

IVONE DO CARMO FERREIRA FERNANDES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR E A
PERDA DE UMA CHANCE**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS

2013

IVONE DO CARMO FERREIRA FERNANDES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR E A
PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada à banca examinadora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga (FIC), como requisito de obtenção parcial do título de bacharel em direito, sob a orientação do professor orientador Cláudio Boy Guimarães.

FIC – CARATINGA

2013

AGRADECIMENTOS

“Louvarei o nome de Deus com cânticos e proclamarei sua grandeza com ações de graças”. (Salmos 69:30). E é ao meu bom e grandioso Deus que dou graças pelos anos que passei na faculdade, pois, sem o Senhor jamais teria alcançado essa vitória. Agradeço também a minha mãe, que com tanto esforço me ajudou e incentivou nesses anos a continuar e jamais desistir. A minha irmã Nilda por me impulsionar a fazer este curso, Obrigada! Agradeço também a todos os amigos, parentes e irmãos na fé pelas orações, estímulos e palavras de auxílio e que de alguma forma acreditaram na minha vitória.

“Bem-aventurado o homem que acha sabedoria, e o homem que adquire conhecimento; Porque é melhor a sua mercadoria do que artigos de prata, e maior o seu lucro que o ouro mais fino. Mais preciosa é do que os rubis, e tudo o que mais possas desejar não se pode comparar a ela”.

Provérbios 3:13-15

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo discorrer a respeito da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar, visto que, conquanto tenha obrigação de meio, não de fim, o profissional desta área deve se valer de todos os meios necessários para alcançar o melhor resultado possível para o paciente, possibilitando, assim, que este obtenha a cura ou mesmo sobreviva. A perda de uma chance no âmbito médico é conhecida como a perda de chance de cura ou de sobrevivência, pelo fato de a falta médica acabar consistindo, justamente, em não dar ao paciente todas as chances possíveis de cura ou de sobrevivência, retirando, dele, oportunidades sérias e reais, logicamente envoltas por um juízo de probabilidade, não de uma mera possibilidade. Daí a relevância do tema, já que, a ação médica omissiva não causa a enfermidade ou a morte do paciente, mas, faz com que o doente perca todas as possibilidades de sua doença vir a ser curada. Assim é que a perda da chance de cura ou de sobrevivência exigirá comprovação de que o dano ocasionado seja concreto e real e que havia um alto grau de probabilidade para obter um benefício ou para evitar um prejuízo, já que o que se pede é a chance que dado paciente tinha de ser curado – não necessariamente da continuidade da sua vida -, isto é, a perda de chance de um resultado favorável no tratamento, cabendo, assim, ao médico, esgotar todos os meios possíveis e necessários para se alcançar o melhor resultado, prevenindo danos, evitando, pois, prejuízos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; responsabilidade civil médica-hospitalar; perda de uma chance; indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	09
CAPITULO 1 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
1.1 Caracterização e pressupostos da responsabilidade civil.....	13
1.1.1 Conduta.....	14
1.1.2 Dano.....	15
1.1.3 Nexo causal.....	18
1.2 Diferença entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	19
CAPÍTULO 2 – DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	23
2.1 Chances sérias e reais.....	23
2.2 Quantificação das chances perdidas.....	27
CAPÍTULO 3 – A APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR.....	31
3.1 O acolhimento da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro.....	31
3.2 A responsabilidade civil do médico e do hospital frente ao Código de Defesa do Consumidor.....	35
3.3 A aplicação da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46
ANEXO.....	50

INTRODUÇÃO

Um dos principais ramos dentro do Direito Civil é a responsabilidade civil, que surge a partir de um descumprimento obrigacional já existente tanto de origem contratual ou extracontratual, podendo configurar um ato ilícito, gerando, então, um novo dever jurídico, o de ressarcir o dano.

Neste sentido, em face da nova realidade social, surge a responsabilidade civil pela perda de uma chance com o escopo de preencher as lacunas existentes no âmbito da responsabilidade civil, principalmente, na seara médica, que, neste caso é conhecida como a perda da chance cura ou de sobrevivência, uma vez que, a falta do profissional ou até do próprio hospital consiste em não dar ao paciente todas as chances possíveis e conhecidas de cura ou de sobrevivência, causando assim, danos ao paciente, justamente por ter retirado deste todas as probabilidades existentes.

Nota-se, portanto, a importância do estudo do tema ora apresentado, por se tratar de uma nova opção de responsabilização e conseqüente indenização, cuja finalidade é trazer solução para problemas que antes ficavam sem recursos, visto que, em alguns casos um retardo no tratamento poderá levar o paciente a óbito ou, no mínimo, lhe trazer sequelas irreversíveis, causando uma grave lesão ao sujeito.

De mais a mais, se faz necessário voltar à atenção para este tema, a fim de que seja debatida, mais profundamente, a possibilidade de ser aplicado, dentro do ordenamento jurídico pátrio, a própria “teoria da perda de uma chance” como um critério de apuração da responsabilidade civil ocasionada pela conduta médica, em razão do artigo 186 do Código Civil, com finalidade de se definir argumentos mais sólidos sobre o tema, pelo fato de que, este é um assunto visto e discutido no campo jurídico, porém, não definido por lei própria, mas, que dia após dia, tem sido aceito tanto por juristas da escola tradicional, quanto da escola contemporânea.

Surge então um questionamento que compõe o problema jurídico desta pesquisa: é possível aplicar dentro do ordenamento jurídico pátrio, a “teoria da perda de uma chance” como um critério de apuração da responsabilidade civil ocasionada por conduta médica?

Diante disso, extrai-se, o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro exemplificado no julgamento da Apelação Cível nº. 8.137/2006, cujo relator foi o Desembargador Roberto de Abreu e Silva, marco teórico deste trabalho, a hipótese da possibilidade jurídica da responsabilização civil por perda de uma chance na conduta médica-

hospitalar, visto que, muitas das vezes, determinada conduta, na maior parte omissa, poderá impedir que o paciente receba socorro imediato necessário para sua cura e/ou sobrevivência. Tal conduta vai de encontro ao interesse não só da vítima, mas da sociedade como um todo, haja vista que é interesse do Estado reparar práticas de atos lesivos, a fim de garantir as pessoas solução para seus litígios.

Tem-se por objetivo identificar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade da aplicação da teoria da perda de uma chance na apuração de responsabilidade civil ocasionada por conduta médica e pela prestação de serviços do hospital. Ademais, têm-se, ainda, como objetivos específicos fazer um estudo comparativo da teoria da perda de uma chance no Brasil e no mundo; Colacionar a jurisprudência dos mais diversos tribunais brasileiros sobre o tema; Selecionar os distintos entendimentos doutrinários sobre o tema, por meio de levantamento de referencial bibliográfico; Identificar, na legislação pátria, as normas que, direta e indiretamente, regem a questão temática; Compreender, diante do levantamento legal, doutrinário e jurisprudencial feito, as diferentes perspectivas sobre o tema.

Como metodologia, ter-se-á o modelo teórico-dogmático, marcado pela interdisciplinaridade das diversas áreas do direito, como Direito Civil e o Direito do Consumidor.

A presente monografia será dividida em 3 (três) capítulos. O primeiro capítulo intitulado “Da responsabilidade civil no Direito brasileiro” estará abordando de forma ampla, os principais aspectos da responsabilidade civil e demais institutos ligados a matéria.

O segundo capítulo sob o título “Da teoria da perda de uma chance” esboçará algumas questões sobre a teoria da perda de uma chance, chances sérias e reais e a quantificação das chances perdidas.

E por fim, no terceiro capítulo, qual seja, “A aplicação da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar”, analisará acerca do acolhimento da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio, trazendo argumentos contrários e favoráveis à aceitação de sua aplicação à apuração de responsabilidade civil médica e hospitalar.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Em virtude da importância da temática acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é essencial a análise de alguns conceitos fundamentais, com o objetivo de averiguar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Neste caso, têm-se alguns conceitos basilares para análise em questão, dentre os quais se incluem a “responsabilidade civil”, “responsabilidade médico-hospitalar”, “perda de uma chance” e “indenização”, os quais serão esclarecidos a partir de então.

De imediato é indispensável compreender o tema responsabilidade civil, tratando, assim, de seu conceito. Sob este prisma, entende Maria Helena Diniz que “o vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo”.¹

Na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o conceito jurídico de responsabilidade civil está relacionado a um dever jurídico sucessivo advindo de uma consequência jurídica de um fato, no que afirmam:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.²

Ainda sobre este assunto, entende Sergio Cavalieri Filho que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.³

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. Responsabilidade Civil. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p.33.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. vol. Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

³ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

Vê-se que a responsabilidade civil surge quando a transgressão ocorre em razão da violação de um dever jurídico originário, que, muitas das vezes acarretam danos para outrem, gerando um dever jurídico sucessivo, que está relacionado à reparação do dano, qual traz sobre o agente a responsabilização pelo ato cometido.

No que se refere à responsabilidade médico-hospitalar, é necessário que a relação médico e hospital sejam avaliados de forma separada com o objetivo de analisar separadamente a conduta de ambos – médico e hospital – no exercício da profissão, pois nos dois casos a responsabilidade não será a mesma. Neste caso, o Relator e Ministro Sidnei Beneti do Superior Tribunal de Justiça (STJ) menciona:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO – CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.⁴

Complementando o conceito acima, o autor Carlos Roberto Gonçalves traz que:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.⁵

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 696.284/RJ**. 3ª Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ERRO+DE+DIAGN%D3STICO+DE+SEU+PLANTONISTA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 29 set. 2013.

⁵ GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2013. p. 273.

Em ambos os casos, deverá ser apurada a conduta do agente, sendo certa que, a responsabilidade não poderá ser a mesma por se tratar de situações diferentes, no caso do médico, no que tange a sua atuação de forma individual ou quando utilizar o espaço do hospital, sua responsabilidade deverá ser comprovada, que neste caso, trata-se de uma responsabilidade subjetiva, já no caso do profissional médico que enquadra o corpo clínico do hospital, ou até mesmo, o hospital como prestadora de serviços, a responsabilidade deste será objetiva, sendo responsabilizado independente de culpa (vale ressaltar que no presente trabalho será abordada a responsabilidade do hospital, no entanto, neste ponto é imprescindível trazer sobre a responsabilidade do médico, uma vez que, este compõe o corpo clínico do hospital, abordando a diferença entre a responsabilidade de ambos).

Quanto à caracterização da perda de uma chance, Flávio Tartuce aduz que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”.⁶ Neste contexto, a definição de Sérgio Savi é que:

A chance implica necessariamente em uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.⁷

Basicamente a teoria da perda de uma chance está relacionada a um possível ganho, que, de alguma forma foi interrompido, de tal modo que gerou um dano a vítima e que, poderia ter um resultado benéfico a este, se não tivesse sido impedida, por esta razão, a perda de uma chance pode ser considerada suscetível de indenização, é o que diz Sérgio Savi “a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento”.⁸

Por fim, acerca do termo indenização no dicionário jurídico esta palavra trata-se de uma: “Ação que a pessoa prejudicada propõe, devido à violação de seus direitos, exigindo nesta ação reparação do mal causado”.⁹

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a ideia de indenização em sentido amplo nada mais é que “toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva

⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar; São Paulo: Método, 2011. p. 439

⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

⁸ *Idem*. p. 111.

⁹ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 122.

para satisfazer um pagamento a que está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico”,¹⁰ neste sentido, a finalidade da indenização será o de restabelecer aquilo que foi perdido pela vítima, que, neste caso, seria o dano, deste modo, se houver um dano, conseqüentemente, haverá o direito de indenizar.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 3. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 392.

CAPÍTULO 1 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Caracterização e pressupostos da responsabilidade civil

Sobre a caracterização e os pressupostos da responsabilidade civil, imprescindível se faz a abordagem de cada item com o objetivo de compreender o papel destes caracteres na responsabilidade civil.

A base fundamental da responsabilidade civil se encontra no artigo 186 do Código Civil, termos que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹¹

Analisando o artigo supracitado a doutrina majoritária adotou como principais elementos para a caracterização da responsabilidade civil a conduta humana seja comissiva ou omissiva, o dano que poderá ser material ou moral e a relação de causalidade ou nexos causal. Vale destacar que, no caso dos elementos citados a doutrina considera a culpa genérica como dever de indenizar.

Embora a doutrina majoritária considere a culpa genérica como pressuposto da responsabilidade civil os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho consideram culpa genérica um elemento accidental da responsabilidade civil, senão vejamos:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: a *conduta humana* (positiva ou negativa), o *dano ou prejuízo*, e o *nexo de causalidade*, todos eles desenvolvidos cuidadosamente nos próximos capítulos.¹²

Para os autores acima a culpa não é um elemento geral para caracterização da responsabilidade civil, considerando, o fato de existência da responsabilidade objetiva. De qualquer modo prevalece o entendimento majoritário em que a culpa genérica ou *lato sensu*¹³ seja considerada um elemento essencial para caracterização de responsabilidade civil, bem como, os outros elementos citados, os quais serão abordados separadamente neste capítulo.

¹¹ BRASIL, **Lei 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. vol. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

¹³ Em sentido amplo.

1.1.1 Conduta

A conduta é classificada como um dos pressupostos essenciais para a verificação de responsabilidade civil, pois, diz respeito ao ato humano, pela ação ou omissão, lícita ou ilícita, voluntária ou objetivamente imputável, que poderá ser causado pelo próprio agente, pelo fato de animal ou coisa, que venha causar danos a outrem.

Em relação ao conceito de conduta, para o doutrinador Sergio Cavalieri Filho é compreendido como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”,¹⁴ para os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”.¹⁵

Neste caso, exclusivamente o ser humano é que terá por si só ou por meio das pessoas jurídicas, capacidade de causar danos a outrem seja pela ação ou omissão, mas, na maioria das vezes conduzida pela voluntariedade do agente.

No que tange as formas de conduta humana, a ação ou comissão na responsabilidade civil, pode ser entendida como a prática de um ato que não deveria ser realizado, porém, evitado, no entanto, a omissão, contrária à ação, é a não observância de um dever de agir, neste caso, o agente se torna inerte quanto ao dever de agir. Segundo Sergio Cavalieri Filho:

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a mote ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo.¹⁶

Quanto à omissão, Fábio Ulhoa Coelho menciona que:

A omissão pode ser causa ou condição do evento danoso. Será causa se quem nela incorreu tinha o dever de agir e sua ação teria, com grande probabilidade, evitado o

¹⁴ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. vol. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

¹⁶ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

dano. Ausente qualquer um desses requisitos, é condição. Apenas a omissão-causa implica responsabilidade civil pelos danos que a ação teria evitado.¹⁷

Ora, a omissão, a princípio não há como gerar prejuízo físico ou material a vítima, tendo em vista que, o próprio termo omissão é caracterizado pela inatividade de uma conduta, no entanto, quando o agente “tem o *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente”,¹⁸ percebe-se que este se tornou responsável por não agir no momento em que carecia de sua ação e que, devido a esta conduta, ocorreu o dano.

Neste sentido, quanto à conduta omissa, conforme expõe Sergio Cavalieri Filho somente os pais e o médico serão responsáveis pela omissão, vejamos:

Somente os pais, por exemplo, respondem, civil e penalmente, pela omissão alimentar dos filhos, porque a eles cabe o dever legal de alimentá-los; somente o médico contratado pelo paciente, ou que está adstrito ao atendimento, responde pela falta desse atendimento, porque assumiu a posição de garantidor (ou garante) da não ocorrência do resultado, e assim por diante.¹⁹

Por todo o exposto, percebe-se, que a conduta, será imprescindível na apuração de responsabilidade civil, pelo simples fato de que, a conduta humana está inteiramente ligada ao dano, por meio de uma ação ou omissão, que, neste caso se configura um ato ilícito, reprovável pela lei.

1.1.2 Dano

No que tange à visão do elemento “dano” na seara jurídica, pode-se dizer que se trata de algo indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, pois, sem ele não há que se falar em ressarcimento pelo prejuízo sofrido. Aliás, o dano tem suas linhas delineadas por Sergio Cavalieri Filho ao afirmar:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Obrigações: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 321.

¹⁸ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

¹⁹ *Idem*. p. 25-26.

outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.²⁰

De fato, o dano é um dos requisitos mais importantes na responsabilidade civil, principalmente quando se trata de indenização, que fatalmente ensejará um decréscimo no patrimônio da vítima, pois se não houvesse a ocorrência de dano, mas, somente indenização, seria causa de enriquecimento ilícito.

Tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência pátrias subdividem e classificam o dano como moral e material, o que é inclusive abordado em nossa legislação ao tratar do dano moral. Vejamos, por exemplo, o art. 186 do Código Civil brasileiro: “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”.²¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), no seu art. 5º, V, também utiliza esta subdivisão, tratando, ainda, do dano à imagem de forma autônoma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.²²

No que se refere ao dano moral, é perceptível que, esta modalidade de dano não se trata de uma ofensa econômica, mas de um insulto ligado à dignidade pessoal do homem. Sobre este assunto Yussef Said Cahali, diz que o dano moral:

É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (honra reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano puro (dor, tristeza, etc.).²³

²⁰CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 76 -77.

²¹ BRASIL, **Lei 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

²² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 02 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

²³ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 24.

Em relação ao dano material, Sergio Cavaliere Filho, aduz que, o dano material ou patrimonial: “[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”,²⁴ ou seja, o dano material ou patrimonial ocorre um decréscimo econômico relacionado a algum bem material da vítima.

Ainda sobre o dano material, nos termos do art. 402 e 403 do Código Civil brasileiro, os danos materiais podem se subdividir em: dano emergente ou lucro cessante. Veja o que dispõe os artigos supracitados:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.²⁵

Ora, Sílvio Salvo Venosa caracteriza o dano emergente como: “[...] uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: *aquilo que efetivamente perdeu*”,²⁶ por outro lado, sobre o lucro cessante o mesmo autor diz que: “lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar. [...] Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano”.²⁷

Um exemplo claro em relação ao dano emergente e o lucro cessante, seria o caso de taxista autônomo, que por causa da imprudência de outro motorista, vem a sofrer danos em seu veículo de trabalho ficando impossibilitado de retomar com suas atividades, neste sentido, os danos sofridos no veículo e possivelmente físicos, serão considerados os danos emergentes, aquilo que a vítima perdeu em decorrência do acidente, já o período em que ficar em recuperação sem poder retornar ao trabalho, será o lucro cessante, calculado a uma média daquilo que efetivamente deixará de receber no tempo em que estiver parado ou até, não puder mais voltar as suas atividades.

Diante de todo o exposto, pode se observar, tanto o dano moral como o dano material podem estar presentes diante de uma conduta ilícita, ademais, o dano é sem dúvidas, o

²⁴ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

²⁵ BRASIL, **Lei nº 10.406, (Código Civil brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

²⁷ *Idem*. 2004. p. 36.

principal requisito para a ação de indenização, pois, trata-se de um decréscimo sofrido pela vítima, e sem o dano não haverá indenização e consequentemente a responsabilidade.

1.1.3 Nexo causal

Como terceiro pressuposto da caracterização de responsabilidade civil, o nexos causal é a conexão entre o prejuízo produzido e a conduta ilícita praticada pelo agente, neste caso, em relação ao conceito de nexos causal, Sergio Cavalieri Filho apresenta que:

O conceito de nexos causal não é jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Em suma, o nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. Pode-se ainda afirmar que o nexos de causalidade é o elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, [...] mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.²⁸

No caso em tela o autor traz o nexos causal como se fosse um liame entre a conduta e o resultado, é o que também compreende os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, certo que: “somente poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo”.²⁹

Para Flávio Tartuce o nexos de causalidade pode ser visto tal como “um *cano virtual*, que liga os elementos da conduta e do dano”,³⁰ ou seja, não haverá a obrigação de indenizar, se, existir o prejuízo e seu motivo não estiver relacionado à conduta do suposto ofensor, o que certamente inexistirá a relação de causalidade entre a conduta e o dano.

A diferença entre os dois conceitos é que, para a doutrina majoritária o nexos de causalidade é como se fosse uma ligação direta entre a ação humana e o prejuízo, diferente da visão de Flávio Tartuce, que imagina o nexos causal como um “cano virtual” entre a conduta e o dano, podendo ocorrer uma situação em que, no momento da investigação dos fatos, o suposto agente não era o consumidor do dano.

²⁸ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 9. ed. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

³⁰ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar: São Paulo: Método, 2011. p. 420.

Importante destacar neste tópico que, o nexos causal não é pressuposto único da responsabilidade subjetiva, mas também, da responsabilidade objetiva. É o que expõe Flávio Tartuce:

Ora, a responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar.³¹

Independente se for responsabilidade subjetiva ou objetiva, certo é que, entre a conduta do agente e o dano deve existir uma relação de causalidade, pois, inexistindo, não há como falar em ressarcimento em razão de uma conduta inexistente do suposto agressor.

Por fim, há duas correntes acerca do nexos de causalidade, a teoria da equivalência das condições, onde estabelece que, todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil e a teoria da causalidade adequada, nesta teoria, será observada a causa predominante que provocou o dano.³² Neste caso, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 403³³, adotou a teoria da causalidade adequada.

1.2 Diferença entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Quanto às espécies de responsabilidade civil, esta poderá ser classificada em subjetiva ou objetiva. Em suma, pode-se avaliar que a responsabilidade civil subjetiva tem como embasamento a teoria da culpa, conforme disciplina o art. 186 do Código Civil brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.³⁴

Ora, ao abordar o artigo supracitado, o autor Sergio Cavalieri Filho faz a seguinte referência:

O código civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra *culpa* está sendo

³¹ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar: São Paulo: Método, 2011. p. 420.

³² GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. 5. ed. 4. vol. São Paulo: Saraiva 2013. p. 356-357.

³³ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁴ BRASIL, **Lei 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.³⁵

A culpa é sem dúvidas o elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva, cabendo a sua demonstração quanto à atuação do agente que tenha atuado com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

No caso em tela, existem três pressupostos notáveis no artigo 186 do Código Civil brasileiro, que caracterizam a responsabilidade civil subjetiva, qual seja o elemento formal, que é a violação de um dever jurídico por meio de uma conduta voluntária, o elemento subjetivo, compreendido entre o dolo ou a culpa e o elemento causal-material, que é o dano e a relação de causalidade. Neste sentido, Sergio Cavalieri Filho sintetiza que:

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa*, viola *direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por *violação de direito* deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.³⁶

Quanto à responsabilidade civil objetiva, ao contrário da responsabilidade civil subjetiva, esta é baseada na teoria do risco não sendo necessária a demonstração de culpa, neste caso, o art. 927 do Código Civil brasileiro anuncia que:

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.³⁷

Nota-se, que o art. 927 é claro ao expor que na responsabilidade civil objetiva não se discute a questão da culpa, quando se tratar de casos especificados em lei ou, quando a

³⁵ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012.. p. 17-18.

³⁶ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p.17.

³⁷ BRASIL, **Lei 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

atividade exercida pelo agente insinuar risco a outrem, ainda sobre esta questão, Washington de Barros Monteiro aduz que:

A responsabilidade objetiva é fundamentada no risco. Aqui não importa se houve dolo, se houve negligência, ou imprudência, ou imperícia. Importa apenas a existência da ação e do dano. Diante de ação lesiva e da relação de causalidade entre a ação e o dano surge a responsabilidade civil. Em suma, não se cogita da subjetividade do agente, A vítima somente precisa demonstrar a ação ligada ao dano, para que surja o dever do lesante de repará-lo.³⁸

Adentrando especificamente na questão, a responsabilidade civil objetiva é dividida nas seguintes teorias: teoria do risco integral; teoria do risco proveito; teoria do risco profissional, teoria risco excepcional e teoria do risco criado.

A teoria do risco integral, segundo Sérgio Cavalieri Filho é: “[...] destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexos causal”.³⁹ Neste sentido a relação de causalidade é indispensável, sendo escusado o elemento culpa e o dever de indenizar estará inserido no dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Sobre o risco proveito, esta teoria, de acordo com Washington de Barros Monteiro, está “baseado na ideia de que quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo”.⁴⁰

O risco profissional, como o próprio termo diz, decorre de uma atividade laborativa do lesado, qual pode ocorrer por meio de um acidente com o próprio empregador. Já a teoria do risco excepcional; menciona Sergio Cavalieri Filho, que nesta teoria, “a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça.”⁴¹ Um exemplo dessa teoria seria o caso de uma explosão de energia nuclear, materiais radioativos entre outros casos.

Por fim, a teoria do risco criado é teoria que melhor explica a responsabilidade civil objetiva, pois, trata-se de profissionais cuja atividade ou profissão coloca outras pessoas em risco, ou seja, cria um perigo, podendo causar danos a outrem. Apesar da profissão ou atividade expor o sujeito ao risco de sofrer danos, não quer dizer, que, a profissão ou atividade

³⁸ MONTEIRO. Washington de Barros. et al. **Curso de direito civil: direito das obrigações 2ª parte.** 37. ed. vol 5. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 559.

³⁹ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012.p. 155.

⁴⁰ MONTEIRO. Washington de Barros. et al. **Curso de direito civil: direito das obrigações 2ª parte.** 37. ed. vol 5. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 569.

⁴¹ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 154.

seja ruim a sociedade ou até para o agente, mas, ao estabelecer tal critério de responsabilização, torna mais equitativa para a vítima, que, não terá a obrigação de provar que o dano veio de uma vantagem ou benefício obtido pelo autor do dano.

Por todo o exposto, percebe-se, que, juntamente com a evolução da humanidade, veio a progresso da responsabilidade civil, que, a cada tempo tem buscado novas teorias a fim de solucionar ao máximo os conflitos entre a sociedade. A princípio, no campo da responsabilidade civil, falava-se, apenas, na responsabilidade civil subjetiva, sendo então a vítima obrigada a provar que o suposto agente agiu de forma ilícita, no entanto, ao passar dos tempos, surge à responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco atribuindo diretamente a culpa ao causador do dano, desde que, comprovada a sua relação de causalidade nos fatos.

CAPÍTULO 2 – A PERDA DE UMA CHANCE

De origem francesa a teoria da perda de uma chance surgiu como uma forma de solucionar algumas questões no campo da responsabilidade civil, que antes não tinham respostas concretas, mas, que a partir dessa teoria passaram a ser elucidadas.

Segundo Sergio Savi a palavra *chance* para os franceses expressa “a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”.⁴² Por ser de origem francesa, a teoria da perda de uma chance ganhou mais enfoque neste país, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, onde se passou a defender a perda de uma chance como um dano diverso do resultado final.

Apesar da ampliação dos estudos na França, a teoria da perda de uma chance foi ignorada por um tempo pelo Direito devido às dificuldades de afirmar que sem a ação do ofensor a vantagem seria obtida. Assim, por não ter a garantia do prejuízo, ignorava-se o dano da perda da oportunidade, entretanto, ocorriam casos em que os tribunais pediam à vítima que produzisse provas a fim de comprovar o alegado.⁴³

Felizmente, devido ao avanço do estudo das estatísticas e probabilidades, atualmente é possível perceber com mais precisão um dano independente do resultado final. Deste modo, a teoria da perda de uma chance vem ganhando força na seara da responsabilidade civil sendo aplicada em diversos casos, como por exemplo, o advogado que perde o prazo para interpor um recurso ou o médico que traz um diagnóstico errado impedindo uma chance de sobrevivência do paciente.

Desta forma, a teoria passa a ser reconhecida como uma possibilidade da vítima poder lograr uma indenização pelo prejuízo sofrido devido a uma interrupção do agente, mas, não com o escopo de punir o ofensor e sim como uma forma de garantir à vítima a reparação do dano.

2.1 Chances sérias e reais

No que se refere aos critérios de aplicação da teoria da perda de uma chance a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos

⁴² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 03.

⁴³ *Idem*, 2009. p. 02.

tribunais franceses⁴⁴, cujo objetivo é separar os danos meramente eventuais dos danos prováveis, mas, indenizáveis. Sob este prisma, Rafael Peteffi diz que:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.⁴⁵

A subjetividade neste caso trata-se, de uma mera possibilidade da vítima alcançar o resultado esperado o que para a doutrina não demonstra um caráter de certeza, não podendo ser indenizável, neste sentido, Sérgio Savi diz que: “a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento”.⁴⁶

De fato a chance implica em um enigma tendo em vista que um determinado evento poderia se produzir caso no curso do processo não tivesse ocorrido determinado fato, que retirasse da vítima a oportunidade de alcançar o resultado desejado.

Logo, a mera possibilidade pode ser vista nos casos em que haveria chances remotas de se obter o resultado esperado, pouco importando a conduta do agente, uma vez que, por si só, a mera possibilidade seria incapaz de impedir o resultado, por esta razão, não seria passível de indenização,

Ao fazer uma análise do assunto, o autor Rafael Peteffi diz que muitos doutrinadores afirmam que um dos maiores motivos para os Estados Unidos da América restringir a teoria da perda de uma chance à seara médica é justamente pela falta de estatísticas seguras nas outras áreas. Neste caso, nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance médica, o sistema norte-americano analisa o procedimento médico no sentido de averiguar a porcentagem das chances retiradas de sobrevivência do paciente. Assim, se o procedimento médico retirou 51% (cinquenta e um por cento) de chances de sobrevivência do paciente, caracterizada estaria a relação de causalidade entre a ação do agente (médico) e o dano final (perda da sobrevivência), sendo averiguada apenas os casos em que o agente retirasse menos de 50% (cinquenta por cento) de chances da vítima.⁴⁷

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

⁴⁵ *Idem*. p. 138.

⁴⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111.

⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139/141.

Quanto à doutrina francesa Rafael Peteffi diz que, esta admite uma gama maior de aplicações da teoria em outras áreas, como por exemplo, na seara judicial.⁴⁸ Neste mesmo sentido, Sergio Savi fala que devido aos estudos desenvolvidos na França a admissão de indenização pela perda de uma chance não estava na vantagem esperada, mas sim na existência de um dano diverso do resultado final, ou seja, a perda da chance.⁴⁹

Contrariamente a doutrina francesa, na Itália, Rafael Peteffi menciona que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente é alcançado se a vítima provar que possuía, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) de possibilidade de alcançar a vantagem esperada,⁵⁰ o que de fato, é uma postura compreensível em relação à aplicação e responsabilização pela perda de uma chance, tendo em vista, que, com relação à aferição de se ter ou não direito a reparação pela perda de uma chance, o autor Sergio Savi traz o seguinte parâmetro:

Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.⁵¹

Neste mesmo contexto são as palavras da Relatora e Desembargadora Selma Marques do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. PROBABILIDADE SÉRIA E REAL. SITUAÇÃO DE VANTAGEM. VIOLAÇÃO DA BOA FÉ OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. EXTINÇÃO DA OPORTUNIDADE. DEVER DE REPARAÇÃO. PROBABILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DA SITUAÇÃO VANTAJOSA. Independentemente da certeza em relação à concretização da chance, sua perda, quando configurar em si mesma uma probabilidade séria de ser obtida uma situação de vantagem, implica numa propriedade integrante da esfera jurídica de seu titular, passível, portanto, quando presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, de ser indenizada. Havendo nexo de causalidade entre conduta afrontosa ao princípio da boa-fé objetiva e a dissipação da oportunidade de ser obtida uma situação vantajosa pela outra parte contratante resta constituída a responsabilidade civil pela perda de uma chance. O quantum indenizatório na responsabilidade civil pela perda de uma chance deve ser fixado em percentual que incidindo sobre o total da vantagem que poderia ser auferida, represente de forma razoável a probabilidade de ser configurada as expectativas da parte lesada, não podendo, contudo, em qualquer hipótese, ser confundida com a própria vantagem que poderia ser obtida. (Apelação Cível

⁴⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139-140.

⁴⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

⁵⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.. p. 141

⁵¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65-66

1.0024.05.700546-4/001, Relator(a): Des.(a) Selma Marques , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/09/2008, publicação da súmula em 09/10/2008)⁵²

É de suma importância fazer este tipo de distinção, haja vista que se não existisse qualquer parâmetro, não haveria certo rigor no momento da avaliação de cada caso concreto, trazendo uma incerteza jurídica de quais seriam estas chances sérias e reais tão faladas. No entanto, há decisões que aplicam erroneamente a teoria da perda de uma chance não observando os critérios mencionados acima, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO - EMBARGOS DE DECLARACAO E APELACOES INTERPOSTAS FORA DO PRAZO LEGAL - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE DILIGENCIA - PERDA DE PRAZOS - NAO CONHECIMENTOS DOS RECURSOS - DANO - EXISTENCIA - FORMA DE LIQUIDACAO - Acao PROCEDENTE. O advogado tem o dever de manifestar recurso ordinario "oportuno tempore", respondendo por sua interposicao intempestiva. A perda de prazo, como ensina Jose Aguiar Dias, "constitui erro grave, a respeito do qual nao e possivel escusa, uma vez que os prazos sao de direito expresso e nao se tolera que o advogado o ignore" ("Da Responsabilidade Civil", vol. 1, p. 348, Forense - 1987 - 8a. edicao". O prejuizo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o merito da causa na instancia superior. Nao se configurando qualquer causa de exclusao de responsabilidade civil do advogado, impoe-se a procedencia do pedido indenizatorio, com fixacao da indenizacao atraves de arbitramento em liquidacao de sentenca, levando-se em conta que o dano corresponde apenas a perda de uma chance. (TJPR - 5ª C.Ível - AC - 45988-1 - Peabiru - Rel.: Carlos A. Hoffmann - Unânime - - J. 19.03.1996)⁵³

Nota-se, que na jurisprudência supracitada, apesar do magistrado conceituar corretamente a teoria, este a aplicou de forma equivocada, pois, o Tribunal não fez o reexame das chances que a ação tinha de obter êxito na demanda. Ademais, antes mesmo de se verificar se o caso era de grande probabilidade ou de mera possibilidade de reforma da decisão, o Tribunal afirmou se tratar de um caso de perda de uma chance remetendo logo em seguida para liquidação de sentença com o objetivo de se arbitrar a indenização que seria concedida a vítima.

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº. 1.0024.05.700546-4**. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Selma Marques. Disponível em: < [⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº. 45.988-1**. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Hoffmann. Disponível em: <](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=RESPONSABILIDADE%20CIVIL.%20PERDA%20UMA%20CHANCE.%20PROBABILIDADE%20S%20C9RIA%20E%20REAL&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-3048162&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cad astradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& >. Acesso em: 30 out. 2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Não é impossível detectar uma oportunidade de lucro antes da ocorrência do fato danoso. A existência de uma possibilidade de vitória e de um dano jurídico passível de indenização é o que sustenta a teoria, ou seja, a certeza de que um determinado fato deteve o curso normal dos eventos que poderiam ter dado origem a uma fonte de lucro. Neste sentido, entende-se, que deve ser observado cada caso concreto e cada chance séria e real, tendo como parâmetro este mínimo de 50% (cinquenta por cento) do resultado esperado.

2.2 Quantificação das chances perdidas

Além da questão das chances sérias e reais, há também outro critério importante na hora da aplicação da perda de uma chance, que, neste caso trata-se da quantificação das chances perdidas, que diz respeito ao valor correto para indenizar, e quais os procedimentos que devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento de arbitrar o *quantum debeat*.⁵⁴

A princípio é necessário ter em mente que a chance perdida possui um valor econômico e mesmo que a princípio este valor não seja determinável, ele é devido, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter tido. É o que aduz o autor Sérgio Savi:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não tivesse privado daquela possibilidade.⁵⁵

Nota-se, que não é tarefa fácil para o magistrado chegar ao valor certo de indenização pela perda de uma chance, porém essa dificuldade não pode ser óbice para a aplicação da teoria no ordenamento jurídico, uma vez que, em determinados casos existe o dano pela perda de uma chance é perceptível e, portanto, deve ser compensado. Sob este prisma Sergio Savi menciona que:

Nem sempre a quantificação da indenização pela perda de uma chance poderá ser feita facilmente. Contudo, a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para os que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento. Afinal, conforme

⁵⁴ O quanto se deve.

⁵⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

demonstrado ao longo deste trabalho, a possibilidade de existência de um dano certo em determinados casos de perda de chance revela-se evidente.⁵⁶

Ora, a questão é que na teoria da perda de uma chance o valor devido nunca poderá equivaler ao valor do resultado final esperado, uma vez que, o que se busca nesta teoria é a probabilidade que o sujeito tinha de alcançar um resultado, não o seu valor total, pois, senão, caso isso ocorresse, não estaria diante da responsabilidade civil por perda de uma chance. Sob este prisma Rafael Peteffi traz que:

Vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexos causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o empresário não logra provar que seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexos causal entre a ação ou a omissão do advogado e a improcedência da demanda, Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexos causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.⁵⁷

No caso da perda de uma chance a quantificação do dano deve ser feita de forma equitativa pelo juiz partindo sobre o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada, não do valor total do dano.⁵⁸ Sobre este assunto, Sergio Savi traz o correto modo de quantificação da indenização pela perda de uma chance, senão vejamos:

O caso do advogado que perde o prazo para a interposição de um recurso de apelação pode ser utilizado como exemplo da forma exata de quantificação do dano da perda da chance. Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$ 10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90%. Assim, nessa hipótese, o valor da indenização seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).⁵⁹

Ao mencionar sobre a quantificação das chances perdidas, Rafael Peteffi também alude que a reparação da chance deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada, mesmo quando esta reparação se tratar de dano moral:

⁵⁶ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69-70.

⁵⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.142-143.

⁵⁸ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

⁵⁹ *Idem*. p. 69.

Deste modo, pode-se afirmar a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma porcentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço.⁶⁰

O texto acima mostra exatamente a forma correta de indenização pela perda de uma chance, até porque, essa teoria objetiva à reparação em face da possibilidade que a vítima de tinha de auferir o resultado esperado. Deste modo, não cabe ao magistrado estabelecer ao autor do fato o encargo de reparar à vítima integralmente pelo prejuízo sofrido.

No que se refere ao princípio da reparação integral, o dano pela perda de uma chance se encontra perfeitamente subordinado a este princípio no que diz respeito à indenização. Corroborando com este assunto Rafael Peteffi diz que:

Isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois, a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida.⁶¹

Quanto à afirmação supracitada é preciso fazer um prévio juízo de valor sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Neste caso, há muitas divergências entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da perda de uma chance. Em alguns casos alguns autores, como por exemplo, Flávio Tartuce menciona a perda de uma chance como um dano específico, assim como o dano moral e dano material, classificando-o como “danos novos ou contemporâneos”⁶², porém, a doutrina majoritária tem adotada a perda de uma chance como uma terceira espécie de indenização a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante.

No entanto, Sergio Savi diz que a perda de uma chance não pode ser considerada uma terceira espécie de indenização, nem tão pouco um dano emergente, por se tratar de uma subespécie de dano emergente:

Ao se inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender

⁶⁰ PETEFFI, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

⁶¹ PETEFFI, Rafael, 2013. p. 144. *apud* PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês**. 2001. p. 28. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

⁶² TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar: São Paulo: Método, 2011. p. 425.

indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o recurso examinado por outro órgão de jurisdição capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual probabilidade de vitória que deixou de existir.⁶³

O fato é que a indenização pela perda de uma chance não é concedida pela vantagem perdida, mas, sim pela perda da possibilidade de obter esta vantagem. A perda de uma chance busca não a perda de um resultado, mas a chance de consegui-lo, não afastando a ideia de certeza do dano, uma vez que, perdida a chance, o dano será, portanto, certo e indenizável. Assim, a melhor forma de caracterizar a perda de uma chance é considerando-o como uma subespécie de dano emergente.

De mais a mais, é imprescindível abordar neste tópico que a Constituição da República consagrou alguns princípios que podem ser aplicados no Direito Civil, o da razoabilidade e da proporcionalidade. Neste caso, estes princípios serão úteis quanto à quantificação do dano pela perda de uma chance a fim de auxiliar o magistrado na hora de situar um valor razoável e compatibilizado ao prejuízo sofrido pela vítima.

Sobre o princípio da razoabilidade Sergio Cavaliere conceitua que:

Razoável é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, **adequado, necessário e proporcional**; é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta.⁶⁴ (grifo do autor)

Cabe ressaltar que o princípio da razoabilidade está ligado ao princípio da proporcionalidade, sendo que, alguns autores tratam como princípios paralelos, pois ambos trazem a ideia de justiça, equidade, bom senso, que deve ser observado pelo magistrado no momento de fixação de indenização pela perda de uma chance

Neste sentido, embora haja um grau de dificuldade de se auferir o valor correto da indenização nos casos de dano causado pela perda de uma chance, esta quantificação não pode servir como motivo que justifique a não aplicação da teoria, isso porque o dano já existe e, portanto, deve ser reparado.

⁶³ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 112.

⁶⁴ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

CAPÍTULO 3 – A APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR

3.1 O acolhimento da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro

No que diz respeito ao acolhimento da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico pátrio, é perceptível que há ainda poucos adeptos a essa teoria, bem como inexistem muitos estudos aprofundados sobre o tema, que ainda é objeto de controvérsia entre alguns doutrinadores, principalmente no que tange à sua natureza jurídica.

Em que pese a maioria dos autores trabalhar apenas de forma superficial o tema, vê-se alguns outros que, como Rafael Peteffi e Sergio Savi, debruçam sobre ele, encampando trabalhos que tratam exclusivamente sobre a teoria da perda de uma chance. Do mesmo modo, é possível encontrar artigos, monografias dentre outros trabalhos presentes na internet, mas o que mais chama a atenção é que, apesar de serem ainda irrisórios os trabalhos doutrinários, os tribunais pátrio, de seu lado, já têm acolhido essa teoria na resolução de litígios.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a teoria da perda de uma chance foi em 1990, relatado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no qual ficou decidido que não se aplicava ao caso a perda de uma chance na seara médica.⁶⁵ No ano seguinte o mesmo Desembargador reconheceu o dano pela perda de uma chance na responsabilidade civil do advogado, que agiu com negligência fazendo com que a autora perdesse a chance de ver sua ação julgada pelo Tribunal.⁶⁶

⁶⁵ Ementa do acórdão mencionado acima: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. Cirurgia seletiva para correcao de miopia, resultando nevoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de nao se tratar, no caso, de obrigacao de resultado e de indenizacao por perda de uma chance. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990). BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 589069996**. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PERDA+DE+UMA+CHANCE&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶⁶ O acórdão falado acima: RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar á mandante pela perda da chance. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991). BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 591064837**. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PERDA+DE+UMA+CHANCE&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>. Acesso em: 06 nov. 2013.

O episódio mais conhecido de aplicação da teoria da perda de uma chance pelo tribunal brasileiro foi o caso do “Show do Milhão”, onde o julgamento realizado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 8 de novembro de 2005 deixou evidente o acolhimento daquela, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, **impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.** 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.⁶⁷ (grifei)

No caso acima, trata de um concurso de perguntas e respostas transmitido pelo Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), cujo prêmio máximo era o valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais). Conforme o regulamento do programa, a cada pergunta respondida, o participante aumentava o montante do prêmio em barras de ouro e, caso o participante acertasse a penúltima pergunta, acumularia o prêmio para 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Formulada, assim, na sequência, a última pergunta, qual seja, a do “milhão”, a participante não pode respondê-la, decidindo parar o jogo naquele momento, no entanto, após uma análise da pergunta percebeu-se que a produção havia se equivocado ao formular a questão, pois, no caso, a pergunta indicava como possíveis respostas os percentuais de 22%, 2%, 4% ou 10% para a parcela que a Constituição Federal reconhecia como direito dos índios sobre o território brasileiro, porém, a Constituição Federal não faz qualquer menção ao percentual de terras para esta raça.⁶⁸

Com base neste argumento a participante ingressou com uma ação contra a emissora, argumentado que tal evento a impediu de obter um resultado positivo. O Juízo da 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador julgou procedente o pedido por dano materiais e condenou a ré ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) reais, montante adicional que receberia, caso tivesse acertado a última pergunta (a do “milhão”). Sem

25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel &requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3 ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q= >. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788459/BA**. 4ª Turma. Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=SHOW+DO+MILH%C3O&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 76-77.

embargo, o SBT chegou a recorrer, mas, teve seu pedido negado, decidindo então, ingressar com um Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), argumentando que a chance da autora de acertar a pergunta seria de 25% (vinte e cinco por cento), pois cada pergunta tinha quatro alternativas, o que levou o Ministro Fernando Gonçalves, ao examinar suas razões de recurso, a acatá-las diminuindo, assim, o valor da indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais).⁶⁹

Ora, no caso acima, apesar de alguns doutrinadores entenderem que as chances devem ser superiores a 50% (cinquenta por cento), não há dúvidas de que o raciocínio quanto à quantificação do dano e as chances de lograr êxito foi perfeitamente calculado, uma vez que, apesar da pergunta ter sido elaborada de má-fé, não havia certeza absoluta de que a autora (participante do jogo) obteria êxito na questão em litígio, muito embora houvesse a certeza de que o dano era certo e que havia chances de se obter o resultado esperado.

A partir de então, há de se notar a expansão desta teoria no ordenamento jurídico pátrio, como também a possibilidade de ocorrência concomitante de danos de natureza patrimoniais e extrapatrimoniais nos casos de perda de uma chance. É o que ocorreu em um acórdão proferido pelo STJ, que reconheceu a sua aplicação tanto na esfera relativa aos danos materiais como morais, numa situação de desídia de um advogado que, em função de seu comportamento, impediu que a cliente tivesse a chance de êxito numa demanda na esfera recursal:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda 'de uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da súmula 7, STJ.

⁶⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 76-77.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STJ. Recurso Especial não conhecido.⁷⁰

Pelo exposto acima, percebe-se que a Ministra Nancy Andrighi expôs claramente as razões de atribuir ao advogado a responsabilidade por perder o prazo de interposição da apelação do seu cliente, haja vista ter retirado dele as chances de ver seu pedido apreciado em outra instância, concluindo que a teoria deve, então, ser aplicada tanto na esfera relativa aos danos materiais quanto nos danos morais.

Além da responsabilidade do advogado pela perda de uma chance, a jurisprudência tem aplicado a teoria em outros casos como no âmbito trabalhista, conforme a decisão abaixo proferida pelo Relator Paulo Marcelo de Miranda Serrano do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. EXPECTATIVA REAL DE CONTRATAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. A responsabilidade trabalhista não está adstrita à execução propriamente dita do contrato de trabalho, mas alcança, ainda, a fase das negociações pré-contratuais, bem assim questões pós-contratuais, em consonância aos postulados de probidade, ética e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), bem assim com os princípios fundamentais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV e III, respectivamente). Portanto, as tratativas preliminares que antecedem a contratação formal do trabalhador caracterizam a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas e pressupõe o respeito aos princípios de lealdade e de boa-fé. Portanto, à luz da teoria da perda de uma chance que se fundamenta na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que a perda indevida da vantagem resultou em prejuízo, o não cumprimento de obrigação pré-contratual que obsta a possibilidade de resultado positivo ao trabalhador, constitui inegável dano, moral e material, a ensejar o pagamento de indenizações correspondentes. Recurso da reclamada a que se nega provimento.⁷¹

É possível verificar no caso supra que, para a aplicação da teoria da perda de uma chance, é fundamental a probabilidade do ganho e que o não cumprimento da obrigação pré-contratual tenha resultado no prejuízo. Neste caso, nota-se, que mais uma vez que a atenção a essa teoria abrangeu tanto a questão do dano moral como material.

De qualquer forma, percebe-se que a teoria vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, na maior parte dos casos, observados os requisitos de aplicação da

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1079185/MG**. 3ª Turma. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28RESPONSABILIDADE+CIVIL+DE+ADVOGADO+PELA+PERDA+DO+PRAZO+DE+APELA%C7%C3O%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 de Nov. 2013.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RO - 0122200-80.2009.5.01.0247**. Relator Paulo Marcelo de Miranda Serrano. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

teoria, quais sejam: “chances sérias e reais” e a “quantificação do dano”, condições essenciais dessa teoria.

3.2 A responsabilidade civil do médico e do hospital frente ao Código de Defesa do Consumidor

Com o surgimento da Lei n.º. 8.078 de março de 1990, neste caso, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), o consumidor que antes tinha seus direitos restringidos, passou a ter reconhecida a sua condição de parte vulnerável na relação consumerista.

O objetivo do CDC nada mais é do que equilibrar a relação entre consumidores e fornecedores, uma vez que, na maior parte das relações de consumo, é o primeiro que, de fato, se encontra em uma situação de desigualdade quando comparado ao fornecedor. Sob este prisma, aduz Sergio Cavalieri

Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor, ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor. E foi justamente em razão dessa vulnerabilidade que o Código consagrou uma nova concepção do contrato – um conceito social, no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único e essencial elemento, mas também, e principalmente, os efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação jurídica das partes que o integram.⁷²

Conforme pode ser observado acima, o autor faz alusão ao princípio de que o CDC aplica na relação de consumo e que é consagrado na própria Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XXXII, o qual dispõe que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁷³.

No que tange à responsabilidade médica-hospitalar é preciso abordar cada assunto de forma separada, a fim de compreender a responsabilidade em ambos os casos frente ao CDC, médico enquanto profissional liberal e o hospital, enquanto pessoa jurídica prestadora de serviços na área da saúde. Afinal, ambos estão diametralmente ligados aos seus regulamentos, mas acabam revelando situações peculiares e distintas quanto à prestação de seus serviços.

⁷² CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 513.

⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 5. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

A princípio, em relação à responsabilidade pessoal do médico, quando esta se der por meio de prestação de serviço direto e pessoal deste prestador, a responsabilidade será examinada mediante a verificação de culpa, pois, neste caso, trata-se de profissional liberal, sendo exatamente o que afirma o art. 14, §4º do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”⁷⁴.

Assim é que a responsabilidade médica será contratual e subjetiva, cabendo à vítima ou à família demonstrar a culpa do profissional quanto à prestação de serviços. Neste contexto, são as palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.⁷⁵

Cabe ainda ressaltar que a obrigação dos médicos quanto à prestação de serviços não será de resultado, mas de meio, tendo em vista que a atividade prestada por esses profissionais não será a de necessariamente conseguir a obtenção do resultado desejado ou buscado pelo paciente, mas a de aplicar, corretamente, todas as técnicas e conhecimentos necessários e ao seu alcance para tentar conseguir um resultado positivo. O que importa é ele ter empregado os meios disponíveis para este fim, não o fim propriamente dito. Corroborando este assunto, o autor Rui Stoco assevera:

Ora, na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria *atividade* do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários etc. Dessa forma, a *atividade* médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária! e normal dessa profissão para o melhor resultado; mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.⁷⁶ (grifo do autor)

De fato não é obrigação do médico curar o seu paciente, porém, ele deve prestar seus serviços da melhor forma possível, aplicando, a cada caso, todos os meios, técnicas e conhecimentos necessários para o tratamento, prestando com ética suas funções de médico.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

⁷⁵ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404.

⁷⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 526.

Quanto a isso o próprio Código de Ética Médica traz que um dos princípios fundamentais da medicina é a saúde do ser humano, sendo obrigação do profissional da área aplicar todo seu conhecimento em benefício de seu paciente, senão vejamos: “II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”⁷⁷.

De mais a mais vê-se, neste mesmo diploma regulamentador que, na relação com pacientes e familiares é vedado ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente (art. 32)”⁷⁸.

Diante disso, percebe-se que, havendo atuação ilícita por parte do profissional da área de saúde, este será responsabilizado mediante a comprovação de culpa, que poderá ser caracterizada de três maneiras: pela imprudência, negligência ou imperícia. Daí ser importante entender o alcance destas condutas, que Nereu Cesar de Moraes coloca da seguinte maneira:

A **imprudência** consiste na precipitação, no agir sem cautela, no desprezo dos cuidados que devemos ter em nossos atos. O cirurgião que opera em condições adversas de assepsia, conhecendo essa deficiência, é um imprudente; o clínico que prescreve um medicamento de graves efeitos colaterais, sem os levar em consideração, age com imprudência.

A **negligência** é a omissão daquilo que razoavelmente se faz; é a falta de observância de deveres exigidos pelas circunstâncias. O ortopedista que, por pressa ou desídia, avalia mal uma radiografia, e não detecta uma fratura que pode ter conseqüências danosas no ato cirúrgico, age com negligência. É um atuar negativo, um não-fazer.

A **imperícia** é a falta de aptidão, teórica ou técnica, no desempenho da profissão. Tanto é imperito um cirurgião que, inadvertidamente, secciona, sem necessidade, uma determinada estrutura, quanto um clínico que, sem as cautelas devidas, prescreve um cumarínico para seu paciente.⁷⁹ (grifo do autor)

Importante ressaltar que o próprio Código Civil brasileiro, em seu artigo 186⁸⁰ faz alusão a estas figuras (imprudência, negligência e imperícia) ao tratar de uma conduta ilícita reprovável pelo ordenamento jurídico pátrio, que, deverá ser provada pelo autor. Por esta razão, é que a responsabilidade do profissional da área de saúde será realmente subjetiva.

⁷⁷ BRASIL. Resolução nº 1.931/09 (Código de Ética Médica). Disponível em: < <http://www.amb.org.br/teste/downloads/novocodigoetica.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

⁷⁸ BRASIL. Resolução nº 1.931/09 (Código de Ética Médica). Disponível em: < <http://www.amb.org.br/teste/downloads/novocodigoetica.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

⁷⁹ MORAES. Nereu Cesar de. **Erro médico: aspectos jurídicos**. Rev. Bras. Cir. Cardiovasc. 1996; 11(2):55-9. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf> > Acesso em: 02 mai 2013.

⁸⁰ 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.

Quanto à responsabilidade dos hospitais, clínicas e casas de saúde, deve-se afirmar, inclusive com esteio na lição de Sergio Cavalieri, que tais estabelecimentos realizam atividade de alto risco e fatalmente as pessoas estarão doentes e os tratamentos são feitos em ritmo acelerado, num ambiente de alta pressão, envolvendo muitas tecnologias complexas e muitos profissionais a seu serviço⁸¹. Por ser o hospital considerado um fornecedor de serviços, a leitura desta questão deve ser feita já partindo, de imediato, do que diz o art. 14 do CDC:

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.⁸²

Trata-se de caso de responsabilidade objetiva e pode causar danos ao consumidor tanto de natureza moral quanto material, danos estes correlacionados à prestação de serviços empreendida por estas pessoas jurídicas. Neste sentido, não será discutida a culpa, mas, será o estabelecimento responsabilizado pelos danos causados ao consumidor, ou seja, o paciente.

Ora, como dito alhures, a relação médico e hospital precisa ser analisada de forma individual, pois, em ambos os casos a responsabilidade não poderá ser a mesma, tendo em vista a diferença de cada um na prestação de serviços, um a prestando de forma pessoal e subjetiva e o outro de forma objetiva. Neste caso o Relator e Ministro Sidnei Beneti do Superior Tribunal de Justiça mencionou que:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO – CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- **A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.** 3.- **A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).** 4.- A verificação da culpa de médico demanda

⁸¹ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 419.

⁸² BRASIL. **Lei n.º. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido.⁸³ (grifei)

Deve-se ter em mente que, em nem todos os casos, o médico fará parte do corpo clínico do hospital, pois, haverá situações em que este utilizará do estabelecimento para internar seus pacientes particulares, caso em que, responderá exclusivamente pelos seus atos. Sobre este assunto Carlos Roberto Gonçalves traz que:

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.⁸⁴

Por isso, a responsabilidade do médico e do hospital não poderá ser tratada pelo ordenamento jurídico da mesma forma, já que se trata de situações diferentes. Assim é que, no caso do médico, profissional liberal, quando a sua atuação for de forma individual ou em caso dele utilizar o espaço do hospital, sua responsabilidade deverá vir a ser comprovada, implicando, pois, numa responsabilidade subjetiva. Já, de outro turno, no caso do profissional médico que enquadra o corpo clinica de um hospital ou até mesmo o próprio hospital como prestador de serviços, a responsabilidade será do estabelecimento e se dará de forma objetiva, sendo responsabilizado, portanto, independente de culpa, bastando o nexo de causalidade entre a conduta (ativa ou omissiva) e o dano experimentado pelo paciente.

3.3 A aplicação da perda de uma chance na responsabilidade médico-hospitalar

Como já visto neste trabalho, a responsabilidade civil do médico e do hospital não se dão da mesma forma e análise, tendo em vista que nos hospitais, casas de saúde e clínicas haverá, devido à prestação de serviço externo, uma responsabilização pelo defeito do serviço, contrariamente à responsabilidade do médico, prestador de serviços de forma liberal que será

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 696.284/RJ**. 3ª Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ERRO+DE+DIAGN%D3STICO+DE+SEU+PLANTONISTA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 29 set. 2013.

⁸⁴ GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2013. p. 273.

verificada mediante culpa, caso fique comprovada a sua ação ou omissão, no que, então, responderá subjetivamente.

No caso da perda de uma chance, esta teoria vem sendo aplicada à seara médica nos casos em que o profissional da área de saúde deixa de observar determinado procedimento, fazendo com que nem todas as chances possíveis e cabíveis de cura de seu paciente sejam observadas. Sob este prisma Sergio Cavalieri Filho aduz que:

Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a *perda de uma chance no resultado favorável no tratamento*. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não da oportunidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência.⁸⁵

Segundo o autor supracitado a falta médica – na maioria das vezes omissiva – não causa doença ou morte do paciente, mas poderá fazer com que este perca todas as possibilidades da doença vir a ser curada⁸⁶. O fato da medicina não ser uma ciência com convicções exatas e da obrigação do médico ser de meio, não de resultado, não quer dizer que, este possa atuar somente no intuito prestar seus serviços, mas, de fazer o melhor por seu paciente, aplicando todos os meios possíveis e cabíveis para seu tratamento.

Recentemente a Ministra Nancy Andrigh do Superior Tribunal de Justiça reconheceu aplicação da teoria da perda de uma chance como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, tendo em vista que, o profissional da área de saúde deixou de atentar para determinados procedimentos no tratamento de sua paciente, que, depois, acabou falecendo em razão da doença tratada de forma inadequada pelo médico:

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

⁸⁵ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

p. 86.

⁸⁶ *Idem*. p. 86.

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.⁸⁷ (grifei)

No caso acima, é possível perceber que a Ministra aplicou corretamente a teoria da perda de uma chance, observando todos os critérios vistos como necessários para tanto, quais sejam, as chances sérias e reais e a quantificação das chances perdidas. Há a certeza quanto à existência do dano, pois a chance de cura apresentava-se como sendo séria e real. O que se destaca nesta decisão é que o valor a ser alcançado é o total da chance perdida, não necessariamente do bem em si considerado, já que nunca se poderia ter a certeza de que o resultado pretendido pelo paciente também seria alcançado em sua totalidade, caso o médico empreendesse todos os esforços técnicos e conhecimentos da forma correta. O que importa, pois, é a chance de cura perdida, não a cura em si e, assim, toda a interpretação há de ser feita com base nesta ideia.

Segundo Grácia Cristina Moreira do Rosário a conduta ilícita do médico não é a princípio a causadora do dano, tendo em vista que, o prejuízo da vítima está relacionado à perda da possibilidade de auferir vantagem no tratamento, em virtude da conduta do médico, vejamos:

Nos casos de aplicação dessa teoria, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o dano do paciente não são, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, e sim a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem.⁸⁸

De fato a teoria da perda de uma chance na responsabilidade médica busca esta causalidade entre a conduta do agente e o dano do paciente, a fim de que seja verificada se

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.1254141 / PR.** Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28PERDA+DE+UMA+CHANCE%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 mai. 2013.

⁸⁸ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica.** Rev. da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2013.

verdadeiramente o evento ensejou a perda da possibilidade de auferir uma vantagem, neste caso, a cura.

No que se refere ao marco teórico deste trabalho, importante observar que o Des. Roberto de Abreu e Silva aplicou a teoria da perda de uma chance e responsabilizando o hospital – e não o médico – pelos danos causados à vítima, pois, neste caso, a ela teria uma consulta marcada para o dia 29/12/1999 onde faria uma cirurgia, porém, pela falta de profissional disponível no momento, a consulta e atuação médica foram adiadas para o dia 03/01/2000, ou seja, 5 (cinco) dias depois, o que ocasionou a perda da visão do olho direito:

RESPONSABILIDADE CIVIL/CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DA VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequívoca a responsabilização civil da autora por perpetrar à autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. **A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão.** PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO E DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO.⁸⁹ (grifei)

Em casos como este, a responsabilidade será do hospital, tendo em vista que, o médico não atuou de forma direta para gerar esta situação, tendo ocorrido, a bem da verdade, a falta de um profissional disponível naquela clínica de olhos, ensejando prejuízos irreversíveis à vítima que, a princípio, poderiam ter sido tidos como algo natural da própria doença, mas que, na realidade acabaram agravando após o evento.

Neste caso, vê-se ao ler detidamente o inteiro teor desta decisão, que a perícia apurou que a vítima carecia desta cirurgia, pois, apresentava quadro clínico crítico, conforme é possível depreender do excerto abaixo:

Esclareceu a douta perita (fls. 116) que na oportunidade da primeira visita ao Hospital do Olho, em 28/12/99 “o quadro já indicaria cirurgia de emergência em 24 à 48hs, pois a mácula ainda estava preservada.” No entanto, a autora só conseguiu

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 0124795-71.2003.8.19.0001 (2006.001.08137)** 9ª Câmara Cível. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003EA164A19D7C059F93BD6E196EED379B0781BC32C3A10>> Acesso em: 20 abr. 2013.

atendimento no local no dia 03/01/00, e, nesta fase, o prognóstico tornou-se duvidoso com o acometimento da mácula, já não havendo emergência.”⁹⁰

Observa-se o papel fundamental da perícia no desate do caso narrado, haja vista ter esclarecido eventuais dúvidas que porventura persistissem quanto ao dano sofrido e afirmando que, devido à conduta do hospital, a autora veio sofrer a perda da visão do olho do direito. Como era de responsabilidade do hospital dar prosseguimento à consulta da autora, foi este responsabilizado pelo prejuízo, por ter retirado da vítima todas as chances possíveis naquele momento para ela se curar e, aí, não perder a sua visão.

É certo que o dano é real, visto que o evento fez com que as chances fossem retiradas da paciente acarretando-lhe um dano de natureza moral. Oportuna, neste momento, trazer a lição de Sergio Savi:

[...] há casos, por outro lado, em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que ainda assim, poderá considerar a perda da “mera expectativa” como sendo apta a gerar dano moral.⁹¹

Se a perda de uma chance fosse inserida como dano material, certamente estaria incluída no conceito de dano emergente, embora, haja situações em que a perda de uma chance será tratada como agregador do dano moral, como o caso trazido supra.

Independente da forma que for considerada, o certo é que a perda de uma chance corresponde a uma nova forma de apuração de responsabilidade civil cujo foco de análise do prejuízo está na oportunidade perdida e não no resultado final pretendido.

⁹⁰ Inteiro teor da decisão onde o magistrado citou a apuração da perícia médica. BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível nº. 0124795-71.2003.8.19.0001 (2006.001.08137) 9ª Câmara Cível. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003EA164A19D7C059F93BD6E196EED379B0781BC32C3A10>> Acesso em: 20 abr. 2013.

⁹¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se, ainda sumariamente que a possibilidade de aplicação da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil médica e hospitalar se dão no momento em que o médico ou o hospital deixam de atentar para determinados procedimentos, que se fazem extremamente necessários para cura e/ou tratamento do paciente.

A partir da análise da doutrina e da jurisprudência pátria, especialmente de decisões já levadas a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pôde-se perceber que a perda de uma chance está ligada a uma omissão do médico ou até do hospital, que, no momento em que a vítima precisava de cuidados e atenção especial, tais procedimentos não foram empregados corretamente, retirando assim, todas as chances de êxito da vítima.

De fato, foi possível depreender esta possibilidade de aplicação da teoria na responsabilidade médica e hospitalar, desde que, observados os seus critérios de aplicação: chances sérias e reais e a quantificação das chances perdidas.

Inferese, também, a questão do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que, o novo Código trouxe uma inovação quanto à responsabilidade na prestação de serviços tanto do estabelecimento como do profissional liberal, que neste caso não será a mesma pelo que diz respeito à prestação e obrigação. Para o profissional liberal a obrigação será de meio e a responsabilidade subjetiva, cabendo a vítima provar a culpa do profissional pela má prestação de serviços. Já pela prestação de serviços do estabelecimento a responsabilidade será objetiva com base na teoria do risco, uma vez que, este estabelecimento assume o risco de pela prestação de seus serviços.

A questão gravita em torno desta natureza de ambos os lados, do médico e do hospital, no caso, nem tanto quanto ao hospital, por este já assumir o risco pelas suas atividades, mas, quanto ao profissional da área de saúde, questiona-se pela sua obrigação de meio e não de resultado.

Caberá, de qualquer modo, ao intérprete, no caso concreto apresentado, investigar cada situação que for colocada a juízo, pois, uma vez comprovada à causalidade entre a conduta do agente e o dano, não há que questionar a possibilidade ou não de cabimento da teoria, mas, aplicação correta desta.

Não se pode perder de vista, que pela complexidade, inclusive, das questões de fato e de direito que gravitam em torno do tema, que a teoria é objeto de questionamento e até de não-aceitação por muitos profissionais do meio jurídico, entretanto, o fato desta teoria estar

sendo inserida de pouco a pouco no ordenamento jurídico e de estar sendo aplicada principalmente por juristas de todo o Brasil, não quer dizer que, esta teoria não possa ser aceita e empregada em cada caso que, de fato, trata-se da perda de oportunidade de ganho.

Assim, conclui que a teoria da perda de uma chance afigura-se de ampla aplicação na solução na solução justa de litígios à luz do princípio democrático de direito e de respeito à dignidade da pessoa humana especialmente na seara da responsabilidade civil/consumerista médico-hospitalar.

Há muito, ainda, o que ser discutido sobre o tema abordado neste trabalho. Os resultados acima apontam algumas soluções que deverão, no entanto, serem atentamente formuladas e invocadas em cada caso e que de qualquer modo não poderão ser recusadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 02 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum**. 5. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

_____. **Lei 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 mai. 2013.

_____. **Lei n.º. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. **Resolução n.º 1.931/09 (Código de Ética Médica)**. Disponível em: <<http://www.amb.org.br/teste/downloads/novocodigoetica.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º. 696.284/RJ**. 3ª Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ERRO+DE+DIAGN%D3STICO+DE+SEU+PLANTONISTA&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 29 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 788459/BA**. 4ª Turma. Relator Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=SHOW+D O+MILH%C3O&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º.1079185/MG**. 3ª Turma. Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28RESPO>

NSABILIDADE+CIVIL+DE+ADVOGADO+PELA+PERDA+DO+PRAZO+DE+APELA%
C7%C3O%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURI
DICO. Acesso em: 06 de Nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º.1254141 / PR**. Ministra Nancy
Andrighi. 3ª Turma. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28PERDA+DE+UMA+CHANCE%29+E+%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 mai. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º. 1.0024.05.700546-4**. 11ª
Câmara Cível. Rel. Des. Selma Marques. Disponível em: <
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=RESPONSABILIDADE%20CIVIL.%20PERDA%20UMA%20CHANCE.%20PROBABILIDADE%20S%20C%20RIAL%20E%20REAL&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-3048162&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n.º. 45.988-1**. 5ª Câmara Cível. Rel.
Des. Carlos Hoffmann. Disponível em: <
<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1318385/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-45988-1#>>.
Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível N.º 589069996**. 5ª
Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em: <
http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PERDA+DE+UMA+CHANCE&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BANior&as_q=>. Acesso em: 06 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 0124795-71.2003.8.19.0001 (2006.001.08137)** 9ª Câmara Cível. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003EA164A19D7C059F93BD6E196EED379B0781BC32C3A10>> Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 591064837**. 5ª Câmara Cível. , Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PERDA+DE+UMA+CHANCE&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>. Acesso em: 06 nov. 2013

_____.Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RO - 0122200-80.2009.5.01.0247**. Relator Paulo Marcelo de Miranda Serrano. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia.>> Acesso em: 06 nov. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. Obrigações: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. vol. Responsabilidade Civil. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 7. vol. Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO. Washignton de Barros. et al. **Curso de direito civil: direito das obrigações** 2ª parte. 37. ed. vol 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES. Nereau Cesar de. **Erro médico: aspectos jurídicos**. Rev. Bras. Cir. Cardiovasc. 1996; 11(2):55-9. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf> > Acesso em: 02 mai 2013.

MORAES. Nereau Cesar de. **Erro médico: aspectos jurídicos**. Rev. Bras. Cir. Cardiovasc. 1996; 11(2):55-9. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf> > Acesso em: 02 mai 2013.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica**. Rev. da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf >. Acesso em: 23 nov. 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar: São Paulo: Método, 2011. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ANEXO



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

NONA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 2006.001.08137

Apelante 1: GUARACIABA BARBOSA DE ÁVILA

Apelante 2: HOSPITAL DO OLHO

Apelados: OS MESMOS

Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA

RESPONSABILIDADE CIVIL/CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DA VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequivoca a responsabilização civil da autora por perpetrar à autora perda da chance de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão. **PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO E DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2006.001.08137, A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO e NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO**, nos termos do voto do relator. Decisão *UNÂNIME*.

REGISTRADO EM

05 JUL 2006

VOTO

Integra-se ao presente o relatório constante dos autos.

Conheço e admito o recurso, ante as presenças dos pressupostos de admissibilidade.

Postulam os apelantes a reforma da r. sentença que julgou procedente, em parte, o pedido e condenou o réu ao pagamento de R\$20.000,00 a título de indenização por danos morais e de indenização de danos materiais decorrentes da cessação parcial do exercício de atividade laborativa, na base de meio salário mensal, desde a citação, pensões vincendas na base de meio salário mínimo mensal, devendo a ré constituir capital, tudo de acordo com o artigo 602, do CPC, mais o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total da condenação e na conformidade do artigo 20, § 5º, do CPC.

A autora ao perceber que sua visão no olho direito apresentava uma anormalidade dirigiu-se ao posto médico do SUS no dia 27/12/99, quando foi diagnosticado descolamento da retina e alertada a submeter-se a cirurgia de urgência. Procurou hospitais públicos e a clínica SASE SAÚDE em Duque de Caxias, sendo encaminhada para o Hospital do Olho em Botafogo, vinculado ao SUS. Agendada consulta para o dia 29/12/99, a clínica determinou seu retorno no dia 03/01/00, quando o médico confirmou o diagnóstico de descolamento da retina iniciando o tratamento com uma aplicação de argônio e recomendação para retorno de avaliação em 06/01/2000, quando foi utilizado laser, porém, em 24/01/2000, em nova consulta foi constatado que a retina descolara recomendando intervenção cirúrgica, mediante prévia autorização do SUS. Em que pese a solicitação no dia seguinte a autorização somente chegou em



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

26/04/00, quando se constatou que não havia mais solução para o caso, pois a paciente havia perdido a visão do olho direito.

Esclareceu a douta perita (fls.116) que na oportunidade da primeira visita ao Hospital do Olho, em 28/12/99 "*o quadro já indicaria cirurgia de emergência em 24 à 48hs, pois a mácula ainda estava preservada.*" No entanto, a autora só conseguiu atendimento no local no dia 03/01/00, e, nesta fase, o prognóstico tornou-se duvidoso com o acometimento da mácula, já não havendo emergência."

Como consequência qualificou-se a cirurgia como eletiva, prescindindo, para tanto de prévia autorização do SUS, que a despeito de solicitada, imediatamente, chegou somente três meses após, em 24.04.2000, quando a perda da visão do olho direito da autora já se consolidara.

A prova pericial revela que o dano irreparável perpetrado à autora, a perda da visão do olho direito e conseqüentes prejuízos resultam inquestionáveis. Todavia, a condenação do réu em sede de responsabilidade civil (art. 1.521, III, do C.C./16) e consumerista (art. 14, do CODECON) pressupõe a identificação do nexo de causalidade ligando o antecedente ao conseqüente, quais sejam, a conduta censurável do agente ao dano irreparável, a perda da visão.

Na pesquisa do nexo etiológico utilizando a lupa jurídica constata-se que a causa necessária à perda da visão da autora foi o deslocamento da retina do seu olho direito por fator endógeno ou exógeno não revelado nos autos, mas, a rigor, na seara do direito, não pode ser atribuído à clínica médica.

Neste passo, verifica-se que na oportunidade em que procurou a clínica ré em 28.12.99 (fls.116), o seu "... **quadro já indicaria cirurgia de emergência em 24 ou 48 horas, pois a mácula ainda estava preservada.**", quando poderia realizar a cirurgia considerada de emergência, situação de perigo, sem prévia autorização do SUS, tal fato não aconteceu, por ausência de médico disponível na ocasião (fls.111). Como consequência, designou-se o atendimento para o dia 03/01/00 (fls.112), quando foi diagnosticado o deslocamento de retina e efetivada profixalia em torno da rotura e injeção intra-vítea de SF. "**Nesta fase o prognóstico tornou-se duvidoso com o acometimento da mácula. Já não haveria emergência**". (fls.116). Consequentemente, transmutou-se o prognóstico de necessária cirurgia de emergência para eletiva, situação que prescindia de prévia autorização do SUS, somente permitida três meses depois, ocorrendo a cegueira na visão do olho direito da autora.

Nesse diapasão, afigura-se censurável a conduta da ré pela perda da chance de salvar a visão do olho direito da autora perpetrada por falta de atendimento médico e cirúrgico no primeiro contato com a paciente em 29.12.1999, quando a mácula da retina, ainda, preservada, poderia possibilitar o sucesso cirúrgico. No entanto, transferiu-se o seu atendimento para o dia 03.01.00, oportunidade em que o prognóstico não mais reclamava cirurgia de emergência, mas, eletiva, dependente, portanto, de autorização do SUS.

Não obstante, indagada a douta perita se pode afirmar "**... que a evolução do quadro retiniano certamente seria diferente, caso a cirurgia fosse realizada em data anterior a programada?**", respondeu que "**Não**" (fls. 118 q.4).



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Destarte, resulta inequívoca a responsabilização civil da ré por perpetrar à autora perda da chance de salvar a sua visão e não, pela perda da visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso.

Impende considerar na solução desta demanda em sede de responsabilidade civil **médica-hospitalar** a teoria da perda da chance, na magnífica lição da doutora MOTA, Sílvia, em sua tese de doutorado sustentada e aprovada na Universidade Gama Filho¹².

"A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável integrada nas faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes existe uma conseqüência atual e certa. Aconselha-se efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos. A obrigação de reparar é somente parcial, se comparada aos danos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente considera-se relevante a perda da possibilidade de serem evitados."

A idéia central da novel teoria é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexa de causalidade), enfatizando o resultado lesivo. Nesse sentido, quando é difícil a prova do nexa de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se seja o elemento prejudicial determinante da reparação a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento.

¹ MOTA, Sílvia. *Responsabilidade civil decorrente das manipulações genéticas: novo paradigma jurídico ao fulgor do biodireito*. Tese de Doutorado em Justiça e Sociedade—Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005. Em andamento. Aprovada, por unanimidade, no Exame de Qualificação, realizado em 15 jun. 2005. Orientador: Professor Doutor Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Membros da Banca Examinadora: Professor Doutor Ricardo Pereira Lira, Professor Doutor José Ribas Vieira e Professora Doutora Fernanda Duarte].

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara Civil). Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. 1. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perde d'une chance) do tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido. Apelação Cível nº 596070979. Relator: Desembargador Araken de Assis. Porto Alegre, 15 de agosto de 1996. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/prud2/ementa.php>. Acesso em: 1 jan. 2005

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3. Câmara Civil). Embargos infringentes. Responsabilidade civil de entidade hospitalar. Casa de saúde e maternidade. Óbito de recém nascido. Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias. Demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva. Serviço hospitalar defeituoso. Fato do serviço caracterizado. Indenização. danos material e moral. responsabilidade civil objetiva. Teoria da "perda de uma chance". Recurso conhecido e provido. Embargos Infringentes nº 2002.005.00446. Relator: Desembargador Werson Rego. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2004.

"Há casos em que não se busca uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo que, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inútuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexa causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina da perda de possibilidades de sobrevivência."

ATAZ LOPEZ, J. [...]
PENNEAU, Jean. [...]



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

225

Nos casos de aplicação da teoria da perte d'une chance de guérison, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade estabelecida entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, na acepção que lhe é dada hoje, e sim, a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem. Segundo a doutrina, cabe ao julgador, no caso concreto, verificar a real possibilidade da vítima de alcançar seu objetivo se não tivesse acontecido o evento que lhe tirou a esperança.

A reestruturação do ordenamento jurídico nacional, com fulcro numa renovada visão das pautas constitucionais, condiz com uma etapa superior na conscientização moral da sociedade, salientada por Vicente Barretto: "A leitura moral da Constituição assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático." Dessa forma, a perda de chance como vínculo da causalidade parece aqui se arrumar por inteiro, num alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana.

Faz-se relevante estabelecer juridicamente a perda de uma chance como vínculo da causalidade, em resposta à necessidade premente de proteção à pessoa humana, ajudando a reordenar os paradoxos e atendendo aos anseios de Justiça do homem da atualidade."

Atilio Anibal Alterini, no direito Argentino, na análise da prevenção do dano, tendente a impedir a realização de possíveis danos, tal como criar um direito de prejudicar, em sede do tema a perda da chance, assim, proclama³

"3. La prevención del daño. En teoría general, la prevención del daño plantea un problema de "tutela preventiva" tendiente a impedir "la realización posible" de los daños (De Cupis), ya que "cualquiera sea su fuente, deben ser evitados" (Mosset Iturraspe).

Es que, si ser permaneciera impasible frente a la ilicitude, inclusive, ante la aparición de un riesgo que compromete la chance de evitar un deterioro de la situación actual, "ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar" (Aguiar)."

Philippe le Tourneau⁴, no direito Francês, ilustra o tema da perda da chance aduzindo situação de negligência de um advogado diminuindo ou suprimindo as chances de seu cliente de obter ganho de causa, doutrina assimilável ao caso em exame, *mutatis mutandi*.

"Illustrations de la perte d'une chance en matière contentieuse.

...La même examen est opéré lorsqu'un pourvoi en cassation est nul pour incompetence de l huissier (Limoges, 19 dec. 1938, JCP ou lorsque la négligence d'un avocat a diminué ou supprimé les chances de son client d'obtenir gain de cause (Civ. 1. 16 mars 1965...) ou lui a fait a perdre le bénéfice de la contradiction à une instância (Paris 16 mai 1963. D. 36.692). "

³ ALTERINI, Atilio Anibal e Cabana, Roberto Lopez. *Temas de Responsabilidad Civil*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p.206.

⁴ TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité*. n° 676, Paris: Dalloz, 1998, p.2151x.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Caio Mário da Silva Pereira⁵, analisando a situação da perda da chance de profissionais, *mutatis mutandi* pontuou:

A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. Weill e Terré lembram, ainda, como exemplos, o caso da pessoa que deixou de adquirir um imóvel por culpa do notário ou de ganhar um processo pela falha do escrivão ou do advogado (ob. cit., no. 602)."

Assim, a teoria da perda da chance afigura-se de ampla aplicação na solução justa da demanda à luz do princípio democrático de direito e de respeito à dignidade da pessoa humana, notadamente, na seara da responsabilidade civil/consumerista médico-hospitalar.

Neste caso, afigura-se na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito da autora, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e de salvaguarda de sua visão.

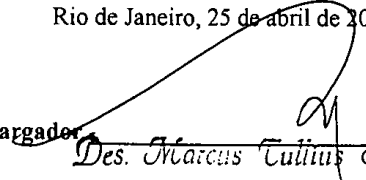
Em tais circunstâncias, comprovado o dano da autora e a concorrência da falta de cuidado da ré para o fato a configurar a perda da chance e não a causa principal e determinante da conseqüente perda da visão, impõe-se a responsabilização mitigada da ré a título de reparação dos danos morais em R\$10.000,00, mantendo-se a condenação da indenização dos danos materiais de meio salário mínimo mensal e verba sucumbencial (art. 21, parágrafo único, do CPC), na forma determinada na r. julgada monocrático.

Ponderam-se na quantificação da indenização (art. 944, parágrafo único, do Código Civil) os elementos seguintes: (i) a intensidade mínima da falta não intencional da ré - culpa no estrito sentido e falta consumerista; (ii) a gravidade da lesão; (iii) os evidentes prejuízos materiais e morais e, (iv) as circunstâncias do fato, compatibilizando a indenização com expressão axiológica do interesse jurídico violado, nas perspectivas dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, equidade e de Justiça.

No mais, desnecessário fazer maiores acréscimos à bem lançada sentença recorrida, prolatada pela eminente Magistrada, **MYRIAM M. DA FONSECA COSTA**, a qual adoto em seus fundamentos, que passam a integrar o presente, na forma do permissivo regimental (Art. 92, § 4º, do Regimento Interno).

Tais as razões conduziram à conclusão proclamada no dispositivo deste aresto.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2006.

Desembargador  - Presidente
Des. Marcus Tullius Alves

Desembargador  - Relator
ROBERTO DE ABREU E SILVA

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.41/42.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

NONA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 2006.001.08137

Apelante 1: GUARACIABA BARBOSA DE ÁVILA

Apelante 2: HOSPITAL DO OLHO

Apelados: OS MESMOS

Relator: Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA

RELATÓRIO

Cuida-se de ação indenizatória proposta por **GUARACIABA BARBOSA DE ÁVILA** em face do **HOSPITAL DO OLHO**, alegando que percebeu que sua visão no olho direito apresentava uma anormalidade e foi ao posto médico do SUS no dia 27/12/99, sendo diagnosticado descolamento da retina e alertado pela médica que o caso era de urgência, mas que, no entanto, não havia recursos no local para o tratamento. Aduz que saiu a procura de hospitais públicos, sempre recebendo respostas negativas. Entretanto, na clínica SASE SAÚDE em Duque de Caxias, um dos médicos a encaminhou para o Hospital do Olho em Botafogo, vinculado ao SUS. Desta feita, não obstante agendada uma consulta para o dia 29/12/99, naquele local, não recebeu atendimento, sendo informada de que não havia médicos disponíveis e que ela deveria retornar após as festas para o atendimento de urgência. Retornou, então, no dia 03/01/00 e, logrando ser atendida por um dos médicos, este confirmou o diagnóstico de descolamento da retina, dando início ao tratamento com uma aplicação de argônio com a recomendação de retornar para avaliação em 06/01/2000. Desta feita, foi utilizado laser, mas em 24/01/2000, em nova consulta, constatou-se que a retina descolara sendo necessária uma intervenção cirúrgica, que carecia de autorização do SUS, pois sem a mesma os médicos do Hospital do Olho não realizariam a cirurgia. No dia seguinte a autorização foi solicitada, mas só chegou em 26/04/00, quando se constatou que não havia mais solução para o caso, pois a paciente havia perdido a visão do olho direito. Alega que o Hospital do Olho permitiu que a anomalia evoluísse por se negar a realizar a cirurgia e que os hospitais vinculados ao SUS respondem independentemente da existência de culpa por tratar-se de relação regida pelo CODECON. Por outro lado, alega que o INSS seria o culpado pela demora na autorização. Laudo pericial acostado às fls.110/119.

A r. sentença (fls.148/153) julgou procedente, em parte, o pedido, condenou o réu ao pagamento de R\$20.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais, assim como ao pagamento de danos materiais decorrentes da cessação parcial do exercício de atividade laborativa, na base de meio salário mensal, desde a citação, pensões vincendas na base de meio salário mínimo mensal, devendo a ré constituir capital, tudo de acordo com o artigo 602, do CPC, mais o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total da condenação e na conformidade do artigo 20, § 5º, do CPC. Embargos de declaração opostos pelo réu (fls.155/156) acolhidos (fls.160) para declarar que a verba por danos morais é arbitrada em R\$20.000,00 (vinte mil reais), mantendo no mais, a sentença.

Postula o apelante 1 (fls.162/168) a reforma da r. sentença para dupliquem o valor da reparação estipulada na r. sentença, assim como estabeleçam em 2 (dois) salários mínimos a serem pagos pelo resto de sua vida, a título de danos materiais, com todos os acessórios legais, inclusive despesas processuais e verba honorária sucumbencial, de acordo com a sentença.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

219

Postula o apelante 2 (fls.167/183) a reforma da r. sentença para: a) que seja julgado improcedente o pleito autoral; ou, em caráter eventual; b) diminuir o valor da indenização a título de danos morais e materiais fixado pelo MM. Juízo a *quo*, em consonância com o posicionamento já pacificado por essa E. Corte, prequestionando-se expressamente o artigo 884, do Código Civil; c) reconhecer a sucumbência mínima do apelante, determinando-se o pagamento das custas e honorários advocatícios exclusivamente por parte da apelada, prequestionando-se expressamente o parágrafo único, do artigo 21, do Código de Processo Civil; ou reconhecer a sucumbência recíproca na hipótese vertente, prequestionando-se expressamente o *caput*, do artigo 21, do Código de Processo Civil.

Contra-razões dos apelados (réu - fls.203/210 e autora - fls.212/213) impugnando os pleitos formulados pela parte contrária e, esperando a recepção de suas pretensões nos respectivos recursos.

Rio de Janeiro, 14 MAR. 2006


Desembargador ROBERTO DE ABREU E SILVA - Relator