

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA E SUA APLICAÇÃO NA SERARA MÉDICA

APPLICATION OF THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE IN MEDICINE PRACTICE

Cíntia Ayres Holanda Loureiro¹

Cláudia Laíse Reis Martins²

Maria Clara Simeão Reis³

Resumo

O presente trabalho propõe uma objetiva análise a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance de cura na área médica. A teoria da perda de uma chance é baseada em uma construção teórica pouco citada na doutrina nacional, o que resulta em muitas divergências em sua aplicação no caso prático. Através de um método dedutivo e de revisão bibliográfica, o presente trabalho elenca os conceitos gerais, elementos e princípios da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o histórico, conceito e a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance de cura como uma espécie de dano autônomo, suas espécies além dos requisitos necessários e fundamentais para aplicabilidade da teoria no caso concreto, segundo a doutrina brasileira estrangeira, bem como a sua utilização nos casos reais e julgados envolvendo a relação médico-paciente, hospital e dentro das questões que envolvem o erro médico e de diagnóstico, tema recorrente no âmbito do direito médico.

Palavras-Chave: Cura. Perda. Chance. Responsabilidade. Médico.

ABSTRACT

This paper proposes an objective review the applicability of the theory of loss of chance of cure in the medical field. The theory of loss of chance is based on a theoretical construct underreported in national doctrine, resulting in many discrepancies application in the practical case. Through a deductive method and literature review, this paper lists the general concepts, elements and principles of liability for loss of a chance, the history, concept and legal nature of the theory of loss of chance of cure as a kind of self-harm, their species beyond the basic requirements and applicability of the theory to the case, according to the Brazilian and foreign doctrine as well as its use of actual and judged cases involving doctor-patient, hospital and within the relationship issues that involve medical and diagnostic errors, a recurring theme within the right doctor.

Keywords: : Healing. Loss. Chance. Liability. Medical.

INTRODUÇÃO

Diante das novas exigências sociais e das novas concepções constitucionais, o campo da responsabilidade civil vem evoluindo e se alargando cada vez mais, para abarcar situações que até então não mereciam qualquer reparação, com vistas a oferecer maior proteção à vítima.

¹ Professora de Direito nos cursos de Pós-Graduação e Graduação, Advogada. Especialista em Direito Médico Hospitalar. Mestranda em Bioética e Aspectos Jurídicos da Saúde. Membro do CONPED. Email: cinthia.ayres@gmail.com

² Analista Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Bacharela em Direito pelo Instituto Camillo Filho. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí. Email: claudialaise@hotmail.com

³ Advogada. Bacharela em Direito pelo Instituto Camillo Filho. Pós-graduada em Advocacia e Direito Civil pela Escola Superior da Advocacia – ESA/PI. E-mail: mariaclarasreis@hotmail.com

Com efeito, não mais corresponde aos anseios sociais a reparação civil apenas embasada na rígida comprovação da culpa ou do nexo de causalidade. O dano tem se colocado como o centro da responsabilidade civil. E quando se fala em dano, não se está se referindo simplesmente ao dano material ou moral. A ideia é que a responsabilidade civil abranja novos tipos de danos.

É nesta conjuntura que surge a perda de uma chance como uma nova categoria de dano indenizável. Sinteticamente, a teoria da perda da chance consiste em reparar o prejuízo de alguém por uma oportunidade perdida, seja a de receber alguma vantagem, seja a chance de evitar determinado prejuízo.

A denominada “teoria da perda de uma chance” surgiu na França e tem sido objeto de discussões em diversos países. No Brasil, apesar de inexistir previsão expressa no Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade civil baseada na perda de uma chance, o instituto tem fundamento no princípio constitucional na proteção integral da vítima e vem ganhando repercussão.

Em face da omissão legislativa e da inexistência de uma doutrina consistente sobre o tema, sua aplicação fica a cargo da jurisprudência. Este artigo objetiva tecer considerações sobre esta teoria, ainda pouco debatida no Brasil, abordando sobre sua origem, conceito e natureza jurídica, aqui mostrando a perda de uma chance como uma nova categoria de dano indenizável. Pretende-se verificar quais os principais parâmetros doutrinários e jurisprudenciais adotados atualmente para a aplicabilidade do instituto.

A abordagem do tema na seara médica tecerá considerações sobre a visão diferenciada que muitos doutrinadores têm sobre a Teoria quando da sua aplicação nesta seara. Uns alegando a existência de duas hipóteses de “perda de uma chance”, dividindo, pois a teoria em dois grandes ramos, aonde haveria um sistema próprio para a aplicação no campo médico e outro para casos clássicos. Outros doutrinadores defendendo a unidade da Teoria, e sua aplicação na seara médica como em qualquer área, classificando “a perda de uma chance” sempre como dano autônomo. Existindo, ainda aqueles que não concordam com a aplicação da Teoria nessa seara.

2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Origem e Conceito

A perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França em meados do século XIX, e depois se espalhou por outros países do sistema romano-germânico, como a Itália, por exemplo, pelos países da *common law* e, recentemente, pelo Brasil.

Além da França ser a pioneira, os franceses se dedicaram muito mais ao tema, tanto a doutrina como jurisprudência se aprofundaram bastante no desenvolvimento da teoria

Segundo Rafael Peteffi da Silva (2013, p.11), autor conceituado que em sua obra fez uma análise do tema na França, nos países da *common law* e no Brasil, o exemplo mais antigo encontrado na jurisprudência francesa trata-se de uma decisão proferida pela Corte de Cassação em 17/07/1889, conferindo indenização pela atuação culposa de oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de uma demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento.

Janaína Rosa Guimarães (in *Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria*) cita uma das decisões, que inauguraram na jurisprudência francesa os fundamentos desta teoria, é um exemplo de aplicação na seara médica. Trata-se de caso julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964, no qual resultou na condenação de um médico ao pagamento de uma pensão, devido à verificação de falta grave. Entendeu-se que o médico agiu em inobservância das técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

A Corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Em 1ª instância, entendeu-se que não havia como estabelecer de modo preciso o nexo de causalidade entre o erro médico e a invalidez do menor. A Corte de Cassação assentou, por sua vez, que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. O médico foi condenado ao pagamento de uma indenização de 65.000 francos, em razão de o paciente ter perdido a chance de sobreviver sem a lesão por causa do seu grave erro. De um modo geral, a partir desse precedente, começou-se a responsabilizar os médicos que, por erro grosseiro, tiravam do paciente a chance de sobrevivência ou de cura de uma enfermidade.

Já na Inglaterra, no sistema *common law*, o supracitado autor aduz que a primeira aplicação da teoria da perda de uma chance foi em 1911, no caso *Chaplin versus Hicks*, no qual uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza foi impedida de participar da fase final, que consistia em apresentação perante jurados. Todas as candidatas concorriam a 12 prêmios. Assim, um dos juízes da causa entendeu que, diante da “doutrina das probabilidades”, aquela candidata teria 25% de chances de ganhar um dos prêmios, dando-lhe a indenização pleiteada (2013, p.11).

Na Itália, Sergio Savi (2006, p.10), afirma que foi Adriano Cupis, em 1966, o responsável pelo início da correta compreensão da teoria, uma vez que conseguiu visualizar

um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida no conceito de dano emergente, além de ter limitado o cabimento da indenização às chances sérias e reais. Neste país o desenvolvimento da matéria também foi muito intenso, gerando uma grande quantidade de casos, principalmente em relação à seara médica.

No Brasil a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance é um tema relativamente novo. Existem poucas produções doutrinárias dedicadas à teoria, e apenas recentemente, tem-se visto uma crescente aplicação do tema em julgados, principalmente a partir do início do novo milênio.

O primeiro caso de aplicação da teoria na jurisprudência brasileira foi em 1991, em acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve como relator o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior. No julgado, os desembargadores entenderam que pelo fato do advogado, sabendo do extravio dos autos do processo judicial, não promoveu sua restauração, e ainda não informou a sua cliente sobre o ocorrido, ele era responsável pelos danos causados a ela pela perda de uma chance de obter a prestação jurisprudencial, devendo, pois, indenizá-la, (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n. 591064837, 1991).

Apesar de ser ainda pouco desenvolvida, a teoria é aceita no Brasil pela doutrina e jurisprudência, que a enquadra o amplo rol de inovações feitas à teoria clássica da responsabilidade civil com o objetivo de promover a ampla reparação da vítima. Este processo, que atinge a teoria como um todo, indo desde a relativização da culpa até flexibilização do nexos causal, atinge também as classificações clássicas do dano, incluindo categorias novas, dentre as quais, para muitos, figuram a teoria da perda de uma chance.

A evolução da responsabilidade civil, incluindo o surgimento da reparação pela perda de uma chance no Brasil, está diretamente relacionada com as modificações constitucionais. Do chamado Estado Liberal passou-se ao Estado Social, o que importou numa ampla e progressiva preservação de valores como o solidarismo e justiça da relação entre as pessoas, e, especialmente, o da dignidade da pessoa humana e a reparação da vítima.

Neste contexto, a teoria da perda da chance coaduna-se perfeitamente com este princípio, ao pretender a incessante reparação de danos, pois não mais se admite que a vítima suporte prejuízos, ainda que provenientes da perda da oportunidade de se obter uma vantagem.

Sobre o alargamento da responsabilidade civil e o surgimento da perda de uma chance, cumpre destacar o mencionado por Carlos Eduardo Vinauh Pignata (*in Responsabilidade Civil pela Perda de uma chance*):

A perda de uma chance aparece, então, integrada à necessidade de se alargar a seara de reparação dos novos danos. Aos poucos se percebeu que havia casos em que o dano era facilmente detectável, porém sua extensão dificilmente era percebida. Em alguns casos, a conduta ofensiva é capaz de privar alguém da oportunidade de almejar um determinado lucro, vantagem ou até mesmo de evitar um prejuízo.

A teoria da perda da chance emerge, assim, para muitos, como um novo paradigma para a responsabilização civil, pois alarga os seus contornos, objetivando proteger a vítima de um novo tipo de dano, qual seja, a perda de uma chance séria e real de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

A teoria da perda da chance enuncia a possibilidade de se indenizar pela chance perdida, sempre que possa ser comprovada a atual, séria e real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem ou de evitar determinado prejuízo.

Acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance o ilustre autor Sergio Cavalieri Filho (2008, p.75) sustenta que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Chance, por definição muito mais matemática do que jurídica, é a probabilidade de ocorrência de um evento futuro ou a probabilidade de se evitar um prejuízo, devendo-se levar em conta, por certo, a igual probabilidade daquele evento futuro não ocorrer, e a probabilidade de prejuízo ocorrer mesmo sem a intervenção do agente danoso.

Como se observa, a reparação aqui refere-se a uma nova categoria de dano, à perda de uma chance. Nesse caso, há uma peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, pois não há prova de vínculo causal entre a perda da aposta e o ato danoso, e é em razão desta faceta, que muitos autores criticam a adoção desta teoria, por considerarem que não há como precisar o dano a ser reparado. A incerteza da ocorrência do resultado esperado seria óbice para a reparação, porquanto não se poderia indenizar a não ocorrência de algo, quando não é certo que o mesmo ocorreria. Ou seja, não haveria que se indenizar lesões baseadas na simples expectativa.

Não obstante os argumentos expendidos, o que a teoria busca reparar não é o prejuízo sobre o resultado esperado ou o dano que poderia ter sido evitado, mas sim a chance perdida. Com efeito, busca-se indenizar a perda da oportunidade de conseguir determinada vantagem ou de evitar certo Carlos Eduardo Pignata (in Responsabilidade Civil pela perda de uma Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 11, n. 1, jul. 2014.

chance) destaca: “Assim, os argumentos contrários a responsabilidade civil pela perda de uma chance surgem a partir de uma noção equivocada do instituto, pois ele não objetiva a integral restituição dos danos, mas a reparação pela real oportunidade perdida”. prejuízo. É por esta razão que a mensuração da indenização deve ser feita com base na probabilidade da ocorrência do evento esperado.

2. 2 Natureza Jurídica da Perda da Chance

A existência do dano ou prejuízo, como foi visto em tópicos anteriores, é indispensável para a configuração da responsabilidade civil. Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade.

Fixada a premissa de que o dano é indispensável para a configuração da responsabilidade civil, pergunta-se: Qual a natureza jurídica da perda de uma chance? Não há dúvidas de que o que se repara são chances perdidas, mas qual a natureza jurídica delas?

A resposta a esta pergunta é útil para podermos fixar os parâmetros necessários para a reparação civil pela perda de uma chance.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do dano indenizável pela perda de uma chance. Alguns autores consideram que se trata de um dano hipotético, outros entendem que o dano aqui discutido equivale aos lucros cessantes. No entanto, tais posicionamentos parecem estar superados.

De acordo com Daniel Longo Braga, não se trata de dano hipotético, denominado pela doutrina como dano eventual que, consoante melhor doutrina, não é indenizável. No dano eventual temos apenas uma suposição, um evento futuro e não absolutamente incerto, completamente aleatório e que depende de inúmeros fatores externos para que um dia venha a ocorrer. Diferentemente da chance, não existe o mínimo grau de certeza de sua ocorrência.

Também para o mencionado autor, o dano da perda da chance se difere dos lucros cessantes. Estes são os prejuízos causados pela interrupção de qualquer das atividades empresárias, podendo este prejuízo inclusive remeter a tempo futuro. A diferenciação entre os dois institutos reside justamente na quantificação da probabilidade. Nos lucros cessantes as chances da ocorrência do prejuízo futuro são próximas à absoluta certeza. Ou seja, nesta modalidade indenizatória vincula-se muito mais à certeza do que à chance. Não se confunde também com os danos emergentes, pois estes são aqueles facilmente perceptíveis e traduzem a perda imediata de um patrimônio.

Assim, de acordo com a doutrina brasileira majoritária, o dano da chance perdida não é hipotético e nem constitui lucros cessantes. Este é também o entendimento atual do Superior

Tribunal de Justiça. No mesmo sentido, Sílvio Venosa (2009, p. 34) aponta que “há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento”.

A natureza jurídica da perda de uma chance é tema muito controvertido. E ousa-se aqui a falar que esse ponto sobre a teoria é muito pouco desenvolvido no Brasil, sendo muito reduzido o número de autores nacionais que atentaram para questão da natureza jurídica. Já na doutrina estrangeira, encontram-se três correntes doutrinárias que tentam definir a natureza da chance perdida. Alguns doutrinadores nacionais filiam-se a uma e outros seguem outras.

A primeira corrente defende que a perda de uma chance seria um abrandamento do nexo causal, resultando numa relação de causalidade entre a conduta do agente que pratica um ato danoso e o dano final. Autores como Jacques Boré e John Makdisi, doutrinadores franceses, citados por Rafael Peteffi da Silva (2013, p.50-53), defendem que todos os casos de perda de uma chance estão calcados em uma ideia de **causalidade parcial**, uma mitigação do nexo causal, conceito o qual é utilizado para identificar a proporção de causalidade entre a ação ou omissão do réu e dano final (vantagem perdida), cujo resultado será identificado como “chances perdidas”. Segundo os autores franceses, ao invés de considerar as chances perdidas como um dano autônomo, estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final, reduzindo o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com o erro do ofensor.

Nesse sentido, Silva explica (2013, p.51):

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

Observa-se que esta corrente traz uma evolução do conceito de nexo de causalidade, não utilizando-se mais as doutrinas tradicionais acerca desse instituto.

John Makdisi (*Apud* SILVA, 2013, p.51) afirma que “a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade de causalidade provada”, e explica que, “se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experimentado pela vítima, o dano será quantificado em 80% do prejuízo total sofrido. Da mesma forma, se o conjunto probatório indica uma probabilidade causal de quarenta por cento (40%), é exatamente segundo essa proporção que será calculada a indenização”.

A segunda corrente defende que a perda de uma chance consiste em um dano

autônomo, específico e independente do dano final. Estuda a teoria como algo integrante da evolução de outro requisito da responsabilidade civil, o dano. Acredita na teoria da perda de uma chance como alargamento do conceito de dano, não necessitando de uma noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada.

O grande defensor dessa teoria é Joseph King Jr., autor norte-americano que lançou as bases da teoria da perda de uma chance nos Estados Unidos em 1981, citado por SILVA (2013, p.77). O autor aduz que os tribunais tem falhado ao interpretar a chance perdida como uma possível causa para a perda da vantagem esperada pela vítima, pois, segundo ele, interpretando assim, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta.

O doutrinador afirma que tanto nos casos que tratam com processos aleatórios concluídos, como aqueles em que o processo aleatório foi interrompido a perda definitiva da vantagem esperada existiu e ninguém é capaz de responder se a vítima poderia escapar do dano se a conduta do réu não fosse observada, ou seja, se a conduta do réu deixasse o processo aleatório seguir seu curso. Sempre o agente danoso/réu impede que se conheça a sorte da vítima. Assim, aduz que “a única maneira sensível de se avaliar a oportunidade perdida pela vítima é quantificar o dano sofrido, levando-se em conta a probabilidade que tinha a vítima de auferir, ao final do processo aleatório, a vantagem esperada” (SILVA, 2013, p.97).

A terceira corrente propõe uma divisão dos casos de perda de uma chance em “**casos clássicos**”, onde o processo aleatório foi interrompido, nos quais haveria um dano específico, e aqueles que ocorrem na **seara médica**, onde o processo aleatório foi concluído, nos quais haveria relação de causalidade entre o agente danoso (médico) e o dano final (invalidade do paciente, deficiência, morte e etc.). Essa é a corrente majoritária na França, que aplica a corrente que defende a chance perdida como dano autônomo aos casos clássicos e a corrente que defende a causalidade parcial aos casos da área médica. A maioria da doutrina francesa considera a aplicação da Teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica de uma forma diferente, levando-se em conta que conhece-se o prejuízo final. Como essa corrente destaca e diferencia a aplicação da teoria na nessa seara, deixa-se para esmiuçá-la no tópico 4, quando então falar-se-á sobre a aplicação da Teoria na área médica.

No Brasil, Rafael Peteffi da Silva, tão citado neste trabalho pelo brilhantismo em falar da natureza jurídica da teoria, filia-se a terceira corrente entendendo não ter as chances perdidas natureza única, já Fernando Noronha (2007, p.676), natural de Portugal, mas com amplo desenvolvimento de trabalhos em solo brasileiro, filia-se à segunda, por entender que

“a perda de uma chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, o qual é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados”.

Apesar de considerar bem desenvolvida a corrente que sustenta a utilização da causalidade parcial, filia-se aqui à corrente que defende as chances perdidas como dano independente do dano final, a qual advoga uma noção tradicional do nexo de causalidade, até mesmo porque no Brasil, quando se fala em responsabilidade civil, das várias teorias sobre o nexo causal, adota-se majoritariamente a teoria da causalidade direta/imediata ou teoria da causalidade necessária. Assim, como também afirma King Jr. (*Apud SILVA*, 2013, p.97), aplicar-se-ia a teoria da perda de uma chance quando a vítima provasse que a conduta do réu, agente danoso, constituiu condição necessária para a diminuição da probabilidade da vítima de auferir melhor condição e para o desconhecimento do resultado natural do processo aleatório em que se encontrava.

Assim, ressalte-se que a probabilidade deve dizer respeito apenas à ocorrência do resultado. O nexo de causalidade entre a conduta e a perda da chance, por sua vez, deve ser certo e aferível. A conduta deve, direta e imediatamente, dar causa à perda de uma oportunidade.

2.3 Parâmetros de Quantificação do Dano

Não é qualquer chance perdida que assegura a reparação civil. Destarte, a chance perdida apta a ensejar indenização não pode ser uma mera expectativa ou uma vaga possibilidade, mas uma chance real, séria e objetiva, razão pela qual segundo os doutrinadores franceses, a “*perte d'une chance*” é fundamentada na probabilidade e na certeza, isto é, a possibilidade de que haveria um ganho e na certeza de que a vantagem perdida resultou num prejuízo.

Ante a dificuldade de se distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano, a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, segundo notícia veiculada no site do STJ em 21/11/2010, avalia que: “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o “improvável” do “quase certo”, bem como a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”.

Como o instituto da perda da chance ainda é pouco desenvolvido no Brasil, mister traçar alguns parâmetros utilizados na doutrina e na jurisprudência para a fixação da reparação civil.

No Brasil, a teoria da perda da chance tem sido muito aplicada em casos de negligência de profissionais liberais, em que estes possuem obrigação de meio, não de resultado. Ou seja, devem conduzir um trabalho com toda diligência, contudo não há a obrigação do resultado. Um bom exemplo é o do advogado que perdeu o prazo para a contestação ou para a interposição de algum recurso, frustrando as chances de êxito do seu cliente. No entanto, deve-se compreender que o sucesso da causa não depende unicamente da diligência do patrono, depende de outros fatores.

É portanto a **existência de uma chance séria e real, que efetivamente demonstre a probabilidade de concretização da expectativa futura que fora ilícitamente ceifada da vítima do evento danoso**. Aqui não se trata de indenizar um dano hipotético ou incerto, que, em âmbito de responsabilidade civil, não é indenizável e nem indenizar mera expectativa. A teoria da perda da chance deve ser aplicada nos casos de dano, dentro de um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade. A chance perdida apta a ensejar indenização deve ser, portanto, séria e real.

Ressalta-se o caso emblemático da aplicação da teoria da perda da chance no Brasil refere-se ao programa televisivo “Show do Milhão”. Em virtude de uma pergunta mal formulada, a participante teve frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$ 1 milhão de reais. Por esta razão, a participante pleiteou o pagamento por danos materiais do valor correspondente ao prêmio máximo do programa e danos morais pela frustração, contra a BF Utilidades Domésticas Ltda., empresa do grupo econômico Sílvia Santos.

Em primeira instância, a empresa foi condenada a pagar R\$ 500 mil por dano material, mas recorreu, pedindo a redução da indenização para R\$ 125 mil.

De acordo com o Ministro Relator Fernando Gonçalves, não havia como se afirmar categoricamente que a mulher acertaria o questionamento final de R\$ 1 milhão de reais, caso ele fosse formulado corretamente, pois “há uma série de outros fatores em jogo, como a dificuldade progressiva do programa e a enorme carga emocional da indagação final”, que poderia interferir no andamento dos fatos. Mesmo na esfera da probabilidade, não haveria como concluir que ela acertaria a pergunta, sendo assim o ministro reduziu a indenização por entender que “o valor advinha de uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de quatro itens e refletia as reais possibilidades de êxito da mulher”.

Podemos destacar o segundo parâmetro para a configuração da responsabilização civil pela perda de uma chance:

O montante indenizatório respectivo à perda da chance ser inferior à quantia efetivamente esperada caso o evento futuro ocorresse sem a intervenção ilícita de um terceiro.

Com efeito, o que se busca indenizar não é a perda do resultado, mas sim, a perda da chance da ocorrência do resultado. No caso em análise, a participante do show do milhão não recebeu R\$ 1 milhão de reais, pois não há como garantir que se a pergunta estivesse formulada corretamente, ela acertaria a resposta. A sua indenização foi de R\$ 125 mil, valor proporcional à chance perdida.

Portanto, a quantificação do dano deve ser proporcional à probabilidade da chance efetiva. Ou seja, quanto maior à probabilidade da ocorrência do resultado esperado, maior deve ser a indenização pela perda da chance. Sérgio Savi (2009, p.112-113) citando a Corte de Cassação Italiana, menciona que a mesma considera que o dano autônomo passível de ser indenizado seria apenas aquele cuja probabilidade da vítima de alcançar a vantagem esperada era superior a 50%.

No entanto, não adota-se aqui essa linha de pensamento, porquanto não se vislumbra diferença, por exemplo, entre a vantagem que possuía 49% de chances de se concretizar e a que possuía 51%. Deve se considerar a autonomia do dano quando presente a seriedade da chance, impedir a sua reparação quando a probabilidade de ocorrência não atingir o patamar de 50% evidencia certa incongruência. O dano autônomo (chances perdidas) merece reparação na proporção do prejuízo. Assim, se inferiores a 50% as probabilidades de ocorrência mas, mesmo assim, houver uma chance séria e real, deve-se somente minorar o valor da indenização, e não a obstar.

No mesmo sentido, manifestou-se Silva (2013, p.141-142):

Parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização.

O mesmo autor cita exemplo na seara médica, em que uma gestante adentrou o hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz acabou morrendo por embolia pelo fluido amniótico. A família ajuizou demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico e o hospital, pois, apesar de saber que os pacientes que sofrem esse tipo de embolia tem apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente sobreviver à referida embolia. Mesmo com uma

probabilidade relativamente baixa de sobrevivência, a Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação (SILVA, 2013, p.12).

É necessário ainda haver a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima. Se houver alguma possibilidade, ainda que mínima, da ocorrência do resultado esperado, não se pode considerar que o sujeito passivo do dano perdeu todas as chances de alcançar seu objetivo, descaracterizando a possibilidade da aplicação deste instituto.

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

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

Não se pretende aqui abordar sobre a responsabilidade civil do médico, mas analisar a possibilidade de a teoria ser aplicada nos casos que envolvem erro médico ocasionando perdas de uma chance de cura ou de sobrevivência para o paciente (*“perte d’une chance de guérisons”*).

O erro médico, procedimento profissional inadequado que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir uma lesão à vida ou a saúde de outrem, diferenciada por imperícia, negligência ou imprudência, pode vir também a tirar a chance de cura ou de sobrevivência de um paciente.

Demonstrada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro e a recepção desta pela doutrina e pela jurisprudência, não obstante a ausência de previsão legal específica, e demonstrada a teoria no direito comparado, cabe examinar agora, com minúcia, se é possível a sua aplicação na seara médica. Para tanto será mostrado como a perda de uma chance é vista quando se fala em âmbito médico.

A posição majoritária na França entende que a Teoria da perda de uma chance está dividida em duas espécies: “casos clássicos” e “perda de uma chance na seara médica”. Denominam de “casos clássicos” para as situações em que o processo aleatório foi interrompido e, a segunda “perda de uma chance na seara médica” para as situações em que o processo aleatório chegou até o final.

Assim, a perda de uma chance de realizar uma prova de concurso público, onde o processo aleatório foi interrompido, seria diferente da perda da chance de curar um paciente e

impedir que este venha a óbito. No primeiro caso não se pode saber qual o resultado final, já que o candidato não prestou a prova, nunca se saberá o resultado, mas no segundo caso, na seara médica, a extensão do dano já está definida, pois o paciente não se curou ou veio a óbito, não existe incerteza quanto ao resultado, o que resta saber é se o médico tivesse agido de forma diferente, tomando a conduta que normalmente se espera desse profissional, o paciente sobreviveria ou obteria a cura.

Assim, muitos doutrinadores enxergam a perda de uma chance na seara médica de uma forma diferente, levando-se em conta que conhece-se o prejuízo final.

Sobre a posição majoritária francesa Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 84) comenta:

Essa manifestação originou a corrente que, ainda hoje, é a mais aceita pela doutrina francesa, diferenciando **a aplicação clássica da perda de uma chance, que significa o reconhecimento de um dano específico, da perda de uma chance em matéria médica.** Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. **Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto(...)**

Dessa forma, a teoria da perda de uma chance, se divide em dois grandes ramos, uma em que haveria um sistema próprio para a aplicação no campo médico e outra para os casos clássicos. Adepto da divisão da Teoria em duas modalidades, salienta Sérgio Savi (2009, p. 5):

É importante destacar, ainda, que há duas “modalidades” de responsabilidade civil por perda de uma chance. **“A primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final.”** Normalmente, os casos de responsabilidade civil médica ou “responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”, enquadram-se na segunda modalidade.

O que se nota é que a posição majoritária francesa, como já tinha se comentado no tópico 3.3 deste trabalho, entende que a natureza jurídica da perda de uma chance não é unitária, e sim mista, havendo uma diferença quando ela é analisada em matéria médica, ou seja, quando o processo aleatório restou concluído. Levando-se em conta essa diferença, destaca-se que na França a maioria das posições doutrinárias é contrária a aplicação dessa espécie de chance perdida, ou seja, não aplicam a teoria na seara médica.

As duas modalidades de perda de uma chance são explicadas minuciosamente por Rafael Peteffi da Silva (2013, p.86). Quanto à primeira aduz o autor:

Nesses casos, a chance pode ser isolada como uma propriedade anterior da vítima, que está incluída no seu patrimônio e se encontra totalmente independente do dano final.

Aqui o fato do ofensor impossibilita totalmente a “aposta”, isto é retira a álea própria da vantagem esperada. O processo aleatório é interrompido antes de chegar ao seu fim. Desse modo, resta absoluta a relação causal entre o fato danoso e a perda das chances, caracterizando essas chances como um dano específico e distinto do dano final.

E quanto à segunda (SILVA, 2013, p.87):

Nota-se que essa situação não pode ser observada nos casos de perda de uma chance de cura ou de sobreviver, pois as chances são observadas no passado, assim como o evento a qual elas se aplicam. No caso de um advogado perder o prazo recursal, o respectivo recurso nem chega a ser conhecido, não sendo possível dizer se ele seria procedente ou não, visto que aleatório. No caso médico, o processo que poderia ter sido aleatório já não é mais, pois se sabe com certeza qual o resultado: a morte ou a invalidez do paciente, isto é, a única dúvida que resta nesse caso é a relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final.

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Dessa forma, quando alguém impede, por exemplo, um aluno de fazer a prova vestibular, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do concurso e que benefícios seriam auferidos pelo aluno caso dele tivesse participado. Por isso a reparação não deve ser integral, deve ser fixada mediante uma redução percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 50% de chances de sucesso de passar no vestibular, a indenização será fixada considerando os 50% de chances que o aluno tinha.

De outra forma seria enfrentada a questão na seara médica, quando a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, salvando a vida, curando o paciente ou melhorando suas condições de sobrevivência. Fala-se em perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, que se constitui na perda da chance de se evitar o prejuízo.

Para os autores que diferenciam a responsabilidade civil pela perda de uma chance em duas modalidades, sendo, portanto, defensores de uma Teoria “bipartite”, na seara médica, como a extensão do dano já está definida, o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. Daí surge o que os autores chamam de uma “**causalidade parcial**”, que procura estabelecer uma relação entre a conduta do agente e o resultado final, responsabilizando aquele que colaborou parcialmente, em grau relevante, para o dano final. Seria, portanto, uma relativização do nexo causal, uma mitigação da causalidade.

Assim, os adeptos dessa corrente aduzem que nos casos em que o processo aleatório

no qual se encontrava a vítima atingiu o seu momento derradeiro, “a chance” não é vista como dano autônomo. Alegam existir um grau de colaboração do ofensor no resultado final, entendendo, nesse caso, ser a causalidade parcial o elemento flexibilizador da perda de uma chance no âmbito médico.

Seguindo-se essa corrente, a falha do médico seria uma causa que concorreu para a produção do dano final, a morte ou invalidez do paciente. O nexos de causalidade não estaria entre a conduta médica e a chances retiradas do paciente de obter um resultado mais favorável, existiria nexos causal entre a falha do profissional e o prejuízo final, mas não seria uma causalidade comum, tradicional, imediata, e sim uma causalidade parcial, relativa, e por isso a reparação também deveria ser parcial, e não integral, ou seja, a reparação deveria ser quantificada de acordo com a probabilidade, o grau de causalidade provada.

Todavia, discorda-se, pois aplicar a causalidade parcial representa uma exceção ao modelo brasileiro de utilização do nexos causal, já que não se tem a certeza que a falha médica é uma *conditio sine qua non* à realização do resultado final.

Em sentido contrário aos defensores da teoria bipartite, adeptos da causalidade parcial quando se fala em chances perdidas na área médica, argumenta-se que na verdade, não existe nexos causal, nem mesmo “parcial”, entre a conduta do agente (médico) e o resultado final (morte, invalidez do paciente), e sim, entre a conduta do mesmo e a diminuição da probabilidade da vítima de auferir melhor condição e para o desconhecimento do resultado natural do processo aleatório em que se encontrava. As chances perdidas seriam, portanto, um dano autônomo.

Por exemplo, quando o médico erra no diagnóstico de câncer, pensando ser um tumor menos agressivo, inicia outro tratamento que não aquele mais indicado para o caso, reduzindo as chances da paciente de sobreviver e de fato a mesma vem a óbito, não há nexos de causalidade, ou mesmo “causalidade parcial”, entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que se pode com certeza constatar é que, a conduta do médico impediu que a paciente tivesse a chance ao tratamento mais adequado, e por isso de cura. Não há como provar que se a paciente tivesse feito o procedimento mais adequado ela teria sobrevivido, mas existia essa chance, que lhe foi tirada diretamente pela conduta do médico. Dessa forma, existe um dano certo: a chance perdida pela paciente, com nexos de causalidade direto: a conduta errônea do médico.

Defende-se neste artigo, a perda de uma chance tendo natureza jurídica única, sendo ela sempre um dano autônomo, independente da seara a ser aplicada, apesar de reconhecer

que existem duas classificações/modalidades: a perda de uma chance da probabilidade de ocorrência de um evento futuro e a perda de uma chance da probabilidade de se evitar um prejuízo, as duas podem ser resumidas na seguinte frase de Yves Chartier (*Apud SILVA, 2013, p.83*): a perda de uma chance é sempre “*o desaparecimento da probabilidade de um evento favorável*”.

Justamente por entender a perda de uma chance na área médica de uma forma diferente, ligada a uma noção de causalidade parcial, dividindo a teoria em “casos clássicos” e “perda de uma chance na seara médica”, é que a maioria dos doutrinadores franceses não admite a aplicação da teoria da perda de uma chance nesta seara. Tanto Rafael Peteffi como Fernando Noronha, aduzem que a teoria nas hipóteses de erro médico não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado. Assim escreve Silva (2013, p.89):

A posição doutrinária dominante no direito francês concorda com a afirmação de René Savatier de que a utilização da perda de uma chance no terreno médico hospitalar é o paraíso do juiz indeciso, devendo ser totalmente rechaçada, pois representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema. Assim, sempre que o juiz não encontrar certeza para condenar o médico ou o hospital por todo o dano ocorrido, ou seja, a morte ou invalidez do paciente, deverá improceder totalmente a demanda indenizatória.

E continua Silva, (2013, p.92):

A jurisprudência norte-americana também apresenta diversos acórdãos em que a perda de uma chance médica não foi admitida. Muitos desses casos apresentam como fundamento principal a questão do nexó de causalidade, visto que os padrões tradicionais de causalidade não estão em conformidade com a aplicação da perda de uma chance em casos médicos.

A jurisprudência francesa, no entanto não seguiu os ditames da doutrina, adotando caminho próprio, aplicando a teoria na seara médica em diversos casos, alguns já citados nesse trabalho.

No Brasil, alguns doutrinadores advertem a eventuais perigos que a aplicação da perda de uma chance no âmbito médico pode trazer, principalmente no ordenamento jurídico pátrio, devido à realidade enfrentada pelos médicos no Brasil. Assim denota Barros Júnior (2007, p. 167):

Não é exagero se dizer que, em sendo adotada tal teoria, sem dúvida nenhuma, em pouco tempo, uma série de procedimentos não mais seria realizada devido ao risco de lesões iatrogênicas e ainda haveria o abandono do exercício de várias áreas de especialidade pelo temor de perda econômica. (...) Tal foco da teoria agride os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da valorização do trabalho, do direito à saúde, do interesse público por sobre o particular e principalmente da segurança jurídica. É ilógico que, em razão da limitação da

própria Medicina, se responsabilize um profissional por questões que escapam ao seu controle.

Outro doutrinador francês, que nega a aplicação da teoria na seara médica, ou melhor, quando o processo aleatório chegou ao seu final, é Jean Penneau (*Apud* Fernando Noronha, p. 678), que afirma que as situações de certeza quanto ao resultado e incerteza quanto à causa não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um processo regular de produção de provas, de modo que, se comprovado onexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização integral, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Segundo o autor, para o erro médico, portanto, o critério seria de tudo ou nada.

Para os defensores da **não aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico**, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar à improcedência da demanda. Somente quando demonstrado o liame causal, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, reparando-se integralmente o dano. Para eles o problema deveria se resolver na responsabilidade civil convencional, pairando o cerne da discussão sobre a prova do nexo de causalidade, sem a prova do qual o réu deve ser absolvido. A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre a quantificação da chance perdida e sua própria dúvida sobre o liame causal.

Todas essas críticas, embora fortes e respeitáveis, não justificam a exclusão da aplicação da doutrina da perda de uma chance na seara médica. O grande problema é que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório de modo equivocado, num processo de mitigação do nexo causal.

É claro que não se deve ignorar o fato de que nos casos médicos, a vítima pode não alcançar o resultado esperado por fatores independentes da conduta do médico, ou seja, ainda que o médico faça o diagnóstico a tempo e adote as providências aceitáveis tecnicamente, o resultado pode não ser alcançado por causa da evolução da própria doença, que pode ser uma predisposição da própria vítima, afinal a obrigação desse profissional é de meio e não de resultado. Mas quando o médico não age conforme deveria, errando grosseiramente no diagnóstico ou no tratamento, agindo dessa forma culposamente, parece não haver dúvidas que sua conduta tira do paciente as chances de melhor obter um resultado. Observe que é

necessário que se pudesse exigir do médico uma atuação diferente e adequada que dele se espera na atual conjuntura, aquilo que qualquer outro médico faria.

Deve-se compreender, portanto, a perda de uma chance no âmbito médico como uma teoria subjetiva da responsabilidade civil, aonde precisa ser demonstrada a culpa, nos moldes do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, já que a responsabilidade civil do médico é subjetiva. A proposta da teoria da perda da chance de cura ou de sobrevivência nunca pretendeu excluir a prova da culpa, que permanece como um dos elementos configuradores da responsabilidade civil. Assim, com enorme respeito aos grandes doutrinadores estrangeiros citados, a teoria da perda de uma chance é perfeitamente aplicável na seara médica. Se alguém é privado de um diagnóstico ou um tratamento correto por **culpa** do médico, sendo, desta forma, prejudicado, privado de seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, ou sobrevida, está constituída aí a perda de uma chance, que também constitui um dano em si mesma.

Dessa forma, o médico deve ser responsabilizado pelas chances que diminuiu de um paciente de obter a cura ou maior sobrevida, caso tratar-se mais cedo. Assim pensa a corrente que considera as chances tiradas pelo médico um dano autônomo.

A aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, portanto, deve ter como fundamento, a ideia de que as chances perdidas são um dano independente do dano final.

Seguir a corrente que defende a causalidade parcial, mitigando o nexo causal, seria romper com o princípio da condição necessária, requisito intrínseco à responsabilidade civil no sistema brasileiro. Se não há como demonstrar que um dano (morte ou invalidez do paciente) decorreu da conduta de um agente (médico), difícil pensar que esse agente deva ser condenado a repará-lo.

A solução para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance no âmbito médico está em observar que a teoria não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, constitui uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nesses casos, o médico não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficaz, toda a indecisão que a análise do nexo causal pode suscitar.

Assim, a perda da chance de cura ou de sobrevivência como um dano autônomo, está em consonância com o novo código civil, pois além de não mitigar o nexo de causalidade,

atende aos novos anseios da sociedade, protegendo mais um bem jurídico relevante.

Considerando que o novo Código Civil brasileiro prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de dano, inclui-se aqui aquela decorrente da perda de uma chance. Sendo assim, o dano da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, que envolve um bem maior que é a vida, deve ser indenizado.

Deve-se acompanhar as modificações que a sociedade exige, sem esquecer do *neminem laedere*, ou seja, a **ninguém é dado causar prejuízo a outrem**, este princípio tem por fundamento não a repressão ao ato ilícito, em si, mas, a proteção da vítima.

Um dos grandes doutrinadores e também jurista brasileiro sobre responsabilidade médica é Miguel Kfoury Neto, o eminente autor considera adequada para o Brasil a utilização da teoria da perda de uma chance na seara médica, senão vejamos Kfoury Neto (2002, p. 127):

Em síntese, o reconhecimento da “chance perdida” há que se apoiar em dados fáticos e científicos claramente provados, indicativos de que, caso a enfermidade tivesse sido diagnosticada com antecedência – pelos claros sintomas que o paciente apresentava, desconsiderados pelo médico, **o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência médica, aumentaria. O contrário, todavia, conduziu à perda dessa chance.**

No Brasil, a aplicação da Teoria da perda de uma chance ainda está se desenvolvendo, e como se pode ver, inclusive, vem se aplicando a Teoria na seara médica.

Como já dito, defende-se nesse trabalho, a unidade da natureza jurídica da perda de uma chance, ou seja, a perda seria sempre um dano autônomo e independente, nunca uma questão de causalidade, mesmo na seara médica. Filia-se à posição do Professor Joseph King Jr. (*Apud SILVA*, 2013, p.105), já mencionado, como o maior defensor da doutrina unitária, acreditando que, nas hipóteses em que o processo aleatório chegou ao seu resultado derradeiro, também é possível o isolamento de um prejuízo independente do dano final.

Tecendo comentário a favor da aplicação da teoria na seara médica, Rafael Peteffi da Silva apesar de não entender que a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência é um dano autônomo, argumenta que a defesa seria o caráter pedagógico da responsabilidade civil, como forma de desmotivar o agente e a sociedade de cometer novamente o ato ofensivo.

Deve-se frisar que, a teoria da responsabilização pela perda de uma chance não exige do médico uma conduta incompatível com o avanço da ciência, e sim faz uma análise de qual seria a conduta e o tratamento ideal quanto a um determinado quadro do paciente, diante do atual estado do conhecimento e das técnicas desenvolvidas. Se o médico não atua de forma razoavelmente prevista, não passando, por exemplo o tratamento mais adequado para o paciente ou errando grosseiramente em seu diagnóstico, poderá eliminar uma chance de cura,

que deverá ser indenizada.

Firme na defesa da perda de uma chance como dano autônomo na seara médica, afastando-se o nexos de causalidade entre o agente e o resultado final, há que se rebater aqui neste trabalho a crítica que os defensores da causalidade parcial sustentam quanto a possibilidade de se admitir condenações por danos inexistentes. Pois caso, por exemplo, o médico falhasse no tratamento da doença do paciente ou errasse em seu diagnóstico, e mesmo assim o paciente obtivesse a cura, teria o médico que indenizar de igual forma, dada a independência do dano. Essa é uma objeção, inclusive, formulada por Rafael Peteffi.

Essa crítica, no entanto, não prospera. Como já foi dito, em tópico anterior nesse trabalho, é necessário haver a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima. Se houver alguma possibilidade, ainda que mínima, da ocorrência do resultado esperado, não se pode considerar que o sujeito passivo do dano perdeu todas as chances de alcançar seu objetivo, descaracterizando a possibilidade da aplicação deste instituto.

Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente sobreviveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído chance alguma. Por questões relacionadas ao organismo da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Lembre-se, como já dito, a chance de obter um resultado só pode se considerar prejudicada se esse resultado não é atingido por outra forma. Seria o mesmo que se discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Deve ficar claro que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, ou a qualidade da vida) foi tolhido da vítima. O fato é que a CHANCE de cura, de viver ou de ter uma vida melhor (sem invalidez, ou sem depender de aparelhos, etc.) lhe foi subtraída. Não há que se falar, portanto em bipartição da Teoria da Perda de uma chance com naturezas jurídicas diversas, considera-se a perda da chance como direito autônomo à reparação civil, e assim também deve ser aplicada na seara médica.

Além disso, os defensores da teoria bipartite, não deveriam dividi-la em “casos clássicos” e “seara médica”, mas sim em “perda da chance de obter uma vantagem futura” e “perda da chance de ter evitado um prejuízo”, já que não só na seara médica por uma conduta culposa de outrem, alguém se vê privado de chances de ter evitado um prejuízo, como no famoso caso citado por Rafael Peteffi (2013, p.100) da perda de uma chance de evitar um

assalto, onde uma empresa instalou um sistema de alarme que não funcionou adequadamente nas dependências da mesma, permitindo, assim, que o furto se realizasse. Note-se que não há como afirmar que o furto não teria acontecido caso o alarme não tivesse falhado.

Independente da classificação, a perda de uma chance sempre será considerada como um bem autônomo. O desafio, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida, seguindo os critérios que já foram explanados no tópico 3.4 desse trabalho.

A teoria da perda de uma chance na seara médica, portanto, não deve levar em conta a “causalidade parcial”, dispensa-se provar o nexo de causalidade entre o prejuízo ao paciente e a falha do médico, verificando-se, por outro lado se a falha médica tirou uma chance de o paciente não ter esse prejuízo. Considerando, assim, a perda da chance como direito autônomo à reparação civil.

Lembre-se, por fim, que deve-se empregar a teoria da perda de uma chance de maneira subsidiária, sendo utilizada somente após o esgotamento das possibilidades de aplicação da teoria ortodoxa do nexo de causalidade, que é capaz de eliminar a perda de uma chance. Assim, o juiz apreciará, no caso apresentado, a chance desperdiçada. O *quantum* deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, já que não ocorreu o erro médico tradicional que gera indenização integral.

4 CONCLUSÃO

Advinda da jurisprudência francesa, a teoria da perda de uma chance constitui um novo paradigma para a responsabilização civil, na medida em que alarga os seus contornos, fazendo surgir uma nova categoria de dano indenizável. Enquadra-se no rol das inovações feitas à clássica teoria da responsabilidade civil, alargando os conceitos de dano, ao lado da relativização da culpa.

Conceitualmente falando, perda de uma chance é a supressão da oportunidade de obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo.

A dinamicidade da modernidade e as mudanças sociais, ideológicas e econômicas transformaram a responsabilidade civil, trazendo um paradigma solidarista que passou a considerar como sua principal aspiração a reparação da vítima prejudicada, trazendo a necessidade de se reparar novos danos com causas intangíveis e emocionais. Enquadrando-se a perda de uma chance como mais um desses.

A perda de uma chance, é vastamente aceita pela doutrina e jurisprudência e encontra-se baseada no princípio da ampla proteção à vítima, decorrente da valorização da pessoa

humana como centro da responsabilidade civil.

Ainda pouco desenvolvido no Brasil, o tema merece ser debatido para se evitar a utilização errônea e desvirtuada do instituto. Deve-se aplicar o bom senso e a razoabilidade para reconhecer a chance séria e real perdida, apta a ensejar a responsabilização civil e impedir a busca desenfreada e irresponsável de indenizações para qualquer situação. devendo-se afastar as reparações baseadas em meras expectativas e possibilidades hipotéticas, sem frustrar, contudo, as reais e sérias chances perdidas do cidadão, que tem direito a uma tutela ampla, justa e eficaz, com base no direito fundamental da proteção integral da vítima, assegurando-se efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Democrático de Direito.

Justamente por ser um tema ainda pouco pautado no país, a discussão e definição sobre natureza jurídica da teoria em questão muitas vezes passa batido, principalmente pela jurisprudência. Deve-se, portanto, ser aprofundada, até mesmo para que e ganhe força, objetivo deste artigo, ao trazer os debates do direito estrangeiro e desenvolver o tema neste ponto.

Como visto, existem duas correntes unitárias e uma mista que procuram resolver o problema, uma das correntes unitárias entende a perda de uma chance como dano autônomo decorrente da evolução do conceito de dano, a outra flexibiliza o nexo causal, valendo-se de uma relação de causalidade parcial para conferir indenização.

Das três correntes doutrinárias estrangeiras que tentam definir a natureza da teoria, reputa-se a mais correta a corrente que defende que a chance perdida é sempre um dano independente do dano final, tendo natureza jurídica única, advogando uma noção tradicional do nexo de causalidade, já que no Brasil, quando se fala em responsabilidade civil, das várias teorias sobre o nexo causal, adota-se majoritariamente a teoria da causalidade direta/imediata ou teoria da causalidade necessária.

Embora respeite-se os doutrinadores que dividem a Teoria da perda de uma chance em duas modalidades, uma utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e outra embasada na causalidade parcial, grau de causalidade que a conduta do réu representa em relação ao dano final, a causalidade parcial não se enquadra no sistema jurídico brasileiro de reparação civil, já que se vale de uma mitigação do nexo de causalidade, desvirtuando os padrões estabelecidos. Levada a questão para a área médica, deve-se utilizar os fundamentos da corrente que defende a chance perdida como dano autônomo tem-se a razão para sua aceitação.

Portanto, a solução para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance no

âmbito médico está em observar que a teoria não atua, no campo da mitigação do nexu causal. A perda da chance, em verdade, constitui uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nesses casos, o médico não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance de que ele privou a paciente. O princípio da boa fé objetiva é basilar nestas relações, o que deve sempre existir na atuação destes profissionais. Nesses casos, o médico não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas pela chance de que ele privou a paciente, uma vez que o ordenamento jurídico e a sociedade hoje buscam a preservação e proteção da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS MONTEIRO, Washigton. **Curso de Direito Civil: Direito das obrigações**, 2ª parte, 34ª ed. Revisada e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. 3ª ed. revista e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRAGA, Daniel Longo. **A Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. Universo Jurídico. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=7043>>. Acesso em 02/02/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed., revista, ampliada. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**, volume 7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade civil, volume III. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance. Considerações acerca de uma **teoria**. Revista Jus Vigilantibus, publicado em 30 de julho de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/41209>>. Acesso em 01/02/2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade**: Uma cláusula geral no Código Civil de 2002. Coleção Prof. Agostinho Alvin; coordenação Renan Lotufo. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 2 ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIGNATA, Carlos Eduardo Vinaud. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. Arcos. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance/>>. Acesso em 01/02/2014.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **Contratos em espécie**. 2. ed., vol. 3. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, **responsabilidade civil**. 8. ed. v. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

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

Apresentado em: 31.03.2014

Aprovado em: 30.06.2014