente que o priva de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação, pode configurar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, isto é, a chance de sobreviver se efetivadas as ações ou omissões que garantiriam uma maior probabilidade de sobrevivida.

Em síntese, admite-se a culpa do médico que comprometeu as chances de vida ou a integridade do paciente. Deve ser analisado o estado anterior da vítima, o dano decorrente do ato omissivo e estabelecer a proporcionalidade.

5. A reparação integral do dano à pessoa humana

Na responsabilidade civil médica, por se tratar de uma atividade em que prevalece a álea, as incertezas acerca das doenças, das respostas dos pacientes aos tratamentos médicos, surge a primeira dificuldade: justificar qual seria a oportunidade de cura ou de sobrevivência; e uma segunda: delimitar o *quantum debeatur*, já que não se está diante de questões patrimoniais, mas sim de bens jurídicos supremos não patrimoniais como: a vida, a saúde, a liberdade de escolha, a autonomia privada existencial, direitos fundamentais e da personalidade (artigo 5º da CF/88 e artigo 21 do Código Civil).

A importância de sistematizar o estudo da teoria da perda de uma chance na responsabilidade médica é, justamente, facilitar a aplicação desse instituto pelos operadores de direito, de ma-

neira a garantir a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF/88), sem inviabilizar o exercício da medicina pelo profissional médico.

A responsabilidade civil médica pela perda da chance de cura e de sobrevivência, não se difere do instituto da responsabilidade civil em geral, no que tange à necessidade de comprovar os seus elementos: conduta, nexo de causalidade e dano. Contudo, em razão de suas peculiaridades, alguns passos devem ser observados:⁴² i) analisar o ato médico, apurar se houve infringência por parte do médico de um de seus deveres de conduta diante das circunstâncias concretas; ii) examinar a conduta do paciente, como por exemplo, se ele seguiu as orientações e prescrições médicas; iii) averiguar a existência de probabilidade de uma cura ou de sobrevivência, caso o paciente fizesse determinado tratamento ou até mesmo se tomasse medicação ou evitasse certa conduta em prol de sua saúde; iv) verificar a lesão sofrida pelo paciente, o que efetivamente o paciente deixou de obter em virtude da conduta médica, qual bem jurídico é merecedor de tutela; v) determinar o valor da indenização por meio da equidade (artigo 4º e 5º da LICC, artigo 944, parágrafo único do Código Civil e artigo 127 do CPC) e dos critérios que vem sendo aplicados ao dano moral.

O ato médico,⁴³ que engloba a prevenção, o diagnóstico,⁴⁴ o

42 Rute Teixeira Pedro arrola três critérios para facilitar a sistematização da aplicação da teoria da perda de uma chance no caso concreto: 1. Existir determinado resultado positivo futuro, que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa, mas provável; 2. É necessário que, apesar daquela incerteza, a pessoa se encontre numa situação de poder vir a alcançar o resultado, porque reúne um conjunto de condições de que depende a sua verificação (chance real de consecução da realidade esperada); 3. Indispensável que se verifique comportamento de terceiro, suscetível de gerar responsabilidade e que elimina de forma definitiva as existentes possibilidades do resultado vir a produzir. Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*, cit., p. 198.

43 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil), Resolução CFM nº 1.627/2001. Define o ato profissional de médico como todo procedimento

tratamento e a cura de enfermidade se concretiza na relação médico-paciente e cabe ao médico assumir as responsabilidades civil, ética e penal dele decorrente. O médico não pode garantir a cura, mas deve utilizar tratamentos que possuam maior probabilidade de sucesso, dirigir a prestação de seus serviços para a melhora do paciente.

Em se tratando de responsabilidade médica pela inobservância do dever de informar fica mais difícil estabelecer que a falta de informação sobre o estado de saúde do paciente, ou de prescrição de determinado tratamento ou realização de exame, foi condição necessária para a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, pois a própria doença é causa do risco sofrido pelo paciente.

No entanto, é possível identificar como, por exemplo, nos casos em que há o diagnóstico tardio, ou a falta de prescrição pelo médico de medicamentos existentes ou os exames para identificar a doença, não esclarecendo o paciente acerca dos riscos e contraindicações.⁴⁵ Esta conduta compromete diretamente o direito de escolha do paciente, o direito de se autodeterminar nos cuidados de sua saúde.

Por outro lado, o próprio paciente pode concorrer para o resultado danoso que, *in casu*, não é a morte ou piora da sua condição de saúde, mas a própria perda da oportunidade de obter a cura ou ter prolongado seus dias. Isso ocorre quando não observa as prescrições médicas ou o faz a destempo, nessa hipó-

técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm, acesso em: 02 de fevereiro de 2010.

44 No que tange ao serviço de diagnóstico, Irany Novah Moraes indica três tipos: i) etiológico, que indica a causa da doença, o agente animado, físico ou químico responsável; ii) anatômico, também denominado topográfico, refere-se ao local, tecido, órgão ou segmento atingido; e iii) funcional, referente às alterações da função em consequência da doença. E, ressalta que há hipóteses em que não é possível definir a causa da doença, é o chamado diagnóstico nosológico, só indicando a doença. Irany Novah Moraes, *Erro médico e a lei*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 3ª ed. rev. e ampl., p. 163.

45 TJRJ, Ap. Cív. 0154369-76.2002.8.19.0001, 16ª CC, Rel. Des. Mauro Dickstein, julg. 21.09.2010.

tese afasta-se a responsabilidade médica pela culpa exclusiva da vítima (artigo 14, § 3º, II, do CDC).

A comprovação da existência da probabilidade de cura ou sobrevivência rompida em virtude da conduta médica que desrespeitou seu dever de informar, intervindo na recuperação do paciente, na preservação de sua vida e diminuição do sofrimento, deverá ser feita com o auxílio da Ciência Médica. Esta é essencial para trazer elementos acerca da doença, dos tratamentos existentes, o que se dará com o uso da perícia médica, pois, por meio do *expert* será possível obter elementos técnicos que estão ao alcance do julgador.

A *legis artis* auxiliará nas respostas dos questionamentos acerca do valor das chances que o doente dispunha para aliviar suas dores e obter a cura ou prolongar sua sobrevivência e o que equivale essa perda em termos de percentual aplicável ao todo. Rute Teixeira Pedro⁴⁶ indaga a respeito da possibilidade do uso de dados estatísticos para auxiliar o juiz, tendo em vista as peculiaridades de cada paciente.

Certo é que todos os instrumentos são importantes na busca da verdade real, mas não poderá o juiz se afastar do paciente *in concreto* e se basear tão somente no paciente médio, abstrato. O olhar deve ser para a pessoa que se encontra por trás do paciente, sujeito de direito, seus interesses existenciais, observá-lo pelos filtros de pluralização da subjetividade jurídica dada suas particularidades.

A informação deve ser feita segundo o estado de saúde do paciente, suas necessidades, especificidades e características, de forma individual, a fim de preservar a autonomia, considerando o paciente real.

Mas a quem caberia a prova da perda da chance? A responsabilidade civil do médico *in casu* é contratual, subjetiva e, em relação à prestação principal, a obrigação é, em regra, de meio, muito embora Cláudia Lima Marques,⁴⁷ defenda ser obrigação

46 Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance a tutela do doente lesado*, cit., pp. 389-394.

47 Cláudia Lima Marques, *A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 93,

de resultado no caso do dever de informar, por aderir à prestação principal (dever principal). Isto porque não pode o médico se abster de esclarecer o paciente, salvo as hipóteses que a lei e as normas deontológicas afastam esse dever (artigo 34, *in fine*, do Código de Ética Médica).

Independentemente de enquadrar a obrigação como de meio ou de resultado, certo é que o médico tem melhores condições de colaborar com a instrução processual, deixando a cargo do paciente tão somente a prova do defeito de informação, da perda da chance de cura ou de sobrevivência, cabendo ao médico comprovar a existência de uma excludente. Constitui dever lateral do médico o de se documentar, preencher corretamente o prontuário médico, anotar as informações prestadas, os procedimentos realizados, a evolução clínica do paciente⁴⁸, a descrição do procedimento cirúrgico, as prescrições médicas, obter o consentimento livre e esclarecido do paciente, entre outros.

Como a prova da ausência de informação, que constitui o descumprimento do contrato, é um fato negativo, de difícil comprovação, o que prejudicaria a reparação do dano, presume-se o descumprimento, quando alegado pelo paciente. Imputa-se ao médico a tarefa de provar que informou, até mesmo em razão do desequilíbrio da relação médico-paciente e o disposto no artigo 38 do CDC.

Em razão da maior facilidade do médico produzir provas, o princípio da boa-fé, da lealdade, e da carga dinâmica da prova, cabe a ele o dever processual de levá-los ao processo, fazendo prova da correção de seu comportamento, que cumpriu seu dever de informar.

Ademais, tem o paciente o direito subjetivo⁴⁹ à inversão do ônus probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor quando presentes os requisitos da verossimilhança e/ou hipossu-

n. 827, São Paulo: Revista dos Tribunais, set., 2004, pp. 11-48.

48 André Gonçalo Dias Pereira. *O consentimento informado na relação médico-paciente*: Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

49 Fábio Costa Soares, *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e a inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ficiência do paciente-consumidor (artigo 6º, inciso VIII, do CDC).

Por fim, em relação à prova do dano sofrido pelo paciente resultante da perda da chance de cura ou de sobrevivência, esta é dispensável, já que como se está diante de lesão à sua liberdade de escolha, sua autodeterminação e integridade psicofísica é possível enquadrá-lo como espécie de dano não patrimonial — dano moral⁵⁰ — *in re ipsa*.⁵¹

No entanto, persiste a dificuldade de apuração do valor da indenização pelos danos morais.⁵² Por isso, para arbitrar o valor de forma a garantir a compensação da vítima sem que a indenização seja fonte de enriquecimento sem causa se aplicam os critérios da gravidade do dano e do grau de culpa do ofensor (artigo 944 do Código Civil) e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Esses dois princípios são chamados por Humberto Ávila de postulados.⁵³

Grácia Cristina Moreira do Rosário,⁵⁴ ao enfrentar o tema da perda da chance de cura, sustenta que a indenização se dará exclusivamente no campo do dano moral, já que causa sofrimento, inquietações graves que ultrapassam os aborrecimentos ocorridos no cotidiano. E a mensuração desse dano se dará de acordo com a situação da vítima, levando em conta o grau da álea, o grau de probabilidade de sua produção e reversibilidade do prejuízo. O valor da indenização deve ser inferior ao que corresponderia no caso da certeza do dano. O que se ressarce é a perda da chance e não a perda do resultado por ela propiciado, por isso o *quantum* indenizatório deve ser bem medido. Todavia, caberá

50 TJRJ, Ap. Cív. 0003472-10.2002.8.19.0042, 11ª CC, Rel. Des. Jose C. Figueiredo, julg. 16.12.2009.

51 TJRJ, Ap. Cív. 0001232-73.2000.8.19.0024, 16ª CC, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza, julg. 20.10.2010.

52 Alexandre Freitas Câmara, O ônus da prova e a responsabilidade civil médica, in André Luis Nigre, et al., *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 241-251.

53 Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 2004, 4ª ed., p. 131.

54 Grácia Moreira do Rosário, *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*, cit.

ao paciente demonstrar que sofreu um dano real e não hipotético, já que se trata de um tipo especial de prejuízo causado pela falha no dever de informar, especialmente quando decorrente da perda de uma chance. Além disso, também deverá demonstrar o nexo de causalidade.

Contudo, apesar da teoria de a perda de uma chance na responsabilidade médica ter como fundamento a tutela constitucional da pessoa humana, deve ser aplicada *cum grano salis*, em razão dos efeitos trazidos para a sociedade, mesmo que de maneira indireta, devendo o juiz fundamentar sua decisão (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal) em prol do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF/88).

Isso porque se tem verificado no campo jurídico uma multiplicação de ações judiciais relacionadas à aplicação dessa teoria. Tal fato tem aspectos positivos e negativos, já que ao mesmo tempo em que gera o aumento de medidas de precaução por parte dos médicos, com maior cuidado na relação médico-paciente durante todo o tratamento, desde as etapas iniciais, torna a atividade médica defensiva. Nesse sentido, os profissionais podem deixar de utilizar determinados procedimentos que tem maiores riscos, além de aumentar os custos dos serviços em razão da contratação por esses profissionais de seguros extremamente dispendiosos.

Vale dizer, contudo que não obstante essas consequências práticas, a vítima deve ser reparada em sua integralidade, sob pena de violar a própria Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

A problemática da responsabilidade civil médica pela perda de uma chance apresenta-se como um tema de grande atualidade e que já tem sido enfrentado pelos nossos tribunais. No entanto, ainda persiste certa resistência em virtude das incertezas que a permeiam, não só no seu enquadramento como na forma de calcular o valor da indenização.

O instituto da responsabilidade civil deve ser lido à luz da Constituição Federal, de seus princípios, com ênfase no aspecto existencial, pois seu centro de referência é o ser humano. Por isso, a importância de sistematizar o estudo da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica, que visa tutelar o direito fundamental à vida, à saúde, à autodeterminação, à autonomia, repersonalizando o sistema jurídico.

No âmbito da medicina, a teoria da perda de uma chance é aplicável quando o comportamento do médico infringe um dever de conduta e acarreta a perda da possibilidade de um resultado positivo para o paciente, que se encontrava em um estado propício para adquiri-lo.

A inobservância do médico de seu dever de informar pode gerar a responsabilidade pela perda de uma chance de cura ou de sobrevivência por ter privado o paciente de optar por determinado tratamento ou até mesmo optar por não tratar. Tal ato impede o exercício de sua autonomia no que tange ao destino de seu corpo. Somente por meio da ampla informação é que o paciente pode fazer suas escolhas no cuidado de sua saúde.

Certo é que o julgador, ao apreciar a perda de uma chance na área médica, deverá analisar os seguintes pressupostos: i) violação pelo médico de dever de conduta; ii) certeza da probabilidade de obter a cura ou o prolongamento da sobrevivência; iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e iv) a identificação do bem jurídico violado e merecedor de tutela.

Por fim, uma vez configurada a perda de oportunidade de cura ou sobrevivência restará, tão somente, a fixação da indenização. Esta se dará por meio do uso da equidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme o grau de culpa e extensão do dano.

A aplicação dessa teoria impõe aos intérpretes do direito um maior esforço argumentativo para evitar a banalização do instituto, a inviabilidade da atividade médica e salvaguar a tutela integral da pessoa humana.