



DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DE UMA CHANCE DE VIDA E SOBREVIDA

Afonso Claudio de Meireles¹

RESUMO

Tem ganhado espaço em nossos tribunais a responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance de vida ou sobrevida com fundamento na teoria da perda de uma chance, teoria francesa recepcionada pela doutrina e jurisprudência, tendo como leading case o REsp. 788.759/BA do Superior Tribunal de Justiça que aplicou a referida teoria para indenizar participante do jogo televisivo Show do Milhão. Tendo em vista as particularidades desta teoria, e a classificação de dano como autônomo e decorrente da frustração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitabilidade de um prejuízo, o presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo da teoria da perda de uma chance e da teoria da perda de uma chance de vida e sobrevida.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Perda de Uma Chance e o Erro Médico

ABSTRACT

It has gained space in our courts the civil liability of the doctor for the loss of a chance of life or survival based on the theory of increase risk of harm, French theory welcomed by doctrine and jurisprudence, having as leading case REsp. 788.759/BA of the Superior Court of Justice that applied this theory to grant compensation to participant of the television game Show of the Million. In view of the particularities of this theory, and the classification of damage as autonomous and resulting from the frustration of a future opportunity to obtain a benefit or avoidability of an injury, the present study aims to make a study of the theory of loss of a chance and of the theory of loss of a chance of life and survival.

Keyword: Civil Liability, Loss of Chance and Medical Error

¹ Graduando do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO, orientado pela professora Lucia Helena OuverneiBraz de Matos.

1.INTRODUÇÃO

De acordo com estudo de Fioravanti, no ano de 2017, no Brasil, cerca de 1.299.540 pessoas sofreram pelo menos um evento adverso, possível falha médica e 329.338 pessoas sofreram um evento adverso com risco de morte, e 54.769 pessoas morreram por consequência dos erros médicos. Cerca de um em cada 20 pacientes são expostos a danos evitáveis nos cuidados médicos. Em São Paulo, nos últimos 3 anos, o Conselho Regional de Medicina instaurou 702 processos ético-profissionais motivados por erro médico, tendo sido 463 médicos considerados culpados, tendo a maioria recebido pena de advertência e 13 penas de cassação do exercício profissional.² Neto, em seu estudo no estado de Rondônia, verificou que a negligência é a principal causa do erro médico, sendo ela definida como “inação, indolência, inércia ou passividade.”³

Em que pese esse estudo se referir a erro médico, cujo o resultado danoso esta diretamente vinculado a conduta do médico, tem ganhado espaço em nossos tribunais a responsabilidade civil do medico pela perda de uma chance de vida ou sobrevida com fundamento na teoria da perda de uma chance, teoria francesa recepcionada pela doutrina e jurisprudência, que tem como leading case o REsp. 788.759/BA no qual o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria para indenizar participante do jogo televisivo Show do Milhão.⁴

A perda de uma chance, de acordo com a doutrina, é uma modalidade de dano autônomo e específico, decorrente da frustração ou subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitabilidade de um prejuízo.⁵ A chance está relacionada a um resultado futuro, que em decorrência do ato do agente, não se concretiza, quer fosse bom ou ruim. Em que pese a oportunidade perdida ser incerta, mas existente, a perda da chance em desfrutá-la é certa..⁶ Nesse sentido, para gerar o dever de indenizar a chance tem que ser séria

²FIORAVANTI, Carlos. **Um diagnóstico do erro médico**. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/01/02/um-diagnostico-do-erro-medico/> Acesso em: 02mai. 2020.

³ NETO, D.C. **Erro Médico no estado de Rondônia**: uma realidade nacional. Revista Eletrônica Acervo Saúde. V. n. 11, p. 1-7. Maio 2019. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/268> Acesso em: 30 maio 2020

⁴“Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não

indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.” (BRASIL. Ac.unân.4aT., **REsp.788.459/BA**, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.8.11.05, DJU 13.3.06, p.334)

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**, vol. 3. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2014, p. 293.

⁶Ibidem, p. 295.

e efetiva, representando um legítima expectativa⁷. Assim, perdida essa oportunidade, ou seja, a chance séria e efetiva tem-se o dano que é certo, portanto, passível de indenização.⁸

Dessa maneira, o presente trabalho tem por objetivo, por meio do método indutivo, fazer um estudo da teoria da perda de uma chance e da teoria da perda de uma chance de vida e sobrevivência.

2.DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da Responsabilidade Civil está disciplinado em nosso sistema jurídico não apenas no Código Civil como também na Constituição Federal de 1988 e em leis esparsas, como a lei 8.078/1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor⁹, por princípios constitucionais e valores sociais, podendo ter quatro funções:

(a) Função de reagir ao ilícito danoso, com finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) função de reprimir o lesado ao status quo ante ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) e a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.¹⁰

Rosenvald¹¹ destaca que as funções prevalentes da Responsabilidade Civil no sistema atual se reduzem a função compensatória e a função dissuasória, ou seja, de desestímulo de ofensas similares.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo¹² (2004) sustenta que diante da redação do artigo 944¹³ do novel civil não seria mais possível qualquer imputação de “punitivedamages”¹⁴, no sentido próprio, nem como punição, nem como desestímulo, isto porque a intenção do legislador não foi de penalizar o ofensor, mas de garantir a vítima a

⁷ Ibidem, p. 293.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3: Responsabilidade Civil. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.4.

⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 30 maio 2020.)

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil a Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p.76.

¹¹ Ibidem, p. 77.

¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: dano social**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 5, v. 19, jul/set 2004.

¹³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 maio 2020. Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano

¹⁴ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Punitivedamages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil**. In: Responsabilidade Civil.Coordenação: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015,p. 351/371.*De origem estadunidense o “Punitivedamages” consiste em um plus em dinheiro concedido a vítima dos danos com a finalidade de punir o ofensor e de adverti-lo a não fazê-lo de novo, bem como de intimidar outros a não cometerem o mesmo ilícito.*(SOUZA, p. 352).

reparação integral do dano, o que aponta uma transformação da responsabilidade civil que deixa de estar centrada no autor do ilícito voltando-se para vítima do dano e sua reparação ante ao princípio da solidariedade¹⁵.

Como sabido, a regra contida no caput do artigo 944 do Código Civil de 2002 consolidou em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral, primeiramente prevista no Code Civil Frances (FILHO, 2015, p. 29). Por meio dessa regra, tem-se que a finalidade do estudo da responsabilidade civil, conforme defendido por Diniz (2011, p. 21), é a de possibilitar a restauração do equilíbrio violado pelo dano, ou seja, sempre que possível restabelecer o *status quo ante* da vítima.

Segundo Diniz, a responsabilidade civil consiste na aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, seja por ato próprio ou de terceiro por quem responde¹⁶.

Já Gagliano e Pamplona¹⁷ entendem que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse abalizadamente particular, acarretando, pois, ao infrigente o pagamento pecuniário compensatório à vítima.

De acordo com Cavaliere¹⁸, a responsabilidade civil consiste em um dever jurídico secundário que surge devido a violação de um dever jurídico primário, contratual ou extracontratual, estando ligado à noção de desvio de conduta, conduta esta que ao produzir um dano a outrem passa a ser considerada ato ilícito, como se extrai da leitura do artigo 186 do Código Civil, que dispõe “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹⁹ Dispõe, ainda, o Código Civil, em seu artigo 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.²⁰

Diante destes preceitos legislativos, Pablo Stolze Gagliano, com a neurose de clareza que lhe é salutar, concluiu que

a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências de seu ato (obrigação de reparar)²¹.

¹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2015, p.9.

¹⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40.

¹⁷GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit, p. 59.

¹⁸CAVALIERI FILHO. Op. cit, p.16.

¹⁹BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 maio 2020

²⁰Idem.

²¹GAGLIANO; Pablo Stolze; GAGLIANO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. III. Responsabilidade Civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 51.

Nota-se que além do dano suportado pela vítima esses autores falam da conduta que produziu o dano, não só antijurídica, mas também violadora de um interesse jurídico. De certo que a responsabilidade civil pressupõe a existência de alguns requisitos para fazer surgir o dever de indenizar, ou seja, de elementos qual sejam: conduta; nexo causal e dano, na hipótese de responsabilidade civil objetiva, sem acrescido pelo 4º elemento, no caso a culpa, quando da Responsabilidade Civil Subjetiva.

2.1. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo.

A função da responsabilidade civil é restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima, que fora rompido pelo ato ilícito, fazendo com que a vítima volte ao estado anterior, isto ocorre através da indenização pelo dano causado.

Nosso código traz a teoria da responsabilidade civil com base na responsabilidade subjetiva e objetiva, das quais falaremos a seguir. Em pese o código civil de 2002 não fazer a classificar a da responsabilidade quanto sua origem, a doutrina assim faz para fins metodológicos, em contratual e extracontratual, ponto de partida de nossos estudos.

2.1.1. Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

No que tange a responsabilidade contratual, esta, por sua vez ocorre quando um dever contratual é violado. Quando há convenção entre as partes ou um contrato em que foram discriminados direitos e deveres, gera a obrigação no cumprimento. Uma das partes descumpre com o seu dever, trazendo prejuízo a outra parte, daí surge a reparação pelo prejuízo causado.²²

No entanto, teremos a responsabilidade contratual, ora também conhecida como ilícito contratual, quando existir um vínculo obrigacional entre as partes, o dever de indenizar será a consequência do inadimplemento por uma das partes.

A responsabilidade contratual deriva de um contrato, existe uma relação jurídica preexistente entre as partes. Porém o Código de Defesa do Consumidor não faz essa distinção entre responsabilidade contratual ou extracontratual, o tratamento é unitário para a responsabilidade do fornecedor, cujo fundamento dessa responsabilidade é o dever de segurança.²³

²²CAVALIERIFILHO. Op. cit, p.15.

²³Ibidem, p.16.

Conclui-se que a responsabilidade civil contratual vai existir quando houver o rompimento dessa relação por um ilícito contratual ou um inadimplemento, cuja previsão se encontra no contrato, decorrente de direitos e deveres e seu cumprimento. Lembrando ainda, que para a responsabilidade contratual exista, devem ser observados seus pressupostos, pois existindo um contrato válido, inexecução do mesmo, o dano e o nexo causal, ficará caracterizada tal responsabilidade.

A responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana. Ocorre com a violação de um dever subjetivo, ocasionando uma lesão a esse direito, sem o vínculo contratual entre o ofensor e a vítima.

Para Maria Helena Diniz:

A responsabilidade extracontratual, delitual, ou aquiliana é a resultante de violação legal, ou seja, de lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.²⁴

2.1.2. Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

O código civil traz a teoria da responsabilidade civil com base na responsabilidade subjetiva e objetiva. Embora o respectivo diploma legal seja prevalentemente objetivista, não deixou de tratar da responsabilidade subjetiva, mesmo não havendo uma previsão legal diretamente apresentada, vale dizer que, em não havendo lei expressa afirmando a responsabilidade objetiva, resta a responsabilidade subjetiva.²⁵

O que caracteriza a responsabilidade subjetiva é o elemento culpa, sendo chamada também de responsabilidade provada, eis que caberá a vítima provar que o agente agiu com culpa, ou seja, não observou um dever geral de cuidado.

A cláusula geral de responsabilidade subjetiva está insculpida em nosso Código Civil de 2002, nos artigos 186 e 927. A culpa, aqui, não importa seja no sentido lato ou estrito.

De acordo com Cavalieri a responsabilidade subjetiva tem como pressupostos: a violação de um dever por conduta voluntária; um elemento subjetivo, dolo ou culpa e um o nexo de causalidade.²⁶ Ainda, de acordo com Cavalieri que o núcleo da culpa consiste “na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que deveria ter sido realizada em virtude da observância do dever de cuidado”,²⁷ ou seja, há um erro de conduta ou uma conduta mal dirigida a um fim lícito.

²⁴DINIZ. Op. cit, p.508.

²⁵DINIZ. Op. cit, p.508.

²⁶CAVALIERI FILHO, Op. Cit., p.40.

²⁷ Ibidem, p.52.

De outro norte, para caracterizar a conduta culposa deve-se estipular o comportamento devido na situação em concreto de acordo com as regras de diligencia. Cavalieri nos ensina que a conduta culposa é composta de três elementos: conduta; previsibilidade e falta de cuidado ou cautela. Diz o renomado jurista que previsível “é aquilo que tem certo grau de probabilidade, de forma que, segunda as regras de experiência, é razoável prevê-lo. Só há o dever de evitar o dano que for razoável prever,” ²⁸ acrescenta, ainda, que essa previsibilidade tem que ser específica, ou seja, “presente, atual, relativa às circunstancia do momento da realização da conduta.” ²⁹

A falta de cautela se exterioriza pela negligencia, imprudência e imperícia, que não são, não podemos confundir, elementos da culpa, mas apenas exteriorização da conduta culposa. A imprudência é a falta de cuidado ou cautela por conduta comissiva (ação) ; a negligencia é a falta de cuidado ou cautela por conduta omissiva e a imprudência é falta de habilidade no exercício da atividade técnica.³⁰

A responsabilidade objetiva, como dito acima é aquela expressa em lei, e marcada com a locução “independentemente de culpa”. Aqui não há necessidade de prova-se o elemento subjetivo da conduta ilícita do ofensor, ou seja, a culpa. Para sua configuração basta a evidência de três elementos: conduta ilícita, dano e nexo de causalidade.

O Código Civil de 2002 tratou da responsabilidade civil objetiva no artigo 187, parágrafo único do artigo 927, bem como nos artigos 931 e 932. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37 §6º, adotou a responsabilidade civil objetiva no que se refere aos atos praticados pela Administração Pública e prestadores de serviço público. Não podemos deixar de citar o Código de Defesa do Consumidor que adotou a responsabilidade civil objetiva como regra em seu artigo 14, sendo exceção a essa regra a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, que será subjetiva, como a do médico. ³¹

2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que surja o dever de indenizar, tradicionalmente falando, são necessários que estejam presentes seus pressupostos, quais sejam: conduta comissiva ou omissiva, dano e nexo causal quando a responsabilidade civil é objetiva, e conduta omissiva ou omissiva, dano, nexo causal e culpa, se a responsabilidade civil for subjetiva.

2.2.1. Conduta

²⁸Ibidem, p. 54.

²⁹Ibidem, p. 54.

³⁰Ibidem, p. 54.

³¹BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 30 maio 2020.

A conduta humana, comissiva ou omissiva, é o primeiro elemento da responsabilidade civil e traduz-se no fato do agente.

De acordo com Filho³², a conduta humana pode ser comissiva (ação) ou omissiva (omissão). Quando alguém pratica um ato que não deveria praticar. Já na omissão, o agente deixa de praticar determinado ato quando deveria praticar. Pode-se dizer que é a ação é inobservância de um dever de não fazer, enquanto a omissão a inobservância de um agir na forma determinada em lei ou esperada em um contrato.

Gagliano e Pamplona³³ ressaltam que a responsabilidade civil expressa obrigação plenamente visível da atividade humana. Segundo estes doutrinadores trata-se de atributo exclusivo humano, que por si ou mediante pessoas jurídicas que estes formam, haverá de ser civilmente responsabilizado.

Assim, numa leitura detida dos artigos 186 e 927 do Código Civil, tem-se que toda conduta humana que viole direito causando danos a outrem constitui ato ilícito, podendo, por via de consequência, gerar o dever de indenizar.

Para Cavalieri Filho³⁴ o ato ilícito tem duplo aspecto, objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, de acordo com o respeitável jurista, leva-se em conta para configuração da ilicitude apenas a conduta e sua materialidade, verificando-se a desconformidade dela com o que direito o direito queria, indicando assim a sua antijuricidade, ou seja, a desconformidade com a ordem jurídica. No seu aspecto subjetivo, para se qualificar uma conduta como ilícita deve-se fazer um juízo de valor, apurando-se se ela resulta de “um ato humano consciente e livre”³⁵, ou seja, da vontade do agente, configurado na culpa, elemento essencial na Responsabilidade subjetiva.

Cavalieri Filho, diz que sob o aspecto subjetivo, a falta de cuidado é a essência da culpa, motivo pelo qual “vamos sempre encontrar a falta de cautela, atenção, diligência ou cuidado como razão ou substrato final da culpa.”³⁶ Por este motivo temos por consolidado o entendimento que a imprudência, negligência e imperícia são formas de exteriorização da conduta culposa.

A imprudência é uma conduta comissiva, pressupõe um agir com falta de cautela ou cuidado, enquanto a negligência é uma conduta omissiva, ou seja, é não agir com cautela.

Já a imperícia pressupõe um agir com habilidade, ou seja, suponha-se que o agente seja capacitado, possui aptidão para a prática do ato.

³²CAVALIERI FILHO. Op. cit., p.24.

³³GAGLIANO e PAMPLONA FILHO

³⁴CAVALIERI FILHO. Op. cit., p.23.

³⁵Ibidem, p. 24.

³⁶Ibidem, p. 55.

Toda ação humana contrária a norma é passível de coerção, visto que temos um ordenamento jurídico, cujas normas devem ser observadas por toda a sociedade, inclusive na esfera cível, pois será responsável civilmente aquele cuja conduta seja reprovada pela norma, e através desta causar dano a outrem.³⁷

2.2.2. Culpa do Agente

Elemento essencial da Responsabilidade Civil Subjetiva, a culpa do agente, embora unânime o entendimento que em sua essência traduz-se em uma falta no dever de cuidado, deve ser analisada levando-se em consideração as modalidades em que se desdobra, ou seja, em suas espécies quais sejam: lata ou grave, leve e levíssima, gradua a culpa. A graduação da culpa é apurada tendo-se em vista “a maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano”³⁸, tendo grande utilidade hodiernamente em face da cláusula geral de redução da indenização prevista no parágrafo único do art. 944 do Código Civil³⁹, que mitiga a regra da reparação integral do dano, não sendo só adotada para as hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, mas também para a responsabilidade civil objetiva, conforme Enunciado 380 da IV Jornada de Direito Civil.⁴⁰

A culpa em sentido grave ou lata, pode-se dizer que é todo comportamento humano contrário a norma, podendo ainda, ser intencional, assemelhando-se ao agir com dolo.⁴¹ Assim, tem-se a culpa grave quando o agente age com uma falta de cautela absurda ou grosseira falta de cautela e descuido injustificável⁴². Tem-se a culpa leve quanto a falta de cuidado do indivíduo poderia ser evitada com atenção ordinária, ou seja, com o cuidado do homem comum. E tem-se a culpa levíssima quando a falta de atenção “é extraordinária, pela ausência de habilidade ou conhecimento singular.”⁴³

2.2.3. Nexa de Causalidade

O nexa de causalidade, diz respeito à relação de causa e efeito, para tanto o ato ilícito deverá ser a causa do dano sofrido pela vítima, pois como podemos responsabilizar alguém, cuja conduta não seja causadora do dano. Ele está entre a conduta e o resultado.

³⁷DINIZ. Op. cit., p.44.

³⁸ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p. 56.

³⁹BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 maio 2020.

⁴⁰ BRASIL.CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. IV Jornada de Direito Civil. 2016. Disponível em:<<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/vi>> Acesso em: 30 maio 2020.

⁴¹CAVALIERI FILHO, Op. cit., p.27.

⁴² Ibidem, p. 56.

⁴³ Ibidem, p. 56.

Através do nexo causal é que podemos definir quem deu causa ao dano. Podemos afirmar que não existe responsabilidade sem nexo causal, pois necessário se faz de um indivíduo, do qual deu ensejo ao dano. Podemos ter responsabilidade sem culpa, mas nexo causal é indispensável em qualquer que seja a responsabilidade.

Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro.⁴⁴

Ainda sobre o nexo de causalidade, temos duas questões presentes, sendo a primeira no tocante a dificuldade de sua prova e a segunda, situando-se na identificação do fato que constituiu a verdadeira causa do dano.⁴⁵

Segundo Flávio Tartuce se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar.⁴⁶

No que tange ao problema da relação de causalidade, visto que, por um fato simples ocorrer o resultado, tornar fácil de resolver, mas quando por vários fatos, ou seja, várias condições que concorrem para o evento dano, daí surge uma problematização, pois teremos que saber qual delas é a mais correta ou é a condição real do resultado danoso.

Para Cavalieri Filho o conceito de nexo causal é “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.⁴⁷

Ocorre, todavia, que o dano pode decorrer de outra causa ou de circunstâncias que impossibilitam o cumprimento da obrigação por parte do agente. Essas hipóteses são chamadas de cláusulas excludentes de causalidade, quais sejam: a culpa ou fato exclusivo da vítima; o fato de terceiro; o caso fortuito e a força maior.

Há culpa ou fato exclusivo da vítima, quando a vítima der causa ao evento danoso, ou seja, quando a sua conduta for exclusivamente responsável pela produção do dano sofrido. Assim, a conduta da própria vítima exclui o nexo causal entre a conduta do aparente agente e o dano. Nesse sentido, Cavalieri Filho diz que devemos falar em fato exclusivo da vítima e não culpa, pois a conduta da vítima afasta o nexo causal em relação ao agente desta relação e não apenas a culpa, e, ainda, tal comportamento é decisivo para a ocorrência do evento.⁴⁸

⁴⁴Ibidem, p.108

⁴⁵CAVALIERIFILHO. Op. cit., p.109

⁴⁶TARTUCE. Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.493

⁴⁷CAVALIERI FILHO. Op. cit., p.47.

⁴⁸Ibidem, p.66.

No que se refere ao fato de terceiro, tem-se que terceira pessoa estranha à relação, surge e dá ensejo ao evento danoso, retirando o nexo causal entre a conduta do pretenso agente e o dano.⁴⁹

O caso fortuito ou força maior, de acordo com o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil, “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir”⁵⁰. Em que pese o esforço da doutrina clássica em fazer distinção entre caso fortuito e força maior, ora associando a um os atos inevitáveis da natureza, ora a outros eventos de causa desconhecida, tem-se que o legislador não entrou nessa discussão, limitando-se a nos dizer que para um fato estranho a relação excluir o nexo causal os seus efeitos devem ser inevitáveis e impossíveis de pedir.

Melhor esclarecendo esse raciocínio Flavio Tartuce define “o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa.”⁵¹

Mister se faz esclarecer que o fortuito pode ser externo e interno, sendo que só aquele exclui o nexo causal. O fortuito interno ocorre quando o fato, embora imprevisível, e por isso inevitável, está ligado ao risco da atividade ou empreendimento, não afastando, assim, o nexo causal, por via de consequência, o dever de indenizar⁵².

2.2.4. Do dano

Sergio Cavalieri Filho conceitua o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, não importando a natureza patrimonial ou se integrante da própria personalidade da vítima, nesse sentido fala o renomado jurista: “dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral⁵³”.

Indispensável é a existência de dano para que presente esteja a responsabilidade civil, ainda que seja responsabilidade contratual, havendo inadimplência da obrigação, teremos a presunção de dano.

Para Tartuce⁵⁴, em regra, não há responsabilidade civil com a ausência de dano, todavia dano assume papel fundamental na matéria de responsabilidade civil, se dividindo em

⁴⁹Ibidem. p. 67.

⁵⁰BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 30 maio 2020

⁵¹TARTUCE. Op. cit. 493.

⁵²FILHO. Op. cit., p. 100.

⁵³Ibidem, p. 73.

⁵⁴TARTUCE, op. cit., p. 747.

danos clássicos ou tradicionais e os danos novos ou contemporâneos na seara jurídica brasileira.

Destarte, cabe apontar importante enunciado de número 456 da V jornada de Direito Civil, no ano de 2011, que diz “A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas⁵⁵”.

Em Danos Clássicos, temos o dano patrimonial ou dano material, e pode-se dizer, toda vez que o dano acarretar a perda ou deterioração total ou parcial do bem da vítima, ou de seu patrimônio, nesta posição estaremos diante de dano patrimonial, podendo ser corpóreo ou incorpóreo. É um dano suscetível de apreciação pecuniária.

O dano patrimonial se subdivide em lucro cessante e dano emergente. Quando o dano produzir efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima, sendo tudo aquilo que a vítima perdeu em decorrência do ato ilícito, surge então o dano emergente. Neste caso a indenização será para restituir a perda. No lucro cessante, além do ilícito produzir efeitos diretos e imediatos poderá também produzir efeitos mediatos ou futuros, como por exemplo, uma pessoa que trabalha e por consequência de um acidente fica impossibilitado de trabalhar por alguns meses, e durante esses meses deverá ser indenizado pelo que deixou de ganhar.⁵⁶

O dano moral por sua vez, não é passível de valoração pecuniária. Com o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa Carta Maior, pois temos como base os valores morais de toda pessoa humana, como um direito personalíssimo garantido constitucionalmente. Levando em consideração todos os direitos inerentes a dignidade, tais como, o direito à honra, à intimidade, à privacidade, à liberdade, ao nome, todos são relativos ao direito da pessoa humana.

Estaremos diante do dano moral quando houver uma agressão à dignidade da pessoa. Como dito anteriormente, o dano moral não pode ser mensurado, não podemos atribuir valor pecuniário, mais sim, uma compensação pelo dano sofrido, sendo estes, ocorridos na esfera moral. É uma proteção dada por nossa Carta Magna.⁵⁷

Já no tocante aos danos novos ou contemporâneos⁵⁸, teremos os danos estéticos, que a doutrina trata como modalidade separada de dano extrapatrimonial, os danos morais coletivos, que atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, onde as vítimas são determinadas ou determináveis, o que por este motivo, deve-se destinar a

⁵⁵ BRASIL. **Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403> Acesso em: 03 mai. 2020.

⁵⁶TARTUCE. Op. cit., p.73.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO. Op. cit., p.73.

⁵⁸ TARTUCE. Op. cit., p. 748.

indenização para as vítimas, os danos sociais, onde se propõe uma nova modalidade, que compreendem em lesões à sociedade, no seu nível de vida, seja por rebaixamento de seu patrimônio moral, quanto pela diminuição na qualidade de vida⁵⁹. E por derradeiro os danos por perda de uma chance, que é o alvo do presente trabalho, ao qual falaremos adiante.

3. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE CLASSICA.

Podemos entender que o significado do termo *chance*, em sentido jurídico, trata-se da probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.

No entanto, em nosso dicionário de língua portuguesa, significa *oportunidade*, ocasião. Porém a doutrina e jurisprudência utilizam a expressão perda de uma chance.

Ao logo dos tempos a perda de uma chance era ignorada pelo direito, visto que não era possível ter a certeza de que, pelo o ato do ofensor a vítima não alcançaria a vantagem obtida, o dano era ignorado. Através de sua evolução, passou a defender o dano diverso do resultado final, pela perda de uma chance. O que defendia era a indenização pela perda da possibilidade da vantagem e não pela perda própria vantagem. No entanto, entendemos a diferença entre o resultado perdido e a possibilidade de tê-lo conseguido.⁶⁰

Nesse sentido começaram as diversas discussões sobre o tema na França, passando a conceder indenizações a título da perda de uma chance, contribuindo assim, para sua evolução. A França e a Itália passaram a reconhecer o dano independente do resultado final, porém devendo ser a chance seria e real. Lembrando ainda, que a probabilidade esperada deve ser superior a 50%(cinquenta por cento).⁶¹

Entretanto, assim como a teoria vem sendo aplicada na Itália, segue no Brasil nos mesmos moldes. Nossos tribunais quando diante de casos concretos, vem reconhecendo o valor patrimonial da perda de chance por si só considerada, reconhecendo o dano diverso da perda da vantagem esperada e a doutrina da mesma forma, admite o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que seja séria e real, que da qual a vítima deixe de concorrer a uma situação futura.

Hoje é possível conhecer o dano, melhor dizendo, visualizá-lo independente do resultado final.

Para Sergio Cavalieri, a chance perdida deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante do fato consumado e não uma mera hipótese, aplicando-se aqui o

⁵⁹ Ibidem, p.785.

⁶⁰ Ibidem, p. 3;

⁶¹Ibidem, p. 3

princípio da razoabilidade, que será avaliada a cada caso em concreto, por não se tratar de uma eventualidade, uma possibilidade aleatória, para que não venha premiar os oportunistas.⁶²

De acordo com Farias e Rosenvald⁶³, a responsabilidade civil por perda de uma chance tem um dano autônomo representado pelas chances perdidas, flexibilizando, assim, a afirmativa tradicional de que o dano para ser indenizável deve ser direto e imediato, posto que o dano indenizável é a destruição de uma possibilidade de ganho que apresenta contornos de plausibilidade e razoabilidade.⁶⁴ Farias e Rosenvald, ressaltam que as chances não equivalem a expectativas subjetivas, mas a uma expectativa legítima devendo para isso ter “o processo que conduz a ela já tenha deflagrado. Caso contrário, ficamos no campo dos danos hipotéticos⁶⁵”.

A perda de uma chance, de acordo com a doutrina, é uma modalidade de dano autônomo, independente e específico, decorrente da frustração ou subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitabilidade de um prejuízo. A chance está relacionada a um resultado futuro, que em decorrência do ato do agente, não se concretiza, quer fosse bom ou ruim. Em que pese à oportunidade perdida ser incerta, mas existente, a perda da chance em desfrutá-la é certa.⁶⁶ Nesse sentido, para gerar o dever de indenizar a chance tem que ser SÉRIA e REAL, ou como prefere Rosenvald, efetiva⁶⁷. Assim, perdida essa oportunidade, ou seja, a chance séria e efetiva tem-se o dano que é certo, portanto, passível de indenização.⁶⁸

De outro norte, no que se refere ao valor da indenização por perda de uma chance adota-se, de acordo com Farias e Rosenvald, demanda um recurso de estatística ou de prognóstico para se alcançar o resultado de modo a calcular o valor econômico da chance⁶⁹, ou seja, “principiará do dano final para aplicar sobre ele a indenização correspondente ao percentual de possibilidade de obtenção do desfecho útil esperado”,⁷⁰ representando um montante menor do que a vantagem não alcançada.

Nesse sentido julgou o STJ no caso paradigmático denominado Show do Milhão, REsp.788.459/BA⁷¹, onde a perda de uma chance foi estimada em 25% da vantagem.

⁶²CAVALIERI FILHO.Op. cit., p.77.

⁶³ FARIAS;ROSENVOLD;NETTO. Op. cit., p. 294.

⁶⁴Ibidem, p.295.

⁶⁵Ibidem, p. 293.

⁶⁶ Ibidem, p.295.

⁶⁷ Ibidem, p. 293.

⁶⁸ GLAGLIANO;PAMPLONA. Op. cit., p.4.

⁶⁹ FARIAS;ROSENVOLD;NETTO. Op. cit.296.

⁷⁰ Ibidem, p. 296.

⁷¹ “Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição

3.1. DISTINÇÃO ENTRE A PERDA DE UMA CHANCE, DANO EMERGENTE, LUCRO CESSANTE E DANO MORAL

Devemos visualizar que, a perda de uma chance não se confunde com dano emergente, nem com dano moral, tampouco com lucro cessante, muito embora alguns doutrinadores façam essa confusão, ou até mesmo a jurisprudência, visto que, o dano emergente nada mais é que a diminuição imediata ao patrimônio da vítima que ocorre devido ato ilícito de forma direta e imediata, ou seja, caracteriza-se pela perda que a vítima sofreu de forma efetiva.

Para melhor entendermos, ocorrendo um acidente de veículo automotor, que a vítima perde seu automóvel como perda total no acidente, o dano é o valor integral do veículo, se ocorreu de forma parcial, melhor dizendo perda parcial, o dano emergente será o concerto do veículo. Já o lucro cessante, o ato produz efeitos mediatos ou futuros, que através deste reduz ganhos, impede lucros, ou seja, a consequência é futura, é o que a vítima deixa de auferir devido fato ocorrido. Podemos citar como exemplo, uma pessoa em decorrência de um acidente, deixa de auferir rendas por questão de não poder exercer sua atividade laborativa, esta deverá ser indenizada no período em que deixou de ganhar. Neste caso ocorre também a diminuição do patrimônio, a perda de um lucro esperado por parte da vítima, nada impede que ocorra o dano emergente e o lucro cessante ao mesmo tempo.⁷²

O dano moral por sua vez, ocorrerá toda vez que a vítima vier sofrer de forma subjetiva, como agressão a dignidade da pessoa humana, tendo sua previsão em nossa Carta Maior, bem como a atribuição de outros princípios consagrados no diploma supracitado. Não tem como valorar ou atribuir preço ao dano moral, pois atinge a dignidade da pessoa humana, que está como base dos valores morais, sendo estes a essência dos direitos personalíssimos e fundamento central dos direitos humano. Nada impede que o dano moral venha ocorrer sem abalo psíquico, independe da capacidade intelectual da vítima. Pode ocorrer com dor e sofrimento, vexame, como também sem, basta que haja violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e sendo este um direito inerente a toda pessoa humana.⁷³

Podemos assim visualizar, que não dá para confundir os institutos em tela, visto que, a perda de uma chance trata de uma probabilidade, oportunidade, e não de certeza, pois os institutos acima mencionados tratam de certezas e não de probabilidade ou possibilidade

Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.” (BRASIL. STJ, **REsp.788.459/BA**, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.8.11.05, DJU 13.3.06, p.334)

⁷²CAVALIERI FILHO. Op. cit., p.74.

⁷³Idem, *ibidem*. p.81.

3.2. PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIDA

A perda de uma chance de cura ou sobrevida é um desdobramento da teoria da perda de uma chance de se evitar um prejuízo que se distingue da teoria de uma chance clássica. De acordo com Farias e Rosenvald

Enquanto na teoria da perda de uma chance clássica o fato antijurídico interrompeu um processo em curso e o possível dano resulta desta interrupção, no caso da perda da chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo não foi interrompido, quando poderia tê-lo sido. As chances não dizem respeito a algo que poderia vir acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado.⁷⁴

Como se verifica trata-se da frustração da oportunidade de se evitar um dano que efetivamente aconteceu ou aconteceria, sendo imprescindível que já esteja em curso que levou ao dano e que houve a oportunidade desse processo ser interrompido por certa atuação.⁷⁵ Nos casos de atividade médica “a indenização será determinada pela perda de uma chance séria e real de obtenção favorável no tratamento e não precisamente pelo dano sofrido”, ou seja, essa teoria deve ser aplicada sempre que o paciente tenha frustrada, por atuação médica, uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico ou lhe der chances de cura ou qualidade na sobrevida.

No tocante ao reconhecimento e aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, podemos citar julgado paradigmático REsp 1.254.141-PR do STJ, que confirma a aplicabilidade da respectiva teoria como critério para apurar a responsabilidade civil resultante de erro médico nos casos em que haja a redução ou cerceado a oportunidade concreta e real de cura, e mesmo até, evolução para o falecimento, em razão de tratamento inadequado prestado por médico⁷⁶.

⁷⁴FARIAS;ROSENVALS;NETO. Op. cit., 300.

⁷⁵Ibidem, p. 298.

⁷⁶ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCASIONADA POR ERRO MÉDICO. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se

Podemos visualizar no entendimento do STJ que nas hipóteses as quais não se podem apurar a responsabilidade direta do agente pelo resultado final, o médico pode responder pela chance privada ao paciente. E, sendo concretas e reais as chances em si observadas a elevada possibilidade de lograr êxito ou evitar prejuízo, considera-se bem autônomo e plenamente apto a ser reparado.⁷⁷ Ademais, no que se refere ao valor da indenização o STJ, no Resp 1.254.141 – PR, entendeu que

Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima.⁷⁸

Importante citar, ainda, o REsp 1.291.247-RJ, de relatoria Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/08/2014, que reconheceu o direito de uma criança em sua tenra idade a ser indenizada, protegendo dessa forma o irrestrito direitos da sua personalidade, que com base na teoria da perda de uma chance, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais para coletar o material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias, o que a fez perder oportunidade futura de tratamento.

aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. (BRASIL. STJ. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012).

⁷⁷ A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente” (BRASIL. STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy

Andrighi, j.04.12.2012, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270513%27> Acesso em: 03 mai. 2020)

⁷⁸ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. (BRASIL. STJ. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.)

3.2.1. Da distinção entre responsabilidade civil por erro médico clássico e responsabilidade civil por perda de uma chance.

É oportuno citar, a título de conhecimento, a Resolução CFM Nº 1931/2009⁷⁹, que aprovou o Código de Ética Médica, que trata do erro médico clássico em seu artigo 29 que conceituando como a prática de “atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Para responsabilização do médico, como profissional liberal, por erro médico necessário se faz além da prova do nexo de causalidade direta e imediata da conduta com o dano, a prova da culpa, uma vez se tratar de responsabilidade civil subjetiva, conforme disposto no artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código Civil de 2002 que em seu artigo 951, que regulamenta como subjetiva a responsabilidade civil dos profissionais liberais, assim também os da área da saúde. Cumpre salientar nesta oportunidade, o entendimento majoritário, que excetua o profissional da saúde que assume uma obrigação de resultado, a exemplo do médico cirurgião plástico estético, o qual tem a responsabilidade objetiva.⁸⁰

É pacífico pela doutrina que a relação obrigacional do médico, em geral, da mesma forma que o advogado, trata-se de obrigação de meio, vez que tais profissionais devem regular suas atividades em conformidade com as mais adequadas regras técnicas e científicas, sem, contudo, garantir o resultado de sua atuação.⁸¹

Falando em obrigação, vale lembrar que, devemos levar em consideração seus respectivos tipos, onde teremos a obrigação de meio e a de resultado. A obrigação de meio de acordo com Maria Helena Diniz, no 2º volume de seu curso de Direito Civil Brasileiro, “é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo se desvincular a obtê-lo”⁸².

Já a obrigação de resultado, também definida por Maria Helena Diniz, em mesma obra acima referenciada, “A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional”.⁸³

⁷⁹BRASIL. Resolução 1.931, de 2009- Aprova o **Código de Ética Médica**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Alterada pela Resolução CFM nº 1997/2012.

⁸⁰TARTUCE. Op. cit., p. 803

⁸¹GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. Op. cit. p.296.

⁸²DINIZ, Op. cit., p.193.

⁸³ DINIZ. Op. cit., p.194

De outro norte, a responsabilidade do médico pela teoria da perda de uma chance de vida ou sobrevivência não pode se confundir com a responsabilidade civil por erro médico clássico, em que pese ser uma espécie do gênero erro médico clássico. Isto porque na perda de uma chance de se evitar um prejuízo o dano sofrido o evento morte ou lesão corporal não está vinculado direta e imediatamente a conduta do médico, como está no erro médico clássico. Na perda de uma chance o resultado gravoso, a princípio, é resultado da doença cuja cura ou atenuação poderia ter sido atingida se a terapia adequada fosse utilizada e surtisse efeito.

5. CONCLUSÃO

Observou-se que em regra a responsabilidade civil do médico, como profissional, liberal é subjetiva, sendo necessária, além da prova do nexo de causalidade direta e imediata da conduta com o dano, a prova da culpa, exteriorizada pela negligência, imprudência e imperícia, conforme dispõe os artigos 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor e 951 do Código Civil de 2002, excetuando-se dessa regra o profissional da saúde que assume uma obrigação de resultado, a exemplo do médico cirurgião plástico estético, o qual tem a responsabilidade objetiva. Que tanto no erro médico clássico, quanto na perda de uma chance de cura ou sobrevida, essa regra é aplicada, permanecendo o entendimento de que ao profissional liberal de saúde a sua responsabilidade civil é subjetiva.

Observou-se, ainda, que a perda de uma chance de vida ou sobrevida não se confunde com erro médico, em que pese ser posto que na perda de uma chance de se evitar um prejuízo o dano sofrido o evento morte ou lesão corporal não está vinculado direta e imediatamente a conduta do médico, como está no erro médico clássico. Na perda de uma chance o resultado gravoso, a princípio, é resultado da doença cuja cura ou atenuação poderia ter sido atingida se a terapia adequada fosse utilizada e surtisse efeito.

Verificou-se que perda de uma chance de vida ou sobrevida se refere a falta ou frustração do tratamento terapêutico adequado e que a frustração de um tratamento não pode ser confundida com dano emergente e tampouco com lucro cessante, visto que o alvo em análise no presente trabalho demonstrou a possibilidade da perda de uma oportunidade de cura ou de evitar uma morte inesperada. Dito isto, busca-se reparar a possibilidade perdida, não o dano final como um todo.

Observou-se que a teoria da perda de uma chance de se evitar um prejuízo, na qual se enquadra a perda de uma chance de cura ou sobrevida, se diferencia da teoria da perda de uma chance clássica, uma vez que nesta o fato antijurídico interrompe um processo em curso e o possível dano resulta desta interrupção, enquanto que naquela o dano surge pelo fato do processo danoso não ser interrompido pelo médico, quando poderia ter sido.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: dano social. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 5, v. 19, jul/set 2004.

BRASIL. **Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

BRASIL. **Resolução 1.931, de 2009**- Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Alterada pela Resolução CFM nº 1997/2012.

BRASIL. STJ, **REsp 1.254.141/PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270513%27>.

BRASIL. STJ. **REsp.788.459/BA**, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.8.11.05, DJU 13.3.06.

BRASIL.CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **IV Jornada de Direito Civil. 2016**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: **Responsabilidade Civil**. In: – 4. Ed.. rev. e atual. – Salvador. Ed. Juspodivum, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2010.

FIORAVANTI, Carlos. **Um diagnóstico do erro médico**. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/01/02/um-diagnostico-do-erro-medico/>

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, v. 3: **Responsabilidade Civil**. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO; Pablo Stolze; GAGLIANO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. III. Responsabilidade Civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 51.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 4: **Responsabilidade Civil**. 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

NETO, D.C. **Erro Médico no estado de Rondônia**: uma realidade nacional. Revista Eletrônica Acervo Saúde. V. n. 11, p. 1-7. Maio 2019. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/268>

PEREIRA, Caio Mário da Silva **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo TEPEDINO. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Punitivedamages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil**. In: Responsabilidade Civil. Coordenação: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. São Paulo: **Escola Paulista da Magistratura**, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2018.