

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

ANA PAULA PETZOLDT

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA
POR ERRO MÉDICO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR**

CRICIÚMA

2017

ANA PAULA PETZOLDT

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA
POR ERRO MÉDICO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141PR**

Monografia de Conclusão de Curso,
apresentada para obtenção do grau de
bacharel, no curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof.. Pós-Doutor Gustavo Silveira
Borges

CRICIÚMA

2017

ANA PAULA PETZOLDT

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA
POR ERRO MÉDICO: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR**

Monografia de Conclusão de Curso, aprovada
pela Banca Examinadora para obtenção do
grau de bacharel, no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,

Criciúma, 27 junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gustavo Silveira Borges – Pós-Doutor - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC) - Orientador

Profa. Mônica Sampaio Rodrigues Serrano - Especialista - (Universidade do Extremo
Sul Catarinense - UNESC)

Prof. Israel Rocha Alves - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

**Ao meu filho, Davi, razão da minha vida e
que me faz seguir em frente.**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelo dom da vida.

Em segundo lugar, agradeço ao meu esposo Rafael e meu filho Davi, pela compreensão nos momentos de ausência e apoio incondicional no decorrer de toda minha vida acadêmica, da qual ambos fizeram parte.

Não menos importante, minha mãe, Vania, e minhas irmãs, Julia e Maria Luiza, por serem o meu alicerce.

A todo o corpo docente do curso de Direito da UNESC, pois foi no decorrer desta graduação que encontrei o caminho que realmente desejo seguir.

Por fim, agradeço ao meu orientador Gustavo, por toda a cobrança e atenção que me foi dispensada durante o desenvolvimento deste trabalho.

“Tudo o que um sonho precisa para ser realizado é alguém que acredite que ele possa ser realizado.”

Roberto Shinyashiki

RESUMO

A teoria da perda de uma chance, embora não prevista expressamente pela legislação pátria, possui aplicabilidade no Direito brasileiro ratificada pelo entendimento jurisprudencial dominante. O que se busca com o presente estudo é abordar teoria da perda de uma chance especificamente em relação à seara médica. O objetivo é o de analisar a responsabilidade do profissional de medicina em caso de erro que impossibilite a cura ou a sobrevivência com qualidade do paciente. Para que tal fim seja alcançado, abordam-se temas que vão desde a responsabilidade civil, passando-se pelos meandros da atividade médica e alcançando-se a teoria perda de uma chance propriamente dita. Foi realizada pesquisa doutrinária qualitativa e técnico-bibliográfica, bem como análise jurisprudencial sobre o assunto em tela. O trabalho propõe a análise da obrigação reparatória por parte de profissional de medicina que realize atos contrários à norma e à boa prática que lhe é exigida, tendo sido observado, ao final, que a teoria da perda de uma chance na esfera médica torna-se uma possibilidade de reparação civil autônoma, por conta de um erro que impossibilitou a chance de cura ou de sobrevivência.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. Erro médico.

ABSTRACT

The theory of the loss of a chance, although not expressly foreseen by the national legislation, has applicability in Brazilian law ratified by the dominant jurisprudential understanding. The aim of this study is to approach that institute specifically in relation to the medical field. The objective, more specifically, is to analyze the responsibility of the medical professional in case of an error that makes it impossible to cure or to survive with quality of the patient. For this purpose to be achieved, topics ranging from civil liability, going through the intricacies of medical activity and reaching the theory loss of a proper chance. Qualitative and technical-bibliographical doctrinal research was carried out, as well as jurisprudential analysis on the subject. The work proposes the analysis of the reparatory obligation by a medical professional who performs acts contrary to the norm and to the good practice that is demanded of him, having been observed, in the end, that the theory of the loss of a chance in the medical sphere becomes A possibility of autonomous civil reparation, due to an error that prevented the chance of cure or survival.

Keywords: *Civil liability. Theory of the loss of a chance. Medical error.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 PRESSUPOSTOS.....	13
2.2.1 Ação e omissão	13
2.2.2 Culpa e dolo	14
2.2.3 Dano	15
2.2.4 Nexo de causalidade	16
2.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.3.1 Objetiva e subjetiva.....	17
2.3.2 Contratual e extracontratual.....	19
2.4 AS EXCLUDENTES	20
2.4.1 Estado de necessidade.....	20
2.4.2 Legítima defesa	21
2.4.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.....	22
2.4.4 Caso fortuito ou força maior	23
2.4.5 Culpa exclusiva da vítima.....	23
2.4.6 Fato de terceiro	24
2.4.7 Cláusula de não indenizar	24
2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	25
2.5.1 A teoria da perda de uma chance: definição e aspectos jurídicos	25
2.5.2 A responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro	27
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	30
3.1 HISTÓRICO E CONCEITO DA ATIVIDADE MÉDICA	30
3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	31
3.2.1 Teoria do Mandato.....	32
3.2.2 Teoria do contrato inominado.....	33
3.2.3 Teoria do arrendamento de serviço.....	33
3.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO	34
3.4 DOS DIREITOS E DEVERES JURÍDICOS DOS SUJEITOS.....	35
3.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	39

3.5.1 Erro médico, erro profissional e culpa médica.....	40
3.5.2 Do diagnóstico e possível erro	41
3.5.3 A responsabilização do profissional de medicina: requisitos legais	44
3.5.4 Excludentes da responsabilização médica.....	44
3.6. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	45
4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA E DE SOBREVIVÊNCIA NA SEARA MÉDICA E A ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR .	48
4.1 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA	48
4.2 O RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR: DADOS FUNDAMENTAIS	51
4.3 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO CASO	53
4.4 A ANÁLISE DO JULGADO.....	55
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59
ANEXO	62
ANEXO A – Recurso Especial nº. 1.254.141/PR	63

1 INTRODUÇÃO

A teoria da responsabilidade pela perda de uma chance é o instituto por meio do qual se analisa o dever de reparar um dano advindo de erro que impediu a obtenção de um resultado almejado, desde que sério, concreto e real. No que diz respeito à área médica, é mais enfaticamente tratando, a responsabilização do profissional que, por agir de forma equivocada e contrária às normas gerais da medicina, impede que paciente obtenha a cura de uma doença ou ao menos alcance sobrevida com qualidade.

O tema, nada obstante relativamente novo e de aplicabilidade ainda tímida no direito pátrio, possui características próprias e bem delineadas. Sua perfectibilização depende da conjunção de vários pressupostos, tais como a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente, a existência de um dano concreto e o nexo de causalidade entre eles. De forma geral, buscar-se-á com a pesquisa delimitar tais pormenores e, ainda, permitir que se entenda como se dá a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, mormente em razão de sua crescente importância quando o assunto é a responsabilidade civil. Será tratada, também, a possibilidade de responsabilização do médico por erro de diagnóstico, assim como em virtude de tratamento equivocado ou má avaliação do paciente.

O trabalho, além de conceituar os temas envolvidos, tais como a responsabilidade civil em si e a teoria da perda de uma chance propriamente dita, tem como objetivo estudar a atividade médica e a relação do profissional de medicina com o paciente e definir em quais casos é possível responsabilizar o profissional pela perda de uma chance.

Justifica-se a importância da matéria porque, em se tratando dos atos da vida civil, ninguém está isento de ser responsabilizado pela consequência de seus atos. Destarte, é de grande relevância o estudo para, considerando a atividade médica como necessária para a sociedade, destacar a conduta do profissional que porventura venha a agir com dolo ou culpa e exaurir as chances de recuperação de um paciente.

O trabalho dividir-se-á em três capítulos. No primeiro, será abordada a responsabilidade civil, adentrando em seu conceito, suas características próprias e as espécies existentes, além das causas que excluem o dever de reparar eventual dano causado. No segundo, será aprofundada a atividade médica como um todo,

explicando-se os direitos e deveres das partes envolvidas na relação e o modo como devem agir desde o diagnóstico até o fim do tratamento. Ainda, haverá abordagem sobre os tipos de erros médicos arrolados pela doutrina. Por fim, o terceiro capítulo servirá para a análise de caso concreto em que o Superior Tribunal de Justiça deliberou a respeito da aplicabilidade prática da teoria da perda de uma chance em razão de erro médico.

Sob tal prisma é que se desenvolverá o trabalho.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Iniciar-se o trabalho tratando acerca da responsabilidade civil é a forma mais adequada para estruturar o entendimento e tornar possível a compreensão da aplicação do instituto no tema proposto. Desta forma, será estudada em princípio sua conceituação e, posteriormente, será desenvolvido o tema desde as espécies existentes até as excludentes de responsabilização do agente.

2.1 CONCEITO

Para que se possa compreender o assunto em tela, que é de vital importância para o desenvolvimento do estudo, conceitua-se desde logo a responsabilidade civil.

A respeito do conceito, colhe-se da doutrina de Cavalieri Filho que o objetivo principal do Direito é a preservação do que é lícito e a repressão do que é ilícito. Enquanto a ordem jurídica está empenhada em resguardar aquele que vive de acordo com as normas jurídicas, simultaneamente reprime a conduta de quem a contraria. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.13). De acordo com Savi: “Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo”. (SAVI, 2007, p.1). Sendo assim, para que seja possível caracterizar a responsabilidade civil, basta que haja uma conduta que vá de encontro a uma obrigação jurídica, desde que tal conduta seja voluntária, lícita ou ilícita e que traga dano a outra pessoa. (GONÇALVES, 2014, p.66).

A responsabilidade civil, portanto, nada mais é do que a obrigação de reparar um dano causado a terceiro, sendo que para o reconhecimento de tal obrigação é imprescindível a presença de certos pressupostos, os quais serão posteriormente elencados.

No Código Civil, assim como em outras normas esparsas, existem dispositivos que tratam da responsabilidade civil e que correspondem às obrigações provenientes do comportamento da pessoa. (RIZZARDO, 2013, p.23).

Ainda que eventual ato lícito possa causar dano a outrem, a obrigação de repará-lo somente existirá se a conduta for ilícita. Os artigos 186 e 187 do aludido Código especificam o que é ato ilícito, enquanto o artigo 927 do referido código,

aborda a obrigação de reparação do dano, ou seja, tratam especificamente de responsabilidade civil. Aludem os art. 186, 187 e 927 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2017a).

Art. 187. 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. (BRASIL, 2017a).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2017a).

Portanto, uma vez esclarecidos tais pontos, segue-se às condições que devem ser preenchidas para que reconheça como caracterizado o instituto da responsabilidade civil, ocasionando o dever de indenizar.

2.2 PRESSUPOSTOS

Para melhor conhecimento acerca da responsabilidade civil, serão analisados os pressupostos para reconhecimento do dever de indenizar. Estudar-se-á, um a um, os institutos da ação e omissão, da culpa e do dolo, além do nexo de causalidade e do dano.

2.2.1 Ação e omissão

O primeiro dos pressupostos imprescindível à análise da responsabilidade civil é a ação ou omissão do agente.

Para a devida compreensão no que tange à ação e omissão, Stoco afirma que estas são o início da responsabilidade civil. (STOCO, 2013, p.178).

Conforme se extrai da doutrina de Cavalieri, o termo ação, em sentido amplo, por vezes é tido exclusivamente como uma conduta ou comportamento, o que constitui pensamento equivocado, já que a terminologia abrange tanto a ideia de ação em sentido estrito e propriamente dita quanto a própria omissão. O referido autor leciona, de forma mais destacada, que ação pode ser entendida como uma

manifestação de um comportamento humano que venha a produzir consequências jurídicas, seja ela comissiva ou omissiva. Ato comissivo é compreendido como o comportamento positivo que acarreta no desaparecimento de coisa alheia, enquanto conduta omissiva é entendida como o fato de não se evitar agir de forma errada. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.38). Já, nas palavras de Diniz, ato omissivo trata-se da não observância a um dever de agir ou, ainda, é caracterizado quando se deixa de praticar certo ato que deveria ocorrer. Já a comissão, é o fato de se praticar algo que não deveria ter acontecido. (DINIZ, 2014, p.56). Gonçalves trata ainda, sobre a omissão, como sendo a obrigação de agir do sujeito em determinada situação e, ao deixar de fazê-lo, o dano não pode ser evitado. Pode a lei ainda, impor o dever de não se omitir, além do dever de guarda, custódia e vigilância. (GONÇALVES, 2014, p.71).

Resta demonstrado que uma ação ou omissão individual, pode acarretar indenização sempre que demonstrada a violação da lei, de um contrato ou conduta social. (RODRIGUES, 2008, p.19).

Assim, denota-se que a ação, de forma estrita, é tida como a prática de um ato ilícito que cause dano a outrem (conduta comissiva), enquanto a omissão é a escusa do agente a praticar algo que evite dano. No entanto, em sentido amplo o termo ação engloba ambos os institutos.

Vencida esta etapa, deve-se analisar o segundo pressuposto, que é a culpa e/ou dolo do indivíduo que pratica ação contrária à lei.

2.2.2 Culpa e dolo

Culpa e dolo, por óbvio, não se confundem. A obrigação de reparar um dano pode ter como nascedouro tanto um quanto outro instituto.

O dolo surge de uma conduta ilícita que envolve a consumação da vontade e o intuito de causar dano. Já a culpa, decorre da atitude que o agente toma, desviando-se da norma legal e tornando a situação ilícita. Para Cavalieri Filho: “Há no dolo conduta intencional dirigida a um resultado ilícito. Dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.45-46). Enquanto na culpa, o referido autor afirma que há o dever objetivo do cuidado, devendo ter o agente cuidado necessário para não produzir resultado lesivo. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.47).

A culpa, em sentido estrito, pode ser traduzida como um comportamento equivocado, onde não há intenção de lesar ou violar um direito, mas tal comportamento poderia ter sido diferente para que o erro não ocorresse. (STOCO, 2013, p.179).

É certo que independentemente da distinção que exista entre culpa e dolo, ambas ensejam reparação. (RODRIGUES, 2008, p.147). Como salientado, sem que haja conduta dolosa ou culposa é inviável caracterizar a responsabilidade civil. De toda sorte, para que se reconheça dever de reparação, além dos pressupostos até então arrolados, a ação ou omissão, seja dolosa ou culposa, deve produzir um dano.

2.2.3 Dano

O dano, que compõe o terceiro dos quatro requisitos legais a serem observados para que se reconheça como presente a responsabilidade civil, nada mais é do que a consequência lesiva de um ato (em sentido amplo, ou seja, compreendido tanto como comissivo quanto como omissivo).

Dano pode ser caracterizado através da expressão “prejuízo” e pode ser individual ou coletivo e de natureza econômica ou não. É o resultado de um fato contrário às normas legais que atinja bem juridicamente tutelado de outrem. (NORONHA, 2013, p.497). No mesmo sentido, é também conceituado por Gagliano e Pamplona Filho como sendo uma lesão a um interesse juridicamente tutelado, seja ele patrimonial ou não, e venha a ser causado por uma ação ou omissão do agente. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014, p.82).

Outro não é o entendimento de Cavalieri Filho, que o define como uma lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, independentemente de sua natureza, surgindo aí as espécies de dano moral e patrimonial. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.80).

Não bastassem os esclarecedores conceitos já apresentados, a definição dada por Diniz traduz dano como a lesão sofrida por uma pessoa, contrária à sua vontade e que transgrida qualquer interesse jurídico, patrimonial ou moral. (DINIZ, 2014, p.80). Ferreira explica que dano é: “1. Mal ou ofensa pessoa. 2. Prejuízo que sofre quem tem seus bens deteriorados ou inutilizados. 3. Estrago, deterioração”. (FERREIRA, 2010, p.217). Não resta, então, dúvida quanto a sua definição.

Para que incida responsabilidade civil, é imprescindível que o dano seja proveniente de uma lesão antijurídica. No mais, o dano só existe se houver um ato ou fato antijurídico. (NORONHA, 2013, p.497). No mesmo entendimento, Diniz disserta que não existe responsabilidade civil sem que haja dano a um bem jurídico. Para tanto, é indispensável a comprovação real e concreta da lesão causada a vítima. (DINIZ, 2014, p.77).

O dano é um pressuposto da responsabilidade civil que leva à indenização, porém, esta somente ocorrerá quando existir prejuízo. (DINIZ, 2014, p.77).

As modalidades de dano expostas por Cavalieri Filho são: material ou patrimonial e moral ou extrapatrimonial. Na perspectiva deste doutrinador, são estas as modalidades tradicionais, seguras e corretas para aplicação. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.93). Assim sendo, o dano é um ato ilícito e que causa lesão a outrem, ensejando reparação. Pode, ainda, ser dividido em dois tipos: os materiais ou patrimoniais, e os morais ou extrapatrimoniais. Ademais, os pressupostos precisam estar interligados para que o agente seja responsabilizado.

O último dos pressupostos é o nexo de causalidade. Ora, o resultado lesivo deve sobrevir da ação do sujeito, seja com dolo ou culpa, para que haja dever de indenizar/reparar. Ato e resultado devem, portanto, estar interligados. É o que passa a ver de forma mais aprofundada.

2.2.4 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é considerado parte indispensável seja qual for a modalidade de responsabilidade civil, como antes asseverado.

Venosa define o nexo de causalidade como nexo etiológico ou também como relação de causalidade derivada das leis. Nada mais é do que a união de conduta e dano. (VENOSA, 2013, p.54). Cavalieri Filho, por sua vez, trata como sendo o elemento de referência entre a conduta e o resultado, sendo possível concluir quem causou o dano. Garante ainda, que pode existir responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem nexo de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p.67). Conforme Diniz, nexo causal, no mesmo sentido, é o elo entre o prejuízo e a ação, considerando que o fato derive de uma ação, podendo ser ela direta ou com seus danos prováveis. (DINIZ, 24, p.131). A reparação civil está

sujeita à comprovação do nexo de causalidade com a ação ou omissão do agente causador do dano. (RODRIGUES, 2008, p.17). Rodrigues sustenta a importância entre o nexo causal, o ato e o prejuízo causado para que enseje indenização. Sem isso, não há a obrigação de reparação. (RODRIGUES, 2008, p.163). Como visto, o nexo causal é o elo entre o ato e a consequência experimentada por quem sofre o prejuízo. Sem ele, não se pode responsabilizar o agente por conta do dano existente.

Ultrapassada a questão atinente aos pressupostos de caracterização da responsabilidade civil (tida como o dever de reparar um dano causado indevidamente a terceiro), viu-se que se tratam da união de quatro pilas. São elas: 1) a ação ou omissão; 2) o dolo ou a culpa; 3) o dano; e 4) o nexo de causalidade.

Após entender-se o que é e como se caracteriza, há que explicar que a responsabilidade civil não se limita a uma espécie, mas sim que se divide em dois grandes blocos que merecem grande atenção. Segue-se neste sentido.

2.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que seja possível o pleno entendimento da responsabilidade civil, é necessário o conhecimento de sua classificação. Para tanto, as diferenças e características de cada espécie serão elencadas a seguir.

2.3.1 Objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil pode ser dividida, num primeiro momento, em objetiva ou subjetiva.

Conforme colaciona Coelho, a responsabilidade civil subjetiva tem por base a resposta do indivíduo pelo ato ilícito onde a culpa por conta do evento danoso é analisada. Já na responsabilidade civil objetiva, o que deve se considerar não é o ato ilícito, mas sim o fato, que independe se há ou não culpa. (COELHO, 2010, p.69). O princípio da culpa é o que prevalece na responsabilidade subjetiva, enquanto é predominante na objetiva o princípio do risco. (NORONHA, 2013, p.508).

Considerando a teoria da responsabilidade subjetiva, só será atribuída culpa àquele que, podendo ter evitado, ainda assim praticou o ato culposos. No que

tange à responsabilidade objetiva, a obrigação de reparar o dano advém da prática ou da ocorrência do fato. Ela surge em decorrência de um ato ilícito, pressupondo-se uma conduta antijurídica, não se admitindo questionamentos acerca da culpa. (RIZZARDO, 2013, p.25).

O pressuposto da culpa não existe na responsabilidade objetiva, isto porque é difícil configurá-la em determinadas situações e também porque algumas atividades, por sua própria natureza, não permitem condutas equivocadas. Trata-se da teoria do risco, ou da teoria do risco criado, se o agente causa dano resta configurada sua responsabilidade. Os demais pressupostos devem estar presentes. (RIZZARDO, 2013, p.32).

O ordenamento jurídico elenca cláusulas gerais de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

A cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva, nada mais é do que um direcionamento sobre a possibilidade de indenização. A referida cláusula surge da combinação dos artigos 186 e 927 (supracitados). Ou seja, quem comete ato ilícito, está obrigado a indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2013, p.7).

Além da cláusula geral de responsabilidade subjetiva, Cavaliere Filho destaca que o Código Civil elenca ainda três cláusulas gerais para a responsabilidade civil objetiva e denota a prevalência dessa tese no referido diploma.

A primeira cláusula está na combinação dos artigos 187 e 927 do Código Civil, definindo que abuso de direito é ato ilícito e se configura sempre que houver exercício do direito excedendo os limites da boa-fé e dos bons costumes. (CAVALIERI FILHO, 2013, p.7). A segunda cláusula pode ser encontrada no parágrafo único do artigo 927 do mesmo código, onde se destaca que há obrigação de reparar o dano causado independentemente de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2013, p.7). Já a terceira cláusula de responsabilidade civil é encontrada no artigo 931 do Código Civil: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” (BRASIL, 2017a).

A segunda vertente do instituto diz respeito à responsabilidade civil contratual e à extracontratual.

2.3.2 Contratual e extracontratual

Neste contexto, não se analisa a caracterização da responsabilidade em razão da necessidade ou não de prova da culpa, mas sim quanto à sua origem. A responsabilidade pode surgir de uma relação contratual ou extracontratual.

Aquele que viola um dever jurídico e que, por consequência, cause dano a outrem, está obrigado a indenizar. Essa obrigação pode derivar de uma relação jurídica preexistente ou, ainda, pode ser gerada por conta de uma obrigação imposta por preceito geral do direito, ou até mesmo pela própria lei. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.30).

Na primeira hipótese, como leciona Rizzardo, existe a violação de um dever contratual, já na segunda, a infração cometida é o descumprimento de um dever legal. (RIZZARDO, 2013, p.37).

Existindo contrato ou convenção entre as partes, onde estejam discriminados direitos e deveres de ambas, seu cumprimento torna-se obrigatório. Descumprindo algum dos deveres estabelecidos e desencadeando em prejuízo à outra parte, surge a obrigação de reparar. Já a reparação extracontratual é derivada de um ato ilícito ou de obrigação legal. Neste caso, a culpa é proveniente da transgressão das normas em si (RIZZARDO, 2013, p.37).

Cavaliere Filho segue dizendo que a responsabilidade civil, quando dividida em contratual e extracontratual, varia conforme a qualidade da violação. Existindo um vínculo obrigacional e sendo o dever de indenizar consequência do descumprimento, há que se falar em responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo. Porém, se esse dever advém de uma lesão a um direito subjetivo, sem preexistência de relação jurídica entre as partes, tem-se a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.30).

Após esclarecidas tais classificações, importa ressaltar, também, que em algumas hipóteses expressas em lei, mesmo que haja dano não há dever de reparar. São as excludentes de responsabilização.

2.4 AS EXCLUDENTES

De imensa valia destacar as hipóteses em que o ato, mesmo lesivo, não se constitui em ilícito e afasta direito da vítima quanto à reparação do prejuízo. O Código Civil dispõe em seu artigo 188, o seguinte:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2017a).

Os atos elencados no referido artigo são considerados como excludentes de responsabilidade e, ao serem verificados, a responsabilidade do agente resta inexistente e desconstituída. (VENOSA, 2013, p.55).

Rodrigues elenca como excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. A chamada cláusula de indenizar é excludente prevista em contratos, portanto, nem sempre estará nas cláusulas contratuais. (RODRIGUES, 2008, p.164).

Segue-se à análise individualizada de cada uma delas.

2.4.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade é a ofensa a um direito alheio para que seja removido perigo iminente, por conta de fatos que o tornaram estritamente necessário, desde que os limites para a remoção do perigo, não sejam excedidos. (DINIZ, 2014, p.67).

O artigo 188 do Código Civil, no seu inciso II, diz que, deterioração de coisa alheia ou lesão à outrem, para que seja removido perigo iminente, caracterizando assim, o estado de necessidade. No tocante, Rodrigues afirma que para que seja configurado o estado de necessidade, as circunstâncias devem torná-lo indispensável. A destruição ou degradação de coisa alheia, de pronto, configura ato ilícito, porque não se permite que ninguém o faça. Contudo, de maneira excepcional, a lei entende ser lícito o ato de deterioração ou destruição de

bem alheio, desde que o faça para evitar estrago maior e ainda, que as circunstâncias tornem o ato altamente necessário e não ultrapasse os limites para a remoção do perigo. (RODRIGUES, 2008, p.26).

Independentemente da licitude do ato perpetrado com o fim de repelir perigo iminente, o dever de indenizar subsistirá. O entendimento de Diniz não destoa:

A ação é lícita, mas nem sempre isenta o agente do dever de indenizar, a não ser que o dono da coisa destruída ou deteriorada seja o culpado da situação que gerou o estado de necessidade. O ato praticado no estado de necessidade tem por característica essencial o fato da vítima não ter provocado nem facilitado o próprio dano. (DINIZ, 2014, p.67).

Para que o estado de necessidade seja caracterizado, o perigo iminente deve estar comprovado e o prejuízo causado, não podendo ultrapassar os limites considerados necessários para que o perigo seja cessado.

2.4.2 Legítima defesa

Extrai-se do artigo 188, inciso I, do Código Civil, que não acarreta a responsabilização direta do indivíduo a prática de ato em legítima defesa de um direito seu ou de terceiro, ainda que daí resulte dano a outrem.

No ponto, salienta-se que a responsabilização não será direta porque caso ao exercer tal defesa se invada esfera de direitos de terceiro alheio à situação, haverá dever de indenizá-lo, cabendo, no entanto, o direito de ação regressiva contra o verdadeiro agressor, conforme se destaca da análise conjunta dos artigos 929 e 930, especialmente de seu parágrafo único, do Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. (BRASIL, 2017a).

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2017a).

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2017a).

De toda sorte, mesmo que no precitado código hajam tais previsões, a caracterização da legítima defesa depende do preenchimento de requisitos legais,

os quais compõem o próprio conceito do instituto. Tais pormenores, todavia, não estão previstos na lei civil, mas em legislação esparsa, mais precisamente no artigo 25 do Código Penal, segundo o qual: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 2017b).

Ainda, é importante ressaltar que o termo agressão não guarda pertinência apenas à esfera criminal, mas sim que se refere a qualquer ato contrário ao direito, o que torna cristalina sua aplicação também na esfera cível. Greco afirma que para incorrer legítima defesa é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em face de sua defesa ou na defesa de direitos de outro indivíduo. (GRECO, 2014, p.342).

Os citados requisitos são, de acordo com a letra da lei, a injusta agressão, desde que atual ou iminente, e a utilização, para repeli-la, de meios moderados. Obedecidos tais critérios, não há responsabilização direta do indivíduo que se encontrar em tal condição, o que torna a legítima defesa uma das excludentes de responsabilidade (balizada no direito de regresso).

2.4.3 Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

O estrito cumprimento do dever legal ocorre, segundo Stoco, quando há uma ação limitada de alguém para que se cumpra algo que lhe foi imposto. Refere-se a um fato, não há abusos ou desvios durante seu cumprimento, não caracterizando ato ilícito. (STOCO, 2013, p.258).

Está-se diante, aqui, de hierarquia. Ordem não manifestamente ilegal de superior deve ser, de forma inequívoca, cumprida. Não se responsabiliza o agente que assim agir.

De outro lado, a respeito do exercício regular de direito, Capez leciona que nada mais é do que uma ação legalmente permitida e que não pode, simultaneamente, ser juridicamente vedada. Significa que o exercício de um direito jamais será contrário ao ordenamento jurídico, proibido por lei. (CAPEZ, 2011, p.317).

É clara a contrariedade de se punir alguém que age em razão de possuir autorização legal para tanto. Quanto se permite uma conduta, mesmo que terceiro venha a ser prejudicado, pode o beneficiário dela se utilizar.

2.4.4 Caso fortuito ou força maior

Venosa traz que o caso fortuito fica caracterizado como uma situação imprevisível, um fato da natureza ou do homem. Já a força maior resta demonstrada quando algo que não se pode ir contra, mesmo que previsível. (VENOSA, 2013, p.57). Colhe-se da doutrina de Carvalho Filho o seguinte:

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve. (CARVALHO FILHO, 2014, p.217).

E, considerando o artigo 393 do Código Civil, “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. (BRASIL, 2017a).

As aludidas situações, por sua própria natureza, são também excludentes de responsabilidade.

2.4.5 Culpa exclusiva da vítima

Não seria razoável e tampouco justo culpar-se (e aqui não se fala do termo legal, mas sim como sinônimo de responsabilizar) aquele que não deu causa a qualquer dano. Portanto, o dever de reparação está limitado ao prejuízo causado por conduta própria.

Para que ocorra culpa exclusiva da vítima, é necessário que esta tenha dado causa ao dano, não sendo possível a punição de quem não ocasionou o evento danoso. (COELHO, 2010, p.407).

Sobre o tema, Rodrigues segue dizendo:

Com efeito, no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre o ato e o prejuízo por aquela experimentado. (RODRIGUES, 2008, p.167).

Evidenciada a culpa da vítima na ocorrência do evento danoso, é ela quem deve arcar com os prejuízos advindos de seu ato, eximindo o agente de responsabilidade.

2.4.6 Fato de terceiro

Não há confundir-se fato de terceiro com culpa exclusiva da vítima. Aqui, está-se diante de alguém que não participa diretamente da relação agente-vítima.

O fato de terceiro deve, obrigatoriamente, ser comprovado pelo indivíduo que aparentemente causou o dano, sendo que a conduta do terceiro deve estar relacionada com o evento.

Não é necessário que haja ação culposa por parte do terceiro para que se impeça o agente causador do evento danoso de ser responsabilizado, basta que o resultado de sua conduta seja juridicamente relevante e que altere a cadeia causal. (CRUZ, 2005, p.180).

Com a prova do fato, afasta-se a responsabilização do agente.

2.4.7 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar é vista por Venosa como uma cláusula contratual, na qual o contratante declara-se isento de responsabilidade por danos emergentes do contrato. (VENOSA, 2013, p.69).

Avelar adiciona que a cláusula de não indenizar é passível de admissão, desde que não seja contrária aos princípios e valores que regem o direito contratual. Caso isso ocorra, deve ser considerada inválida. (AVELAR, 2012, p.139).

Esclarecida a última excludente, finaliza-se a matéria atinente à responsabilidade civil de forma geral.

2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Agora, a pesquisa se direciona à aplicação do instituto da responsabilidade civil à teoria da perda de uma chance, tema que será, antes de tudo, objeto de conceituação e esclarecimentos mais específicos.

2.5.1 A teoria da perda de uma chance: definição e aspectos jurídicos

A teoria da perda de uma chance surgiu na França e o relato mais antigo sobre sua utilização foi encontrado no ano de 1889, na jurisprudência francesa, quando que Corte de Cassação determinou que certa demandante recebesse indenização por conta da atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu quaisquer possibilidades de se lograr êxito na demanda, em seu normal procedimento. (SILVA, 2013, p.11).

Segundo Diniz, em seu Dicionário Jurídico, perda de uma chance significa:

Frustração de uma chance de obter um benefício, esperada pela vítima, por ato do lesante, que gera o dever de indenizar. Por exemplo, o pintor que, impedido de expor suas obras, perde a chance de ser premiado, por ato culposos do transportador de suas telas, e tem o direito de receber indenização pelo dano sofrido. (DINIZ, 2005, p.645).

A aplicabilidade da perda de uma chance, posteriormente, obteve grande expansão, haja vista que sua observação e aplicação, agora, vão desde os danos decorrentes de inadimplemento contratual, passando por aqueles advindos de ilícitos absolutos, e alcançando até as teses originárias da responsabilidade subjetiva e objetiva. (SILVA, 2013, p.11-12).

A teoria é caracterizada pela perda de determinada chance que a vítima esperava auferir, como se fosse uma aposta. Outra característica, não menos importante, consiste na inexistência de nexos causal entre a perda de tal aposta e o ato causador do dano, diferenciando-se a perda de uma chance das demais espécies de dano, como o moral ou o patrimonial, por exemplo. Assim, a aposta pode ser considerada um dano final ou uma vantagem esperada pela vítima, vindo a desaparecer em função de causas externas. (SILVA, 2013, p.12-13).

Rizzardo alega que foi criada uma justificativa para que seja concedida reparação quando há perspectiva de sucesso, aferição de vantagem, ganho de um prêmio e, em seguida essa possibilidade é retirada ou resta frustrada. (RIZZARDO, 2013, p.58).

Silva leciona que, por mais que não seja possível afirmar que a chance perdida foi em decorrência da lesão provocada pelo agente, há que se considerar como certo o prejuízo sofrido pela vítima, devendo então, referido prejuízo ser indenizado pela perda de uma chance. Considera-se ainda a existência de uma grande probabilidade de que o resultado fosse o almejado pela vítima e que somente não foi atingido por conta da ação ou omissão do causador. (SILVA, 2013, p.19-20).

O tema é relativamente recente e as obras que o abordam são influenciadas pela doutrina estrangeira, sendo que existem algumas correntes que definem o que é a teoria da perda de uma chance, dividindo aqueles autores a opinião dos doutrinadores brasileiros.

A primeira corrente, trazida pelos franceses Jacques Boré e John Makdisi, defende uma ideia de nexos de causalidade parcial e é defendida por Silva da seguinte forma:

Aqui se considera que – se o prejuízo final não está em relação causal totalmente provada com o ato do ofensor, ou seja, se não representa um *conditio sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada – pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, consubstanciada na perda das chances. (SILVA, 2013, p.51)

Esta corrente afirma que a chance perdida é considerada como uma mitigação do nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido. Aduz ainda que, visando a reparação de maneira proporcional à chance perdida, o nexos de causalidade é parcial.

A segunda corrente é defendida pelo autor americano Joseph King Jr., que considera a perda de uma chance como sendo um dano autônomo, específico e independente do resultado final. Silva informa que a melhor maneira de avaliar a chance perdida é através da quantificação do dano sofrido, considerando, para tanto, a probabilidade que a vítima tinha de auferir a vantagem esperada. Esta corrente defende, ainda, que a perda de uma chance é uma extensão ao conceito de

dano, não sendo necessário um nexos causal alternativo para ser utilizada. (SILVA, 2013, p.52).

Existe, ainda, outra corrente que trata da perda de chance na seara médica, dizendo que a chance não foi perdida por si só, mas que depende da ação do agente (médico) que causou dano à vítima. Aqui, o nexos de causalidade é parcial. (SILVA, 2013, p.83).

Realizado o introito histórico e definida a origem e a conceituação da perda de uma chance, assim como as correntes existentes a seu respeito, impende aprofundar-se no direito brasileiro.

2.5.2 A responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro

Ainda que no Brasil o tema seja um pouco recente, como salientado alhures, existem entendimentos e discussões sobre a matéria. A doutrina brasileira, por muito tempo, mostrou-se tímida em relação à responsabilidade civil pela perda de uma chance. Todavia, a atual doutrina parece passar por uma fase fervorosa na seara daquele instituto. (SILVA, 2013, p.191).

Doutrinadores como Miguel Kfoury Neto e Sérgio Severo, amparam-se na doutrina francesa para lecionar sobre tal teoria, afirmando que a seriedade e sua quantificação são condições para garantir a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. (SILVA, 2013, 193). Kfoury Neto assegura que isso significa que, para que a indenização seja possível, é imprescindível a comprovação do prejuízo, bem como a quantificação de tal prejuízo, que dependerá da probabilidade de auferir êxito com a chance perdida. (KFOURI NETO, 2002, p.111). Noronha segue a mesma linha de aplicabilidade da perda de uma chance:

A distinção entre danos certos e eventuais é necessária para evitar o risco de confusão entre chances perdidas com danos eventuais. O dano da perda de uma chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado: por isso é que, o valor da reparação do dano certo da perda de chance ficará dependendo do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de prejuízo a ser evitado. (NORONHA, 2003, p.666).

Sérgio Savi adota pensamento semelhante. Acredita que a perda de uma chance esteja vinculada à categoria de dano emergente, porém só seria aplicável a partir do momento em que as chances perdidas ultrapassassem em 50% a probabilidade da vantagem que a vítima esperava auferir. (SILVA, 2013, p.195).

Em se tratando do entendimento jurisprudencial, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance não é vista de forma uníssona. (SILVA, 2013, p.209). O enunciado 444 do Superior Tribunal de Justiça, apresentado por Silva e proferido durante a V Jornada de Direito Civil, aduz:

444 Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. (SILVA, 2013, p.209).

E traz como justificativa:

Há consenso, entre as publicações que se aprofundam sobre o tema, que a chance perdida pode apresentar natureza jurídica de dano extrapatrimonial ou de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. Essas publicações demoram-se em afastar a equivocada noção de chance perdida como subespécie de dano moral, uma vez que a teoria da perda de uma chance pode albergar danos de natureza patrimonial como de natureza extrapatrimonial. Nesse sentido, exemplificativamente, Sergio Savi, de onde se extrai a seguinte passagem, fundamentada na doutrina francesa, inglesa e norte-americana [...] se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro. Na jurisprudência brasileira, apesar de muitas decisões cometerem o equívoco de considerar a chance perdida como uma categoria de natureza exclusivamente extrapatrimonial, recentes julgados admitem a sua dupla natureza jurídica. Algumas das últimas decisões do STJ são expressas em afirmar a cambiante natureza jurídica da chance perdida, dependendo das circunstâncias do caso concreto. (BRASIL, 2017c)

O que se pode afirmar é que os juristas pátrios, ao aplicarem a teoria da perda de uma chance em suas decisões, pouco observam o nexo de causalidade.

Existem acórdãos tendentes à aplicação das chances perdidas em questões médicas e hospitalares. Muitos desses acórdãos garantem que a falha médica ou do ente hospitalar é causa para a perda das chances, mas mesmo assim não existe preocupação de que a reparação por este meio caracterizaria um desvirtuamento do entendimento clássico sobre o nexo causal. (SILVA, 2013, p.209).

O próximo passo, após finalizadas as discussões sobre o assunto, é adentrar na responsabilidade médica – para, ao final, verificar a aplicabilidade da perda de uma chance naquela seara.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O tema proposto versa, de uma forma geral, sobre a perda, pelo paciente, de uma chance de cura ou de sobrevivência com qualidade em razão de erro médico.

Não basta, portanto, manter-se apenas na responsabilidade civil e na perda de uma chance. Deve-se, mais, verificar como se dá a atividade médica e como são tratados eventuais erros.

3.1 HISTÓRICO E CONCEITO DA ATIVIDADE MÉDICA

Em seus primórdios, a atividade médica era realizada por magos, feiticeiros, curandeiros, sacerdotes, boticários e também por escravos e barbeiros. E, de início, a sua prática estava ligada à religião. Desta forma, o médico era, por muitas vezes, visto como um mensageiro dos deuses e qualquer erro por ele cometido era exposto à sociedade, que o punia de forma severa. (SCHAEFER, 2007, p.17).

Conforme esclarece Kfoury Neto, a imagem do médico estava envolta em uma aura de divindade, sendo considerado o ser humano ungido com o dom da cura. (KFOURY NETO, 2010, p.23).

Hoje, o exercício da medicina, no Brasil, está disposto na Lei nº 12.842 e tem por objeto:

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:

I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;

II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;

III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências. (BRASIL, 2017d).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, garante a saúde como sendo um direito social:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2017e, grifo próprio).

Para garantir a integridade e por estar sujeito à dor e enfermidades, além de querer se preservar de doenças, mantendo sadia sua saúde mental e física, o ser humano recorre ao médico. Enquanto profissão, a medicina tem por objetivo a prevenção de possíveis doenças, bem como a melhora dos padrões de vida e de saúde da coletividade. Saúde não significa a ausência de enfermidades. É, no entanto, o estado de completo bem-estar físico e psíquico da pessoa. (KFOURI NETO, 2013, p.31). Para Moraes, o exercício profissional da medicina exige do médico, além de grande conhecimento científico, uma visão certa e humana. Combinando as duas exigências é possível revelar o caráter artístico da profissão médica. É possível compreender aquilo que o médico faz e o que deixa de fazer pelo enfermo. Por muitas vezes é difícil acertar o diagnóstico e, por conta da resposta biológica dada pelo complexo organismo do ser humano, não raramente alterado pela doença e pelo psíquico do paciente, a evolução do processo patológico de cura pode colaborar de forma voluntária ou involuntária, sendo capaz de dificultar a recuperação. (MORAES, 2003, p.38).

Desta forma, é possível dizer que para que o médico possa exercer sua atividade logrando êxito, é necessário o conhecimento técnico-científico do profissional, combinado ao físico e ao emocional do paciente.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Não há dúvidas acerca da importância da atividade médica para o interesse social. A garantia à saúde é imposta como atividade indispensável, sendo que mesmo existindo preocupação por parte do Estado, compete ao cidadão, também, exigir do ente estatal que sejam adotadas medidas que visem à prevenção de doenças e a disponibilidade dos meios para seu respectivo tratamento. Na Constituição Federal está previsto o direito à saúde, expandindo-se aos domínios da ordem social. A Carta Magna, por óbvio, não faz proibição da prática da medicina privada, porém, deve disponibilizar serviços públicos de saúde disponíveis a todos. (KFOURI NETO, 2013, p.33).

Segundo Kfoury Neto:

No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte. (KFOURI NETO, 2013, p.34)

Existe uma relação tradicional estabelecida entre o paciente e o médico, considerado este como sendo um profissional liberal, que desenvolve suas atividades de maneira individual e independente. Todavia, caso o paciente estabeleça relação contratual com o hospital e este mantenha vínculo empregatício com o médico, a tradicional relação binária entre médico e paciente se torna terciária, ou seja, passa a abranger médico – pessoa jurídica – paciente. (KFOURI NETO, 2010, p.17-18).

Sabendo-se que existe divergência entre os juristas quanto às espécies de contrato que caracterizam a atividade médica, tem-se como importante tratar a respeito de cada uma das correntes.

Esclarece-se desde logo, porém, que alguns dos doutrinadores classificam-na como sendo “de mandato”, enquanto outros dizem tratar-se de contrato “*sui generis* ou inominado” e, por fim, existem aqueles que defendem que se assemelha à “locação de serviços”. (OLIVEIRA, 2007, p.53)

A pesquisa seguirá com a análise de cada uma delas.

3.2.1 Teoria do Mandato

No sentido técnico-jurídico, mandato quer geralmente significar o poder dado ou outorgado a alguém, por quem o possa dar, seja pessoa física ou jurídica, para representá-la em qualquer ato. (OLIVEIRA, 2007, p.54).

De acordo com Vieira, alguns doutrinadores consideram a teoria do mandato como a mais tradicional, que vem sendo aplicada às profissões liberais e surgiu no Direito Romano, onde havia distinção entre os trabalhos manuais e liberais, afastando ambos do serviço remunerado e contratado, enquadrando-os como uma figura honrosa, como o mandato. (VIEIRA, 2001, p.50).

Vieira aduz, ainda, que a aplicação do mandato especificamente para o contrato médico não é cabível. Isto porque não é razoável a sujeição do médico às

instruções repassadas pelo paciente, de forma que boa parte da doutrina opõe-se a essa classificação. (VIEIRA, 2001, p.50).

3.2.2 Teoria do contrato inominado

A teoria do contrato inominado, atípico ou *sui generis*, conforme determinam algumas doutrinas, não é regida por contrato concreto e especificado. (OLIVEIRA, 2007, p.54).

Oliveira prossegue afirmando que, por ser regida por um contrato inominado, a teoria sustenta que não se pode reconhecer a relação entre médico e paciente pelo Código Civil, o que a difere dos demais contratos. De tal modo, necessitar-se-ia de uma regulamentação de direito comum para uso dos profissionais da medicina, bem como de regras específicas para aquela organização. (OLIVEIRA, 2007, p.55)

Em contrapartida, outros estudiosos afirmam que este tipo de contrato é o que melhor atende às características da atividade médica, pois sustenta a ideia de que os serviços médicos são de natureza elevada e são superiores à simples locação de serviço. Os adeptos deste pensamento consideram que o médico é, por aquele que busca seus serviços, conselheiro, protetor e guarda. (OLIVEIRA, 2007, p.55)

3.2.3 Teoria do arrendamento de serviço

Vale ponderar que na locação de serviços, o trabalhador coloca sua atividade à disposição do locatário, mediante remuneração, por conta e risco deste. Há certa subordinação entre locador e locatário, trabalhando aquele sob as ordens e fiscalização deste. (OLIVEIRA, 2007, p.56).

A teoria de aplicação do arrendamento de serviços às profissões liberais foi adotada na Idade Média, pelos romanos, e sustenta que a atividade do profissional liberal, não submetida à legislação trabalhista, consistia em prestar ao seu contratante um serviço certo, mediante pagamento determinado. (OLIVEIRA, 2007, p.56).

Na Espanha, em 1990, o Tribunal Supremo, modificou seu entendimento quanto aos contratos dos profissionais liberais. De início, consideravam-no como

sendo mandato e, com a mudança, passaram a adotar que há característica subordinação ao arrendamento de serviços especiais. Entendeu-se que se une o médico a seu paciente e regulou-se o arrendamento de serviços de molde amplíssimo, revelando claras diferenças entre o clássico contrato daquela natureza e a nova relação jurídica médico-paciente existente. Formalizou-se que o objeto do arrendamento de modo algum haveria de ser o compromisso de o médico curar o enfermo, mas de utilizar todos os meios adequados em busca da cura, tendo em vista não haver possibilidade de assegurar normalmente o resultado definitivo, já que o tratamento é sempre influenciado por inumeráveis e inesperados fatores alheios à própria atividade regular do profissional médico. (OLIVEIRA, 2007, p.56).

Tal acepção é a mesma que hoje prevalece no Direito brasileiro. Percebe-se que tal enfoque de análise acaba por considerar que o contrato médico assume feições especiais, aproximando-se bastante da teoria do contrato *sui generis*, já que agrega à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença, deveres estes que, ao lado da intervenção técnica – prestação dirigida à cura propriamente dita – definem a função jurídica do contrato, oferecendo conotação peculiar à causa contratual que o faz negócio atípico, diverso da locação de serviços convencionalmente disciplinada pelo Código Civil. (OLIVEIRA, 2007, p.56).

Finalizadas as explicações sobre as correntes, o caminho agora é adentrar-se no tipo de obrigação assumida pelo médico frente ao paciente.

3.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

A responsabilidade do profissional médico é proveniente do acordo por uma obrigação de meio, e não de resultado.

A obrigação é considerada de meio quando se impõe ao profissional que a está executando, a utilização com sabedoria e atenção de todos os dispositivos adequados e apropriados para a finalidade objetivada. Como obrigação de resultado, por sua vez, é possível definir como a que visa um fim específico que deve ser atingido. (RIZZARDO, 2013, p.322). Cavalieri Filho, acerca do assunto, destaca que:

A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí, cuidados e conselhos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.431-432).

Portanto, a obrigação assumida pelo profissional de medicina, como já salientado, é de meio, e não de resultado, posto que se a terapia utilizada não produzir o efeito esperado, não é possível questionar inadimplemento contratual por parte do médico. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.432).

Mesmo que não se possa realizar tal questionamento e que a atividade seja de meio, deve-se deixar claro que ambos os sujeitos da relação possuem direitos e deveres a serem observados, como se passará a dispor.

3.4 DOS DIREITOS E DEVERES JURÍDICOS DOS SUJEITOS

Frise-se que os direitos e deveres são resguardados e garantidos tanto ao médico quanto ao paciente. O Código de Ética Médica (Resolução n. 1931/2009), em seu capítulo II, informa os direitos dos médicos:

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

- VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.
 IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.
 X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Ressalta-se também que há expressa previsão, no mesmo Código, especificamente em seu capítulo I (Princípios Fundamentais), sobre a possibilidade de o profissional médico recusar-se a atender determinado paciente, o que se soma aos direitos do profissional:

- VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O paciente, por sua vez, tem direito de mudar de médico, bem como o profissional pode recusar-se a atendê-lo, exceto se estiver um lugar onde não tenha outro médico e também se a negativa de atendimento puder configurar omissão de socorro. É importante que a relação entre médico, paciente e familiares seja estreita. Porém, porque a enfermidade gera condições aflitivas e acaba por deturpar o comportamento do paciente e de seus familiares, o médico, por vezes, não se utiliza desse direito. (MORAES, 2003, p.363).

Soma-se aos direitos do paciente: a preferência do doente sobre o saudável; tratamento com dignidade e respeito; assistência contínua, eficiente e qualificada; assistência religiosa; subsistir o relacionamento pessoal com médico e auxiliares; verdade e informação sobre seu estado de saúde e formas de tratamento; acesso aos seus prontuários; sigilo profissional quanto ao que diz respeito à sua doença; justiça social e igualdade de tratamento; escolha do médico informação quanto à sua especialidade e qualificações; recorrer ao judiciário e aos Conselhos Regionais de Medicina quando sentir prejudicado ou ameaçado; gravar ou filmar os atos médicos; pedir a reunião de uma junta médica para a discussão de sua doença; recusar certos tratamentos e, por fim, visita de seus parentes e de acompanhante durante a internação. (SCHAEFER, 2007, p.37). É direito do paciente, por fim, receber do profissional médico a melhor e mais atualizada medicina, além da sua competência e tratamento de forma humana e com respeito. O médico deve, ainda,

examinar de maneira cuidadosa, considerando que está lidando com um ser humano que possui sentimentos. (MORAES, 2003, p.374). Colhe-se ainda do ensinamento de Moraes:

O doente e seus familiares tem o direito de saber seu diagnóstico e entender por que os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para a doença e os elementos que a comprovam. É bom para ele se esclarecer e para o médico, que o paciente terá a melhor participação em seu tratamento. O doente tem, a qualquer momento, o direito de mudar de médico. Em toda a sequência da assistência ao doente, o desrespeito é injustificado. O respeito deve ser mútuo. (MORAES, 2003, p.374).

Uma vez esclarecidos os direitos das partes, deve-se, de outro lado, esclarecer que o Código de Ética Médica também dispõe a respeito dos deveres do profissional de medicina. Colhe-se de seu capítulo III que:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumular-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

No que tange aos deveres do paciente, elenca-se: remunerar o profissional médico, cumprir precisamente as prescrições médicas e fornecer corretamente seus dados clínicos e familiares, bem como é dever do paciente informar seu médico se está, ou não, cumprindo suas recomendações ou, ainda, se estão ocorrendo reações adversas às esperadas. (SCHAEFER, 2007, p.37).

Ressaltadas tais peculiaridades, importa salientar que a prestação de serviços médicos é realizada a desejo do paciente e é regida por um contrato, na maioria das vezes implícito, sendo que a vontade do doente é a que deve sempre prevalecer. Porém, é sabido que ao atender a vontade do paciente, por vezes o médico fica impossibilitado de tomar atitudes que intervenham de forma positiva no tratamento, já que a medida iria de encontro ao desejo do enfermo. Em contrapartida, poderá o médico, ao se omitir, ser responsabilizado caso o paciente

venha a óbito. Frente a tal fato, estando o profissional impedido de fazer uso dos recursos necessários em razão de intervenção do doente ou responsável, deve o profissional acionar a justiça, que lhe autorizará a proceder dentro de seus princípios técnicos modernos. (MORAES, 2003, p.376).

É muito comum expor aos paciente seus direitos, tão frequente quanto alertá-los sobre suas obrigações. Moraes salienta: “Não há direitos que não venham acompanhados de obrigações”. (MORAES, 2003, p.373).

Os direitos e deveres devem ser observados por ambas as partes, para satisfação de médico e paciente.

3.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

De início, vislumbra-se ser de grande importância, antes de se adentrar na responsabilidade civil do médico propriamente dita, realiza-se digressão a respeito do modo de agir esperado do profissional desde o diagnóstico até a conclusão do atendimento, elencando-se a possibilidade de haver erro e suas consequências.

Esclarece-se desde logo, todavia, que antigamente havia grande discussão sobre a responsabilidade médica no que se referia à sua natureza jurídica. Discutia-se se era contratual ou extracontratual e se gerava obrigação de meio ou de resultado.

Atualmente, primeiramente é observada a prestação de serviços de forma direta e pessoal pelo médico como sendo profissional liberal. Em seguida, observa-se se a responsabilidade médica decorre da prestação de serviços médicos de natureza empresarial, ou seja, através de hospitais, clínicas, bancos de sangue, laboratórios médicos, casas de saúde, entre outros, o que poderá diferir a forma de responsabilização em caso de eventual erro. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.431).

Começa-se, de toda forma, falando do erro médico, do erro profissional e da culpa médica. Depois, analisar-se-á os meandros da relação e suas peculiaridades.

3.5.1 Erro médico, erro profissional e culpa médica

Embora os três pontos pareçam tratar da mesma coisa, tem-se que divergem entre si.

É sabido que tanto na fase de diagnóstico quanto posteriormente, no momento do tratamento, há possibilidade de o profissional incorrer em erro. Existem, no entanto, diversas classificações para os erros.

A doutrina os classifica como erro médico, erro profissional e culpa médica, dependendo de suas características e do momento em que cometido. Para Kfoury Neto, “o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”. (KFOURI NETO, 2013, p.81).

Segue-se a cada um dos supracitados tipos.

O erro médico é aquele que deriva da ação ou omissão culposa ou dolosa do profissional de medicina.

Em linhas gerais erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria. Já o erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável. (SCHAEFER, 2007, p.62).

Consoante a lição de Schaefer, o erro médico pode ser dividido em erro culposo ou erro doloso. O erro culposo é o praticado pelo agente nas modalidades de imperícia, imprudência ou negligência, enquanto o erro doloso, por sua vez, será aquele cujo resultado foi almejado pelo agente, ou ainda, que o profissional tenha assumido o risco de produzi-lo. (SCHAEFER, 2007, p.61)

Schaefer afirma que os erros médicos podem, ainda, ser classificados em duas outras subcategorias, uma relacionada aos deveres da humanidade e outra relativa à técnica médica. (SCHAEFER, 2007, p.64).

Como exemplo das faltas relativas aos deveres da humanidade, destaca-se a recusa ao socorro de um paciente em perigo, abandono de doente, não informar ao paciente sobre sua condição de saúde e a realização de procedimentos médicos sem autorização do paciente ou de um responsável.

Quanto às faltas relacionadas à técnica médica, destacam-se o erro de diagnóstico (em qualquer de suas modalidades – culposa ou dolosa), erro de

tratamento, erros de prognóstico, falta de higiene, erros cometidos em intervenções cirúrgicas e também por membros da equipe médica. (SCHAEFER, 2007, p.64).

Adiante, no que se refere ao erro profissional e à culpa médica, por seu turno, denota-se que são coisas diversas – tanto assim o é que existem divisões quanto à sua natureza.

O erro profissional acontece quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada pelo profissional é incorreta. Já a culpa médica pressupõe falta de zelo ou de sabedoria referente ao que se espera de um profissional escolhido como padrão. (KFOURI NETO, 2013, p.81).

Em se tratando de culpa médica, esta é regida pelos mesmos fundamentos da responsabilidade em geral, de maneira que quem pratica um ato e que cause dano a outrem, fica obrigado a responsabilizar a vítima, ficando o ônus da prova incumbido àquele que sofreu a lesão. Existem algumas situações, na área médica, todavia, em que a culpa pode ser presumida (dispensando-se o lesado da obrigação de comprová-la), como ocorre nas cirurgias plásticas estéticas, procedimentos de cosmetologia ou de embelezamento, exames laboratoriais e check-ups. (KFOURI NETO, 2013, p.81). Além das situações acima citadas, Kfouri Neto destaca:

Presume-se também a culpa de hospitais e clínicas, quanto aos atos de seus prepostos não médicos. Entretanto, mesmo essa relação de subordinação, quanto à atividade pessoal do médico, é relegada a plano secundário na jurisprudência. Quanto aos bancos de sangue e sêmen, a responsabilidade é subjetiva. [...] Ao estabelecimento cabe ação de regresso contra seu agente culpado. Perante ao paciente, entretanto, é sempre aquele que responde civilmente. (KFOURI NETO, 2013, p.81).

Esclarecidos e diferenciados os tipos de erro existentes, passa-se, agora, ao diagnóstico em si – que é um dos grandes pontos onde há falha do profissional da medicina.

3.5.2 Do diagnóstico e possível erro

Existem muitas fases envolvendo a relação entre médico e paciente, podendo ser consideradas desde a primeira consulta (no consultório ou no hospital), até a finalização do tratamento com a possível recuperação do doente. Tais fases podem ser divididas em dois grupos: um de diagnóstico e outro de tratamento. (SCHAEFER, 2007, p.59).

Para que seja possível proceder uma análise diagnóstica, o primeiro passo a ser dado é arguir o paciente. Seguindo os ensinamentos de Kfoury Neto:

O médico, para estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios para seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica. O diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente. (KFOURI NETO, 2013, p.101).

Tecnicamente, o diagnóstico tem por objetivo identificar e determinar a enfermidade que assola o paciente, visto que é daí que deriva a escolha do tratamento adequado. Importante ressaltar que o diagnóstico não é uma ciência exata. Por vezes, para se chegar à conclusão correta, é necessário um grau de observação severo que nem todo profissional possui. (KFOURI NETO, 2013, p.101). São três os elementos que compõem o diagnóstico: o exame geral do paciente; realização (ou solicitar a terceiros que realizem) de testes e exames específicos ou especializados e, porventura, buscar auxílio por meio de consulta a um colega especialista. Para que o diagnóstico seja preciso, é imprescindível que o médico conheça as condições do paciente, recolhendo todas as informações que concernem ao estado de saúde, sintomas apresentados, o histórico ou perfil médico do doente. Esse diálogo é conhecido como anamnese. (KFOURI NETO, 2010, p.185). De acordo com Stedman, diagnóstico é a determinação da natureza de uma doença e pode ser:

- a Clínico: quando é feito a partir de estudos dos sinais e sintomas de uma doença.
- b Diferencial: quando é feita a determinação de qual, de uma ou mais, doença com sintomas semelhantes é o que sofre o paciente, por meio de uma comparação sistemática e dos achados clínicos.
- c Laboratorial: quando se procede a estudo químico, microscópico, microbiológico, imunológico ou patológico de secreções, corrimento, sangue ou tecidos.
- d Por exclusão: quando se origina da exclusão das doenças às quais pertencem apenas alguns dos sintomas do paciente, sobrando apenas uma doença indicada por todos os sintomas.

- e Patológico: é feito a partir das lesões presentes, podendo inclusive ser realizado pós a morte.
- f Físico: é resultante do exame físico do paciente, podendo também ser complemento da anamnese e dos exames laboratoriais.
- g Pré-natal: o próprio nome já diz, são exames e diagnósticos realizados antes do nascimento da criança, que utilizam métodos disponíveis para reconhecimento de doenças e anomalias in útero.
- h Neonatal: é a avaliação sistemática do recém-nascido quando a evidência de doença e anomalias. (STEDMAN, 1996, p.353).

O diagnóstico não é só conhecimento, mas também elaboração, experiência, análises e conclusões pessoais. O diagnóstico deve ser o resultado de um juízo elaborado logo após a obtenção de informações sobre os sintomas, sinais e indícios necessários para o caso em estudo. (KFOURI NETO, 2010, p.182).

Nesse mesmo sentido, Schaefer destaca que para que se chegue próximo ou com exatidão ao diagnóstico, o profissional da medicina deve unir e comparar com a verificação dos sintomas apresentados e a compreensão dos fatos por meio dos exames que foram realizados, com o que foi colhido preliminarmente com a consulta. (SCHAEFER, 2007, p.69).

Aqui, abre-se um parêntese para esclarecer que, em princípio e por via de regra, o possível erro de diagnóstico é considerado escusável, a não ser que seja extremamente grosseiro. Desta forma, o erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado, ou seja, há responsabilidade se o erro for inescusável. (KFOURI NETO, 2013, p.102).

Mais claramente falando, é possível dividir o erro de diagnóstico, ainda, em evitável e inevitável. Os inevitáveis, que não consistem em faltas graves, não sendo passíveis de punição, ocorrem quando se está diante de limitações de própria medicina, por conta de doenças não catalogadas ou desconhecidas na área médica, além das tecnologias nem sempre suficientemente avançadas para que o diagnóstico seja preciso. (SCHAEFER, 2007, p.66).

Em se tratado dos erros considerados evitáveis, podem dar ensejo à punição do médico, já que tem o condão de acarretar sérios problemas ao enfermo quando recebe orientação errada pelo médico, considerando que o tratamento a ser realizado provavelmente não é o adequado à doença apresentada. São assim ser considerados aqueles que não teriam acontecido se as cautelas necessárias tivessem sido observadas. (SCHAEFER, 2007, p.66).

A tarefa de um juiz, nos casos em que o erro de diagnóstico está sendo discutido, é verificar a culpa do médico ao proceder o diagnóstico e o erro propriamente dito. Além disso, deve analisar se foram utilizados todos os meios cabíveis para a investigação que estavam ao seu alcance, desde as primeiras auscultas até os mais desenvolvidos exames de laboratório e de radiologia e, não menos importante, incumbe ao magistrado a apreciação do tratamento aplicado à doença que foi diagnosticada no início. (KFOURI NETO, 2013, p.103).

Discorre-se, após tais esclarecimentos, sobre a responsabilidade civil aplicada à área médica.

3.5.3 A responsabilização do profissional de medicina: requisitos legais

Para que haja a possibilidade de responsabilização do médico em virtude de erros, compete ao julgador analisar se de fato houve intervenção médica, se daí resultou dano (como morte ou lesão, por exemplo), bem como se este dano é inquestionável. Há que se estabelecer a culpa e a ocorrência do nexo causal. Com a análise de tais pontos em conjunto com as informações prestadas é que o julgador poderá posicionar-se e determinar a responsabilização. Ademais, a culpa somente poderá ser estabelecida ao se considerar as condições iniciais do paciente, a conduta médica e o dano ocasionado. (KFOURI NETO, 2013, p.99-101). Kfouri Neto informa, no ponto, que: “O magistrado, na apreciação da prova, deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações”. (KFOURI NETO, 2013, p.100).

Existem situações, porém, que afastam a responsabilização do médico. É o que se verá adiante.

3.5.4 Excludentes da responsabilização médica

Algumas das excludentes de responsabilidade civil, as quais já foram elencadas anteriormente, constituem também excludentes da responsabilização do profissional médico.

A primeira excludente é a culpa exclusiva do paciente, supracitada como culpa exclusiva da vítima. Decorrente de dano causado por conta de ato, seja

omissivo ou comissivo, do próprio paciente, razão pela qual não se atribui dever de indenizar ao médico. (GIOSTRI, 2004, p.201).

Da doutrina de Giostri retira-se a segunda excludente, que se refere ao fato de terceiro, o qual isenta o médico da responsabilidade por conta de um dano ocasionado por aquele. Importante destacar que o terceiro envolvido não pode fazer parte da equipe médica, o que descaracterizaria o fato de terceiro. (GIOSTRI, 2004, p.201).

Outra excludente elencada por Giostri é o fato das coisas, ou seja, quando o dano é causado por um equipamento, por mais cuidadoso que seja o profissional. Assim, se o dano é verificado por defeito do aparelho, entra-se na seara da responsabilidade objetiva do fabricante, de acordo com a previsão contida no artigo 14 do Código de Defesa Consumidor. Caso o médico seja acionado civilmente, cabe direito de regresso. (GIOSTRI, 2004, p.204).

A quarta excludente de responsabilidade médica é o caso fortuito, que acontece em decorrência de eventos extraordinários e excepcionais, alheios à vontade do profissional de medicina, pois são imprevisíveis e inevitáveis. (GIOSTRI, 2004, p.199)

A última excludente é a força maior, que Gostri entende pelo fato previsível, porém inevitável. Os raios, chuvas, enchentes ou outros eventos da natureza que ocorram durante um atendimento médico e que porventura venham a lesar o paciente, isentam o médico de sanar o dano. (GOSTRI, 2004, p.200).

Tais excludentes, como dito, impedem a responsabilização do profissional de medicina.

Agora, finalizado mais um ponto de grande relevância, é importante destacar que na relação médico paciente se aplicam alguns dos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

3.6. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

É possível, na prática da medicina, a aplicação da Lei 8.078 de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, visto que os profissionais da área médica são profissionais liberais, independente da área em que atuam. (RIZZARDO, 2013, p.330-331).

O artigo 2º da referida lei informa que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 2017f).

No mais, o artigo 3º, § 2º, define como serviço toda atividade remunerada prestada no mercado de consumo. Desta forma, é possível afirmar que os pacientes (ou clientes do médico) são os destinatários finais, assim como, por óbvio, inclui-se dentre as precitadas atividades, a médica. Não há, destarte, impedimento para aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade em tela (RIZZARDO, 2013, p.331).

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade do profissional que causa danos aos consumidores, considerando a prestação de serviços defeituosa e trazendo a responsabilidade objetiva nos seguintes termos:

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.

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, 2017f).

Na forma do § 4º citado, os profissionais liberais (médicos e advogados), não são atingidos pela responsabilidade objetiva, haja vista expressa determinação legal. A tal categoria são aplicadas as regras de responsabilidade subjetiva, o que torna imprescindível a verificação a culpa do agente. De outro lado, se o médico possui vínculo empregatício com a instituição hospitalar, sendo parte integrante de sua equipe de profissionais, o hospital responderá também por eventual dano causado a paciente. Entretanto, sua responsabilidade será objetiva, por ser prestador de serviços, nos moldes do artigo 14, caput do Código de Defesa do Consumidor, não se enquadrando na exceção anteriormente exposta. Porém, caso o médico apenas utilize a casa de saúde para realizar a internação de seus

pacientes, não mantendo com ela relação de emprego, responderá com exclusividade pelos erros cometidos, sendo afastada a responsabilidade da instituição. (RIZZARDO, 2013, p.331-332). Na mesma linha, segue o entendimento de Venosa:

Deve ser entendida como responsabilidade médica não somente a responsabilidade individual do profissional, mas também a dos estabelecimentos hospitalares, casas de saúde, clínicas, associações e sociedades de assistências, pessoas jurídicas, enfim, que, agindo por prepostos em atividade cientemente diluída, procuram amiúde fugir de seus deveres sociais, morais e jurídicos. O defeito ou falha da pessoa jurídica na prestação de serviços médicos independe de culpa, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Apenas a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal individual, continua no campo subjetivo (art. 14, §4º), avaliada de acordo com o art. 186 do Código Civil e seus princípios tradicionais. (VENOSA, 2013, p.149).

Finalizada tal digressão, passa-se à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, bem como à análise da posição do Superior Tribunal de Justiça especificamente no julgamento do recurso especial n. 1.254.141/PR.

4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA E DE SOBREVIVÊNCIA NA SEARA MÉDICA E A ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR

O Poder Judiciário é o poder do Estado que tem por atribuição a resolução de conflitos da sociedade e é responsável por garantir os direitos dos cidadãos.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o órgão responsável por harmonizar a interpretação e aplicação da lei federal em todo o território nacional e para que seja possível tal harmonização entre os tribunais, o recurso especial é o principal meio de julgamento para que o tribunal resolva interpretações discrepantes sobre certo dispositivo legal.

A análise da decisão proferida no Recurso Especial 1.254.141/PR é de extrema relevância, posto que tal julgado define bem a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance por erro médico no direito brasileiro.

O que se busca agora, portanto, é verificar a aplicação prática da teoria da perda de uma chance. Para que se alcance tal desiderato, será realizada digressão a respeito de sua incidência na seara médica e, depois, passará o estudo à análise de Recurso Especial voltado ao tema, passando pela avaliação do caso e chegando-se à conclusão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria posta em litígio.

4.1 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

Uma vez já analisados os pormenores da teoria da perda de uma chance, sendo de conhecimento sua origem, suas classificações doutrinárias e sua definição, assim como já discorrido a respeito da atividade médica e da relação do profissional com o paciente, resta verificar se a teoria da perda de uma chance se aplica à área da medicina.

A perda de uma chance surge no momento em que há uma equivocada intervenção médica e o paciente perde a possibilidade de se curar ou se ver livre de certa doença. A responsabilidade do médico é admitida toda vez que sua ação ou omissão comprometa as chances de vida ou integridade física do enfermo. (SCHAEFER, 2002, p.75). A perda de uma chance, ao ser aplicada à atividade

médica, ficou estabelecida como sendo teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.441). Silva informa que Miguel Kfourí Neto é o precursor da responsabilidade pela perda de uma chance na área médica no Brasil. Ele adota a corrente francesa majoritária, qual seja, teoria da causalidade parcial. (SILVA, 2007, p.221). Savi, da mesma forma, defende que a responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou sobrevivência, no caso da seara médica, corresponde à teoria da causalidade parcial. (SAVI, 2009, p.5).

Especialmente em relação ao erro de diagnóstico, é necessário analisar com cautela a aplicabilidade da responsabilidade civil pela perda de uma chance, considerando sua admissão no ordenamento pátrio.

Na França, país emblemático no assunto, o erro de diagnóstico não é considerado culpa médica, pelo fato de se entender haver dificuldade em estabelecer um elo entre o erro e o prejuízo. No entanto, é considerado, no país, o erro de diagnóstico que leva ao tratamento inadequado e tem como consequência a perda de uma chance de cura ou sobrevivência. (KFOURI NETO, 2002, p.99).

O julgado inaugural que trata da perda de uma chance em erro de diagnóstico é da França e dispõe o seguinte:

O primeiro julgado, em França, que inaugura a jurisprudência sobre a perda de uma chance, é da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação, reapreciando caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17.07.1964. O fato ocorreu em 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se em 1ª instância que, entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor, não se podia estabelecer de modo preciso o nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou: “Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilização”. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, e condenou-o à indenização de 65.000 francos. (KFOURI NETO, 2010, p.57).

Para que não parem dúvidas quanto à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro no que tange o erro de diagnóstico, deve a perda da chance de cura ou sobrevida ser aplicada nos casos onde o erro de diagnóstico desencadeie tratamento inadequado. (KFOURI NETO, 2002, p.105).

Como exemplo, é possível citar um médico que não diagnostica a existência de um câncer em determinado paciente e que posteriormente o descobre ao consultar outro médico especialista. Assim, a possibilidade de cura do câncer

quando no seu estágio inicial se perdeu, pois não diagnosticado em sua origem. No caso em tela, a imperícia ou negligência médica impossibilitou a chance de cura e sobrevivência do paciente. (SCHAEFER, 2007, p.76). Schaefer assegura, então:

Portanto, estando configurada a enfermidade e o profissional atua de forma a pôr por terra todas as possibilidades de recuperação, sua intervenção culposa não será sobre a chance de sobrevivência, mas sobre a oportunidade de recuperação, devendo por isso indenizar o dano. Esta teoria afirma não ser necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, pois a culpa já estaria configurada no simples fato de não ter dado chance ao paciente. (SCHAEFER, 2007, p.76).

É certo que podem ocorrer casos em que o médico não atenda o paciente em tempo hábil ou, ainda, equivoque-se quanto ao diagnóstico ou ao tratamento, sendo que posterior falecimento do paciente seja decorrência exclusiva da própria doença (ou seja, a intervenção não seria, de toda forma, capaz de impedir o resultado). Porém, não é possível deixar de admitir que, em determinadas situações, a omissão médica ou a falha de tratamento pode sim privar o paciente de uma chance de cura ou sobrevivência. Por vezes fica difícil estabelecer o nexo causal entre o fato que é imputado ao agente e o resultado final. Nestes casos, parte da doutrina, acabada tratando a teoria pela perda de uma chance como sendo uma mitigação teórica do nexo causal. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.442). Cavalieri Filho aponta ainda que:

É preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou não passaria de mera possibilidade aleatória ou hipotética, sob pena de tornar o médico responsável por tudo. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o paciente tinha de conseguir o resultado. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.442).

Por fim, a indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável ao tratamento.

4.2 O RECURSO ESPECIAL N. 1.254.141/PR: DADOS FUNDAMENTAIS

Trata a demanda de ação com pedido de indenização por dano causado em razão de erro médico. O processo foi ajuizado pelo espólio de Vilma Lima de Oliveira em litisconsórcio com o viúvo e filhos da falecida, em face do médico João Batista Neiva. Vilma possuía câncer de mama e, por conta da doença, teve sua vida ceifada. Conforme alegações contidas no feito, diversos erros ocorreram no período do tratamento, tais como: na fase inicial da doença, não foi submetida ao tratamento quimioterápico; a mastectomia realizada foi parcial, chamada pelos profissionais de quadrantectomia, quando no caso o indicado seria a mastectomia radical; além de não ter recebido orientação para que não engravidasse. Mesmo com o tratamento realizado, a doença ressurgiu, razão pela qual houve novo tratamento e, mais uma vez, intercorrências aconteceram. O principal erro cometido nesta segunda vez foi a não confirmação de metástase pelo profissional médico.

Houve ajuizamento de procedimento cautelar e, na antecipação da produção de provas, o erro foi confirmado. Em contestação, o demandado negou os fatos que lhe foram imputados e garantiu que o tratamento prescrito era indicado para o caso, impugnando assim, o laudo pericial acostado. Junto com a contestação, apresentou reconvenção alegando incentivo a suposto erro médico, defendendo que ele é quem deveria receber indenização em decorrência do abalo psicológico que vinha sofrendo e do dano causado à sua imagem profissional.

A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido principal e improcedente a reconvenção, sendo o réu condenado ao pagamento de indenização no montante de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) por danos morais e materiais. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao recurso, aplicando ali a teoria da perda de uma chance. Por esta razão, ingressou-se com Recurso Especial sob fundamentação do artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal.

A pesquisa, no ponto, buscará verificar a corrente utilizada pelos julgadores e os tópicos considerados para a formação do convencimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar este relevante caso, seguindo o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, aplicando ao julgado, a teoria da perda de uma chance. Eis a ementa e o acórdão:

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Documento: 20191239 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 20/02/2013 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. (BRASIL, 2017g).

Para que o acórdão possa ser melhor compreendido, é necessário estudar a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como analisar o julgado através do entendimento daquele ilustre órgão.

4.3 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO CASO

De início, asseverou a superior instância, no que tange à legitimação para pleitear a indenização, que nada obstante a oportunidade de obter a cura ou, ao menos, sobrevida, seja direito personalíssimo do paciente, a oportunidade de estar na companhia do familiar e conviver com ele livre da enfermidade é direito autônomo de cada um dos que mantinham relação afetiva com o falecido. O dano ocasionado pela morte afeta a todos os que estão ao redor. Logo, entendeu-se plausível o ajuizamento da ação na forma em que proposta.

Quanto ao mérito, asseverou-se que para que a teoria da perda de uma chance na esfera médica possa ser aplicada, existem duas premissas interpretativas a serem observadas: a autoria do ilícito e a certeza do dano sofrido.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, reconheceu que na real aplicação da teoria em questão sempre se tem certeza quanto à prática do ato, quanto à autoria do fato e de que se causou a perda de uma oportunidade, mas reconhece que há incerteza da extensão dos danos resultantes do evento. No caso em tela, porém, a extensão do dano foi tida como certa, visto que o tratamento ao qual a vítima fora submetida e que seria a alternativa para salvar sua vida, acabou resultando no óbito da paciente. É claro que a conduta do médico não ocasionou a enfermidade, mas segundo as provas constantes nos autos, frustrou a possibilidade, mesmo que incerta, de a paciente ser curada.

No que se refere ao nexos de causalidade, reconheceu-se a dificuldade de comprovação por não poder ser determinado se o dano ocorreu no todo ou em parte por conta da conduta do agente. Porém:

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos 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. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar. (BRASIL, 2017g, grifo do autor).

A perda de uma chance seria, então, uma modalidade autônoma de indenização, podendo ser arguida nas situações onde não é possível precisar a responsabilidade direta do agente com o resultado. Assim, não responde pelo resultado final ocorrido por conta de sua conduta, mas sim pela chance da qual a vítima foi privada.

A Relatora aduziu, ainda, que a chance é um bem jurídico autônomo que é subtraído da vítima, sendo que a existência do nexo causal entre a perda desse bem jurídico e a conduta do agente caracteriza direito à reparação. É evidente a chance de (sobre)viver foi retirada e isto basta. Reconhece ser uma questão sensível e que merece muito debate.

Colhe-se do relatório que:

Para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético. (BRASIL, 2017g).

Extrai-se do acórdão recorrido o seguinte: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até mesmo de cura da paciente era real e concreta; (ii) subsiste relação direta entre o tratamento inadequado que foi proporcionado e a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até de obter a cura da enfermidade; (iii) o fato de a paciente ter gerado um filho não extingue o nexo de causalidade (era uma das teses da defesa); (iv) o dano final resta comprovado com a morte da vítima.

Da situação em destaque, por diversas vezes, demonstram-se as falhas cometidas pelo médico responsável. De pronto, quando houve o diagnóstico da doença, o primeiro erro constatado está na realização de uma quadrantectomia (retirada parcial das mamas), quando o procedimento adequado para o caso, seria uma mastectomia radical. Caso o procedimento recomendado fosse adotado, muito provavelmente o tumor teria sido retirado. O segundo equívoco apontado pelo *expert* na perícia, é no que diz respeito às sessões de quimioterapia e radioterapia, oferecendo à vítima, um tratamento de eficácia reduzida. A terceira falha é quanto à falta de orientação para que a paciente não engravidasse, e os riscos que a acometiam caso isso viesse a acontecer. Por fim, o quarto erro encontra-se no protocolo adotado após o retorno da enfermidade. Contudo, a perícia averiguou que

caso o tratamento disponibilizado para a vítima tivesse sido o adequado, sua chance de cura, ou ao menos de sobrevivência, seria possível.

A principal consequência, ao se atribuir a reparação civil pela perda de uma chance, é o estabelecimento de uma indenização ao bem autônomo que seja proporcional ao dano final que foi experimentado. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Paraná optou por valorar, na fixação da indenização, não apenas a função de ressarcir o dano moral, mas também com uma função punitiva e dissuasória, considerando: em primeiro lugar, a reprovação da conduta, em segundo, a intensidade e duração do sofrimento, em terceiro, a capacidade econômica do ofensor e, por fim, as condições pessoais do ofendido.

Por todas as razões expostas, a Relatora conheceu do recurso especial e lhe conferiu parcial provimento para que houvesse a redução em 20% (vinte por cento) da indenização fixada pela sentença em primeira instância, que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná. O Ministro Ricardo Villas Boas Cueva ressalta, ainda, em seu voto:

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com o resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, e ela é aferível, sim, pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

No caso, de fato, houve imperícia. A fundamentação das decisões, na origem, é impecável. Todos os requisitos da teoria da perda de uma chance foram observados e graduados, de modo que, também no que tange à fixação da indenização, concordo com a eminente Relatora por entender que ali se encontram algumas características que agravam a conduta do médico. Os procedimentos corriqueiros não foram adotados por ele e houve algumas circunstâncias que demonstram que ele poderia ter informado à paciente mais adequadamente sobre aqueles riscos e sobre as possibilidades de sucesso que ela teria, caso adotasse uma outra terapêutica. (BRASIL, 2017g).

Assim, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu por unanimidade ao parcial provimento do recurso especial no termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi.

4.4 A ANÁLISE DO JULGADO

Com a análise do julgado, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça apresenta três vértices à teoria da perda de uma chance: a primeira refere-se

a uma nova modalidade de dano, a segunda é a mitigação do nexo de causalidade do dano, considerando a culpa do médico com relação à chance que foi perdida e não ao dano final, no caso, a morte, pois não é possível afirmar que este resultado poderia ter sido evitado ou não e, por fim, um norteammento para o *quantum* indenizatório.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça definiu que a chance perdida deve ser considerada um bem jurídico autônomo, sendo que o dano por ela ocasionado enquadra-se entre o dano emergente. Além disso, para que a teoria possa ser aplicada e ensejar indenização, é imprescindível a observação dos critérios de seriedade e relevância do ato lesivo. No mais, a referida teoria apresenta um critério diferenciado para mensurar o dano e fixar de forma justa o valor da indenização, evitando que a reparação da chance perdida seja excessiva ou exígua. Para que isto ocorra, determina que o valor da indenização não pode, sob qualquer hipótese, ultrapassar o valor do bem jurídico que seria usufruído caso a chance não lhe fosse retirada.

No que diz respeito à teoria da perda de uma chance por conta de erro médico, o Superior Tribunal de Justiça apresenta a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, as mesmas vertentes que aponta no geral antes citado, ou seja, é um dano autônomo, há a mitigação do nexo de causalidade e ainda, critério diferenciado para a quantificação da reparação. Esses três pontos são de extrema importância para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica e o Superior Tribunal de Justiça, ao proferir a decisão em análise, exerce com maestria seu papel para que a lei federal seja interpretada e aplicada com uniformidade. A aplicação da teoria da perda de uma chance, muito bem explicada pela Relatora Ministra Nancy Andrighi, trará harmonia às decisões que envolvam a matéria.

5 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil tem como objetivo a proteção e o resguardo do direito daqueles que sofrem um dano causado por terceiro e que independentemente da intenção, acabam por causar prejuízo patrimonial e, por vezes extrapatrimonial.

A medicina é uma atividade imprescindível para a sociedade. Ocorre que, por vezes, o médico, assim como qualquer ser humano, está suscetível a cometer erros. Na seara médica, a responsabilização do profissional é subjetiva, ou seja, há necessidade da comprovação da culpa, bem como o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta do agente.

Ocorre que nem sempre a responsabilidade civil garantiu ampla proteção àqueles que sofreram danos, pelo simples fato de não se poder comprovar que o prejuízo sofrido poderia ter sido evitado caso o agente não tivesse realizado uma conduta ilícita.

Aí surge a teoria da perda de uma chance na área médica, como uma possibilidade de reparação civil diante da existência do erro médico que impossibilitou a chance de cura ou de sobrevida maior e com melhor qualidade.

A teoria clássica da perda de uma chance pode ser considerada uma nova categoria de responsabilidade civil, e observando seu contexto histórico e de evolução, é possível aplicá-la atualmente. Tal teoria está inserida no dano emergente (o que a vítima perdeu), enquadrando-se assim, em uma nova e autônoma categoria de indenização, que prioriza a frustração de se obter uma oportunidade ou vantagem, ou ainda, de não ter prejuízo. A teoria da perda de uma chance considera, em sua doutrina clássica, o contexto hipotético das chances sérias e reais e, por conta disso, a verossimilhança das alegações relativiza o nexo causal, tornando-o diferenciado. Outro aspecto importante é a quantificação do dano, ou seja, para que as chances perdidas possam, de fato, ser mensuradas, o valor devido não pode ultrapassar o valor do benefício que a vítima estava esperando ou o valor do prejuízo que seria evitado, não fosse a intercorrência do agente para o evento danoso

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do Recurso Especial n. 1.254.141/PR, demonstra que a chance da qual a vítima foi privada é um direito autônomo, devendo o agente responder pela chance frustrada. Além de

considerar a teoria da perda de uma chance como um dano autônomo, há definição de o nexo de causalidade é mitigada na aplicabilidade, e há um critério diferenciado para impor o *quantum* indenizatório, não devendo extrapolar o benefício que seria auferido.

Tais considerações trarão maior aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nas demandas que emanam do referido instituto e assim, a garantia de mais cautela dos profissionais médicos, pois mesmo que haja dificuldade de comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta, a reparação é certa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELAR, Letícia Marquez de. **A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil.** Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico – Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei 10.406. **Código Civil Brasileiro.** Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar 2017a.

_____. Decreto-Lei n. 2.848. **Código Penal Brasileiro:** Promulgado em 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 05 mai 2017b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.190.180.** Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 16 de novembro de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF>. Acesso em 13 mai 2017c.

_____. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. **Dispõe sobre o exercício da medicina.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm>. Acesso em 04 abr 2017d

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 abr 2017e.

_____. Lei 8.078. **Código de Defesa do Consumidor.** Promulgada em 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 04 mai 2017f.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 1.254.141/PR.** Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai 2017g.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil 2: Obrigações, Responsabilidade Civil.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução n. 1931/2009. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigodeeticamedica.pdf>>. Acesso em 15 abr 2017.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O dicionário de Língua Portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade Civil dos Hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.**

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, volume 4. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2007. Disponível em: <<https://www.jurua.com.br/bv/conteudo.asp?id=12384&pag=17>>. Acesso em 17 mai 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário médico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil 4: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ANEXO

ANEXO A – Recurso Especial nº. 1.254.141/PR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)**RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE : JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS : HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)

JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO : VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR : WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : MANOEL DINIZ NETO

EMENTA

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RECORRENTE : JOÃO BATISTA NEIVA

ADVOGADOS : HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO : VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS

REPR. POR : WILSON ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : MANOEL DINIZ NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO BATISTA NEIVA, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/PR no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de indenização por dano causado em virtude de erro médico, ajuizada pelo espólio de VILMA DE LIMA OLIVEIRA, pelo viúvo da *de cuius*, WILSON ROCHA DE OLIVEIRA e por seus filhos, em face do médico JOÃO BATISTA NEIVA. Alegam os autores na inicial que o réu tratou a falecida VILMA por força de um câncer de seio. Durante o tratamento da doença, alegam terem sido cometidos uma série de erros, entre os quais se destacam os seguintes: após o tratamento inicial da doença não foi recomendada quimioterapia; a mastectomia realizada foi parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical; não foi transmitida à paciente orientação para não mais engravidar; com o reaparecimento da doença, novamente o tratamento foi inadequado; o aparecimento de metástase foi negado pelo médico; entre outras alegações.

Houve prévio ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de provas, na qual o erro foi confirmado.

Em contestação, o réu negou todos os fatos, defendendo a adequação do tratamento por ele prescrito. Impugnou o laudo pericial. Também apresentou reconvenção, alegando que o processo conteria uma apologia ao suposto erro médico e que a ele seria devida indenização, tanto pelo abalo psicológico, como pelo suposto dano de imagem decorrente da acusação de erro contra ele aviada.

Sentença: julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido formulado na reconvenção, condenando o réu a uma indenização de R\$ 120.000,00 pelo dano moral causado, mais a reparação do dano material alegado na inicial.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto pelo réu.

Acórdão: negou provimento ao recurso, aplicando à hipótese a teoria da Perda da Chance (fls. 1.069 a 1.093, e-STJ). Eis a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. CULPA DO MÉDICO AO ESCOLHER TERAPÊUTICA CONTRÁRIA AO CONSENSO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA. DEVER DE DISPENSAR AO PACIENTE A MELHOR TÉCNICA E TRATAMENTO POSSÍVEL. CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS. ERRO TAMBÉM NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados (fls. 1.123 a 1.129, e-STJ).

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional (fls. 1.137 a 1.169, e-STJ). Alega-se violação dos arts.: (i) 131 e 458, I, do CPC, por deficiência de fundamentação do julgado; (ii) 145, §2º, do CPC, por impossibilidade de acolhimento de laudo pericial elaborado por profissional não especializado; (iii) 186 a 927 do CC/02 pela ausência denexo causal que permitisse a condenação; (iv) 14, §4º do CDC que impede a responsabilização objetiva de profissionais liberais.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, por decisão exarada pelo i. Des. Fernando de Oliveira, 1º Vice-Presidente do TJ/RS, à época, motivando a interposição do Ag 1.317.114/PR, a que dei provimento para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : JOÃO BATISTA NEIVA
ADVOGADOS : HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO
RECORRIDO : VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS
REPR. POR : WILSON ROCHA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MANOEL DINIZ NETO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a estabelecer, entre outras questões de natureza processual, se é razoável o critério adotado pelo TJ/PR ao apurar, com fundamento na teoria da Perda da Chance, a responsabilidade civil de um médico oncologista em hipótese em que a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer por ele adotado em paciente que, posteriormente, veio a óbito.

I - Ausência de motivação do acórdão recorrido. Violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

O recorrente afirma que o acórdão recorrido é nulo por falta de fundamentação, já que acolheu "decisão do Juízo Monocrático, apesar de reconhecer que a sentença de 1º Grau obrou em equívoco ao deixar de indicar os motivos que levaram a prova pericial a ser rejeitada".

Contudo, não foi isso que ocorreu. O que o acórdão fez foi declarar válida a sentença que, para a rejeição da prova testemunhal, reportou-se ao parecer exarado pelo MP, na origem. A ressalva feita pelo acórdão foi de que teria sido mais adequado, ainda que não fosse imprescindível, que o juízo monocrático tivesse reproduzido os argumentos do referido parecer. Mas o próprio Tribunal, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito, reforça sua argumentação observando, em raciocínio escorreito, que "para as questões essencialmente técnicas o Código de Processo Civil admite um único meio de prova: a pericial (arts. 400, II, 420, I), sem que as

testemunhas, por mais conhecimentos que possuam na área, possam substituir o perito".

Com isso, a fundamentação do julgado tornou-se completa e não há, portanto, violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

II - A necessidade de especialização do perito. Violação do art. 145, §2º, do CPC.

Para o recorrente o TJ/PR violou o art. 145, §2º, do CPC, ao permitir que a perícia, relativa aos procedimentos a serem adotados para o tratamento de Câncer de Mama, fosse conduzida, não por oncologista, mas por médico com especialização em Ginecologia, Obstetrícia e Mastologia. Para o recorrente haveria, inclusive, uma incoerência séria no julgado, porquanto o TJ/PR afirma no acórdão, referindo-se à decisão quanto à mastectomia realizada, que "somente um médico com especialização na área poderia (...) dizer se o tumor tinha 2, 5 ou mais centímetros". Contudo, para a realização da perícia ele admite que um médico sem tal especialização dê a palavra final sobre a adequação do procedimento.

A matéria, contudo, não está prequestionada, ao menos com o enfoque pretendido pelo recorrente. Com efeito, ao julgar os embargos de declaração, o TJ/PR ponderou que a suposta falta de qualificação do perito não poderia ser impugnada naquela sede porquanto a questão "foi anteriormente resolvida em primeiro e em segundo grau - por este Tribunal no agravo de instrumento n. 281.212-2/00 (fls. 542 e seguintes) -, desfavoravelmente ao réu, reputando-se então sem vícios a prova pericial e dispensável a realização de uma segunda perícia".

Portanto, ao recorrente de pouco serviria impugnar diretamente o mérito da suposta violação à regra do art. 145, §2º, do CPC, que não foi abordado. Ele deveria ter impugnado o acórdão com o fundamento na suposta inexistência de coisa julgada acerca da matéria, que pudesse impedir sua reapreciação, solicitando, inclusive, conforme o caso, a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535 do CPC. Essa providência não foi tomada, o que leva à rejeição deste capítulo do recurso, seja por força do óbice do Enunciado 283 da Súmula/STF, já que a decisão se sustenta por fundamento inatacado, seja por ausência de prequestionamento, atraindo o óbice dos Enunciados 282 e 356/STF, bem como 211 da Súmula/STJ.

III - Da indenização fixada. Perda da chance. Nexo causal.

III.a) A aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance na seara médica.

O recorrente afirma que sua condenação não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da Perda da Chance porquanto restaria ausente o indispensável nexos causal, como pressuposto do dever de indenizar (arts. 186 e 927 do CC/02). Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta Corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da Perda da Chance, mas aqui sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma *oportunidade de ganho* em favor do lesado, a chamada *perda da chance clássica* (Fernando Noronha, *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*, Vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 2003, p.669) como ocorreu nos julgamentos: do REsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre *certeza* quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e *incerteza* quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma *redução*

percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia *interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte*. Aqui, a extensão do dano *já está definida*, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas *frustrou a oportunidade de uma cura incerta*. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada vem mencionando que a Teoria da Perda da Chance nas hipóteses de erro médico *não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado*. Tanto Fernando Noronha (op.cit.), como

Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise de direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, p.222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud* Fernando Noronha, op.cit., 678), afirma que as situações de certeza quanto ao *resultado* e incerteza quanto à *causa* não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um *processo regular de produção de provas*, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização *integral*, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar

comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, *o critério seria de tudo ou nada*.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria "cessar de se lançar em acrobacias intelectuais - que são a porta aberta a todos os arbítrios – nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário".

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexos causal deveria levar ao julgamento de *improcedência do pedido*. Apenas nas hipóteses em que tal nexos estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o "paraíso de juizes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier". A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre "o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade". No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, *op.loc. cit.*)

Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de *mitigação do nexos causal*. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da "conditio sine qua non", que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexos 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*.

Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexos causal pode suscitar.

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op.Cit., págs. 71 e ss) – conquanto esse autor não advogue a independência *chance*, como dano autônomo:

A disciplina do 'Law and Economics', tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como 'commodities', avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: 'a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo'.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma *modalidade autônoma de dano*. Nas palavras de Rafael Pettefi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexos de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável." (págs. 75 e 76).

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a *chance*, como bem jurídico

autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexa causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se *direto*. Não há necessidade de se apurar se o *bem final* (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a *chance de viver* lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas *quantificar* esse *dano*, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

Esta relatora não desconhece as graves críticas que esta posição pode suscitar. Os doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do tema manifestam justa preocupação com o "risco sistemático" inerente ao tema, receosos quanto à ampliação das possibilidades de relativização do nexa causal. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes considerações de Rafael Peteffi sobre o assunto:

(...) Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao '**perigo sistemático**' engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório. Como a certeza absoluta em termos de nexa de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexa de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, 'medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz'. É por esta razão que René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso.

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexa causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido "risco sistemático" não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

"Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o

dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.

Em *Mckellips v. Saint Francis Hosp* e em *Roberson v. Counselman*, a Suprema Corte de Oklahoma e a Suprema Corte do Kansas, respectivamente, absorveram bem a matéria, afirmando, ao fundamentar as decisões, que os profissionais da saúde estariam totalmente livres de sua responsabilidade, mesmo em se tratando do erro mais grosseiro, se o paciente apresentasse poucas chances de viver.

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos."

Há, por derradeiro, uma última crítica à qualificação da perda da chance como direito autônomo à reparação civil. Trata-se da seguinte objeção, formulada por Rafael Peteffi (op.Cit., pág. 106 e 107):

"A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. Essa impossibilidade é cabalmente verificada pelo já comentado exercício de argumentação, efetuado por autores franceses e norte-americanos. Nesse sentido, se um médico comete um terrível erro técnico, aumentando o risco de morte de uma paciente (ou diminuindo as suas chances de viver) e, mesmo assim, o paciente recupera a sua saúde perfeita, a maioria da doutrina acredita que não há dano passível de reparação. Portanto, esse 'prejuízo distinto do benefício esperado' parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima". (págs. 106 e 107)

Essa crítica, contudo, também não se sustenta. No exemplo fornecido por Peteffi não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Vale lembrar que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de “perda de chance clássica”, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

III.b) O preenchimento dos pressupostos da aplicação da Teoria da Perda da Chance na hipótese dos autos e a respectiva consequência.

III.b.1) Os pressupostos

Definida a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance para a solução da hipótese dos autos, resta analisar, por um lado, o preenchimento de seus pressupostos, e por outro, a adequação das consequências extraídas a partir desses pressupostos pelo TJ/PR. Essa atividade, tendo em vista o óbice do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, tem necessariamente de partir das conclusões, quanto à prova, a que chegou o acórdão recorrido. Ou seja: não pode ser discutido nesta sede o fato, já reconhecido na origem, de que o tratamento dispensado à *de cuius* foi inadequado.

Importante ressaltar que esta discussão não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdadeiro, por um lado, que *a oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida*

mais confortável é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica a transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o 'de cujus' mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer em todas as situações em que se pleiteia indenização por força do falecimento de um ente querido.

Estabelecido esse pressuposto, para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou

omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Analisando esses fatores, o TJ/PR, inicialmente, pondera que na decisão acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido a paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que o *procedimento correto*, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados *ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica*. Vale dizer: ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, *ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência*. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Da leitura do acórdão recorrido pode-se extrair que: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até a cura da paciente era real e concreta; (ii) que há uma relação direta entre o tratamento inadequado e a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompe o referido nexo de causalidade, entre o

tratamento inadequado e a chance perdida; (iv) o dano final está provado, com a morte da vítima.

Analisando a prova dos autos, o TJ/PR concluiu que o procedimento adotado pelo réu não foi adequado porque, em primeiro lugar, a melhor decisão acerca da cirurgia a ser feita para tratamento de câncer de mama depende essencialmente do tamanho do tumor. Na hipótese dos autos, segundo se apurou na perícia, não era possível afirmar com certeza qual o tamanho do tumor que vitimava a paciente, de modo que a sua classificação deveria ter sido estabelecida, necessariamente, como de tamanho *não definido*. Para hipóteses de tumores de tamanho não definido, a comunidade médica, segundo se apurou na perícia, jamais recomenda a cirurgia de quadrantectomia, mas a mastectomia radical.

Em segundo lugar, ficou estabelecido que a recomendação de quimioterapia e a radioterapia feita pelo réu, antes e depois da cirurgia, não observou o protocolo mais adequado, segundo a literatura médica atualizada, sendo que "na doença neoplásica a escolha do tratamento ideal se baseia em dados estatísticos mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento em que a chance de êxito ficou diminuída" (fl. 1.087, e-STJ).

Em terceiro lugar, "houve também culpa no acompanhamento pós-cirúrgico", uma vez que "o réu deveria ter solicitado outros exames" (fl. 1.088, e-STJ), como cintilografia óssea, mamografia, ultrassonografia de abdômen, raio-x de tórax. O médico, contudo, não seguiu esse procedimento.

Em quarto lugar, as chances de melhora ou mesmo de cura foram consideradas, pela análise do conjunto fático-probatório dos autos, *sérias e objetivas* pelo TJ/PR, uma vez que a perícia estabeleceu que "se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, as metástases poderiam ter surgido, mas com probabilidade menor que com o tratamento utilizado" (fl. 1.086, e-STJ). A vítima, assim, teria "chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevivida menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva" (fl. 1.088, e-STJ). Nesse sentido, podem ser destacadas os seguintes trechos do laudo pericial, inteiramente acolhido pelo TJ/PR:

“11 – Se o requerido tivesse adotado outro tratamento desde o início, a metástase teria aparecido? Quais as probabilidades?

Resposta: Poderia ter aparecido. Mas, com uma probabilidade menor do que com o tratamento que foi utilizado.

12 – Se a requerida tivesse recebido o tratamento específico para a doença quando dos primeiros exames, quando apareceram as dores e as primeiras lesões, qual a probabilidade de cura?

Resposta: Probabilidade de cura muito baixa, porém, com melhor qualidade de vida.

13 – Após doze sessões de quimioterapia, com 03 diferentes drogas, os exames ainda revelam a doença em evolução. Se outro fosse o tratamento, quais as chances de ter sido controlada a doença?

Resposta: Depois do aparecimento das metástases, as chances de controlar a doença são poucas e difíceis.

14 – Queira o Sr. Perito prestar outros esclarecimentos que entender necessários.

Resposta: Sim, deveriam ter sido realizadas mamografias.

(fls. 266 a 268, e-STJ)

Disso decorre que o pedido de dano moral formulado e deferido pelo TJ/PR teve como causa de pedir a imperícia médica que resultou numa verdadeira 'via crucis' para a vítima, especialmente no período de aparecimento da metástase e a sua morte. Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la.

III.b.2) As consequências - o valor da indenização

Como dito acima, a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado.

O TJ/PR não desconhece esse fato. Contudo, não o aplica, ponderando que "para a indenização do dano moral" (...) "esse não pode ser o único critério a ser considerado pelo Juiz, exatamente pela característica do dano extrapatrimonial que o tornam de difícil mensuração". Segundo o acórdão recorrido, as peculiaridades da reparação por dano moral determinam que o "o número de chances perdidas passa a ser mais um critério dentre outros" (fl. 1.091, e-STJ).

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento em que a Perda da Chance leva a uma indenização "não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida", de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que "não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevida previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade".

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfoury Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - "Responsabilidade Civil do Médico", Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), "em se tratando da perda de uma chance, a indenização jamais poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida".

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar *a redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil*. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede.

É, portanto, necessário dar solução à causa aplicando o direito à espécie, conforme determina o art. 257 do RI/STJ.

Na hipótese dos autos, há diversos momentos do tratamento em que podem ser identificadas falhas do médico responsável. No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que "não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer

tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor" (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, ' e-STJ) e que "na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída".

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos *da sentença*, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, exclusivamente para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR, com correção monetária a partir da publicação da sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Sr. Presidente, também parablenizo a Sra. Ministra Nancy Andrighi pelo cuidadoso trabalho de pesquisa e de fundamentação.

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com o resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, e ela é aferível, sim, pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

No caso, de fato, houve imperícia. A fundamentação das decisões, na origem, é impecável. Todos os requisitos da teoria da perda de uma chance foram observados e graduados, de modo que, também no que tange à fixação da

indenização, concordo com a eminente Relatora por entender que ali se encontram algumas características que agravam a conduta do médico. Os procedimentos corriqueiros não foram adotados por ele e houve algumas circunstâncias que demonstram que ele poderia ter informado à paciente mais adequadamente sobre aqueles riscos e sobre as possibilidades de sucesso que ela teria, caso adotasse uma outra terapêutica.

Então, concordo inteiramente com a eminente Relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0078939-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.254.141 /PR**

Números Origem: 11642002 3595820028160001 415873402

PAUTA: 04/12/2012 JULGADO: 04/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **JOÃO BATISTA NEIVA**

ADVOGADOS : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)**

JOSEMAR PERUSSOLO

RECORRIDO : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**

REPR. POR : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**

ADVOGADO : **MANOEL DINIZ NETO**

ASSUNTO: **DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.