

## DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA ARTE MÉDICA

TRANNIN, Fernanda de Moraes Borba<sup>1</sup>  
HOFFMANN, Eduardo<sup>2</sup>

### RESUMO

A teoria da perda de uma chance é necessária para tratar de situações em que deve haver relativização da ideia de dano direto e imediato. O objetivo deste trabalho é analisar as possibilidades de aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, especialmente no campo da indenização pela responsabilidade civil decorrente das práticas médicas, levando-se em conta que não é possível reproduzir o resultado esperado para cada conduta médica, visto que cada organismo vivo reage de forma diferente e ímpar a cada tratamento clínico ou cirúrgico. A importância do tema reside no fato de que a ideia de dano indenizável foi construída sobre a noção de dano tangível, mensurável a partir de um resultado naturalístico detectável, ainda que apenas de forma pecuniária. Diferentemente, com a aceitação pela doutrina da aplicação da teoria da perda de uma chance, passa a ser reconstruído o instituto da indenização, abrindo a possibilidade de ressarcimento do dano, ainda que tenha existido meramente no plano estatístico. O problema a ser discutido é aplicação da teoria na área médica, observando-se que existe pouca produção bibliográfica a respeito e considerando que entre seus requisitos de aplicação, há a exigência de que o resultado seja estatisticamente certo e real, elemento que certamente poderá faltar quando se está em seara de condutas médicas, seja clínica ou cirúrgica, ou mesmo omissiva, afinal, cada organismo responde de forma peculiar e individual, não permitindo a formação de um modelo matemático que permita a definição de resultados estatísticos constantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conduta. Resultado. Nexa causal. Dano. Perda de uma chance na seara médica.

### OF NOT BEING APPLICABLE THE THEORY OF CHANCE LOSS TO THE MEDICAL SEGMENT

### ABSTRACT

The chance loss theory is necessary to treat situations where the idea of immediate and direct loss shall be viewed as relative, not absolut. The purpose of this paper is to analyze the possibilities of applying the chance loss theory to the Brazilian law, especially related to the area of compensation for liabilities generated by medical malpractice. We considered that it is not possible to obtain the same result in every given medical procedure, since each live organism reacts in a different or odd way to each clinic or surgical treatment. The importance of this theme resides with the fact that the idea of indemnification was built on top of tangible loss, measurable from a detectable natural result, even if only financially. With the acceptance of the chance loss theory concept, the compensation case will be reconstructed, opening a possibility of loss reimbursement, even if it existed only at the statistical level. The problem to be discussed is the application of this theory at the medical segment, considering that there is few related bibliography and the fact that currently there is a requirement that the results have to be statically correct and sound, element that can certainly miss when you are working with medical procedures, either clinical or surgical. After all, the bodies responds individually, not allowing the formation of a mathematical model that allows the definition of steady statistical results.

**KEYWORDS:** Conduct. Result. Causation. Damage. The chance loss theory in medical harvest.

## 1 INTRODUÇÃO

Conforme a teoria da perda de uma chance, o que o agente pleiteia não é a indenização por causa do resultado indesejado, mas sim, pela perda da chance de obter o resultado desejado, que não foi alcançado pela ação ou omissão de outrem, ou seja, é até admissível, que no lapso temporal entre a conduta do agente e o resultado desejado pudesse ter ocorrido alguma situação que viesse a evitar o resultado final, por causa disso é que o cerne da discussão se resume a um critério de probabilidade em que se presume a possibilidade de que o resultado viesse a ocorrer não fosse a interferência do agente, porém, não será preciso demonstrar que o resultado de fato seria alcançado, mas apenas demonstrar que a possibilidade de que viesse a ocorrer seja estatisticamente relevante, pois é inaceitável a indenização por dano meramente hipotético.

Sendo assim, a teoria da perda de uma chance não prescinde da demonstração do nexa causal, ou seja, é preciso demonstrar que o resultado deixou de ser alcançado pela conduta ou omissão do agente, apenas que, como o resultado deixou de ser alcançado, demonstra-se não o resultado efetivo, mas a forte probabilidade estatística de que o resultado poderia ter sido alcançado.

A contradição entre essas premissas com a legislação brasileira a respeito do tema, assim como com a orientação clássica a respeito da possibilidade de indenizar por causa do dano causado a outrem, se observa no artigo 403 do Código Civil de 2002, que atenta para o fato de que as perdas e danos só devem incluir os prejuízos efetivos e os lucros

<sup>1</sup> Acadêmica – Faculdade Assis Gurgacz. [fernandatran@hotmail.com](mailto:fernandatran@hotmail.com)

<sup>2</sup> Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense, pós-graduado em Direito Público e em Direito Tributário pela Unisul e é Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense. Atua profissionalmente como Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo e como advogado junto ao Escritório Canan e Poletto Advocacia de Toledo. É professor na Faculdade Assis Gurgacz de Cascavel/Pr nos Cursos de Direito e Medicina e no professor no Curso de Direito da Faculdade Sul Brasil de Toledo/PR.

cessantes decorrentes direta e imediatamente do ato do devedor, ou seja, o nexo de causalidade deve demonstrar claramente que a conduta foi à causa direta e imediata do resultado não desejado.

Nessa esteira, é contraditória a orientação legislativa de que a indenização por causa do resultado danoso só pode ocorrer com a demonstração material do dano, que teria o objetivo de quantificar, valorar o dano, e a possibilidade de condenar o agente ao ressarcimento de um dano, que de fato, não ocorreu, que tinha apenas a probabilidade estatística, ainda que importante, de ocorrer.

É indutivo, portanto, que o nexo causal a ser demonstrado na teoria da perda de uma chance, se restringe a demonstração da possibilidade estatística real e séria de que o resultado teria sido alcançado, caso não tivesse havido a ação ou omissão do agente. Sendo assim, é possível afirmar que a teoria da perda de uma chance pretende quantificar o valor econômico que uma chance estatística de obter um resultado possui.

E é por causa dessa contradição que a responsabilidade civil pela perda de uma chance tem sido objeto de debates doutrinários a respeito de sua natureza jurídica, havendo correntes que a classificam como lucro cessante, outras como dano emergente, existindo autores que a consideram como parte integrante do nexo de causalidade, ou como integrante da evolução do próprio dano.

Ocorre que em boa parte do que se considera chance perdida nos casos em que se discute erro médico, existe um desvirtuamento da tese, na maior parte das vezes, porque não se leva em consideração as predisposições do próprio paciente, que são extremamente particulares e dependem de disposições biológicas ímpares, não há condições de determinar estatisticamente a chance séria e real de que o resultado teria sido alcançado, porque o resultado a ser alcançado depende da resposta biológica de cada organismo vivo, que por certo, responde de forma diferente a cada tipo de agressão, não existindo um enquadramento matemático que demonstre como o corpo humano pode se comportar.

À conta do exposto, o presente trabalho tem por escopo a demonstração de que a exigência de que exista uma probabilidade estatística razoavelmente certa de que o evento iria acontecer é que pode prejudicar a aplicação da teoria em seara de responsabilidade civil decorrentes da atividade médica, visto que não é possível a formulação de uma hipótese estatística, analisando individualmente cada ser humano, que possui características biológicas ímpares, de afirmar que o evento iria acontecer, ou iria acontecer de determinada forma.

## 2 DETALHES HISTÓRICOS ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

*La perte d'une chance* (a perda de uma chance), como a teoria é conhecida no ordenamento francês, veio à tona com o intuito de reparar, independentemente do resultado, o dano causado a uma pessoa diante de uma situação que a faça perder a oportunidade de obter para si uma vantagem ou, ao menos, de evitar um prejuízo (WANDERLEY, 2012).

Embora se trate de indenização por responsabilidade civil, a perda de uma chance tem características próprias que a distinguem das outras hipóteses de ressarcimento civil provadas por dano.

Surgida na França, foi aplicada pela primeira vez em 1889 quando a Corte de Cassação Francesa, a qual corresponde a mais alta corte judiciária daquele país e cuja competência consiste na reapreciação unicamente da matéria de direito das cassações – recursos – interpostas perante ela, decidiu favoravelmente a um demandante que teria perdido a chance de obter sucesso em sua lide por causa da atuação culposa de um oficial ministerial, considerando que os procedimentos adotados pelo demandante eram todos regulares (SILVA, 2009).

Os exemplos mais destacados na doutrina, dentre vários que podem ser encontrados, e que mantiveram a aplicação da teoria são os casos de dois médicos ambos condenados pela Corte de Cassação francesa pela perda da chance de cura, um deles porque, em dezembro de 1965, teria feito o diagnóstico de uma fratura no braço de uma criança, mas esta também tinha problemas no cotovelo, esta última lesão não reconhecida por ele, vindo o menino a ficar com sequelas; e o outro caso, já em 1966, o médico não teria tomado os cuidados necessários para com uma mulher que havia sido acometida por uma grave hemorragia após dar à luz, em ambos os casos a Corte de Cassação francesa entendeu que havia chance de cura e o não reconhecimento das lesões diminuiu as chances dos pacientes (SILVA, 2009).

A Itália também reconheceu a perda de uma chance como válida e passou igualmente a analisá-la através de estudos feitos especialmente pelo professor da Universidade de Milão, Giovanni Pacchioni, na década de 40. Entretanto, ao examinar alguns exemplos de responsabilidade civil pela perda de uma chance advindos do direito francês, concluiu não ser possível a utilização da teoria como forma de indenizar uma oportunidade perdida, visto que julgava impossível ter a certeza do dano (CARVALHO, 2010).

No Brasil, não se encontra com facilidade decisões a respeito do tema. Os tribunais, de maneira geral, conforme se observa abaixo, têm evocado a teoria da perda de uma chance sem, no entanto, levar em consideração a necessidade da existência de uma chance estatística real e mensurável. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) ao julgar a Apelação Cível nº 592020846, referiu-se a uma chance razoável de sobrevivência sem fundamentar qual é estatisticamente essa chance, mencionando apenas que liberando o paciente e retardando seu reingresso na

instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença. Em suma, ficou que apesar “de seu estado febril não recomendar a liberação, e comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente, o retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver”.<sup>3</sup>

Para que se compreenda a teoria da perda de uma chance é preciso inicialmente entender os mecanismos que envolvem a responsabilidade civil, sua natureza e seus elementos, precisamente a responsabilidade civil decorrente do exercício da medicina.

### 3 O EXERCÍCIO DA MEDICINA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Quem analisa o exercício da medicina e suas consequências para o paciente não pode esquecer as dificuldades por que passam os profissionais médicos em sua lida diária, considerando as regiões menos desenvolvidas de nosso país, onde é carente de estrutura, onde não há aparato técnico para dar suporte ao exercício profissional; além disso, até bem pouco tempo os cidadãos eram atingidos por doenças que na atualidade, nos grandes centros conseguiu-se dominar, como por exemplo, tuberculose, hanseníase, sarampo; contudo, nos rincões de país, algumas doenças, ainda que “simples” como gastroenterite, desnutrição e verminose continuam vitimando parte de população. Por causa disso é que é preciso analisar a responsabilidade civil do médico de acordo também com o arsenal terapêutico e de diagnóstico colocado à sua disposição.

Nessas pequenas cidades onde os recursos técnicos ainda não se encontram disponíveis, a arte da medicina continua sendo praticada como nos primórdios de nossa civilização, ou seja, de forma essencialmente artesanal, contando o médico apenas com os recursos de sua experiência prática e de sua observação empírica.

Porém, nos primórdios de nossa civilização, os médicos eram tidos como verdadeiros sacerdotes, a população compreendia as suas dificuldades para o diagnóstico e a terapêutica, não relacionando o insucesso necessariamente à má prática profissional, porém naquele período não havia tantos recursos técnicos à disposição dos médicos, o que permitia que a população fosse mais tolerante (DANTAS, 2003).

Esse período faz parte da história pois que a população, ciente dos recursos à disposição da medicina, exige - com razão -, acesso irrestrito a esses meios de diagnósticos, ainda que sob o custo do Estado, visto que o sistema de saúde implementado desde a Constituição Federal de 1988 (CF/88) admite amplo, irrestrito e igualitário acesso a todos, de forma que a população ficou menos tolerante com os profissionais, relacionando a boa medicina com exames de alta complexidade e por vezes, desprestigiando a maior parte dos profissionais que ainda não têm acesso aos modernos acessos terapêuticos.

Esta menor tolerância implicou em maior número de demandas contra os profissionais da medicina (DANTAS, 2003).

Por tudo isso, em que pese sempre ter havido uma necessidade constante de avaliar o dano sofrido por cada indivíduo nos casos de responsabilidade civil, na seara médica em especial, houve uma evolução no sentido de exigir não só o estabelecimento da responsabilidade do culpado e o castigo, mas também o valor do ressarcimento devido à suposta vítima, já que os profissionais médicos, quando eram considerados como sacerdotes, não tinham sobre si a imputação ou a responsabilidade de seus insucessos, como acontece nos dias de hoje.

### 4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o artigo 186 do Código Civil, aquele “que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Responsabilidade seria, conforme o Dicionário Aurélio “a obrigação de reparar o mal que se causou a outros”. Para melhor compreensão, convém destacar que para que exista o dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil, é necessário haver uma conduta ilícita, dolosa ou culposa, e um dano. Sem o dano, cuja definição pode ser entendida como lesão ao bem jurídico tutelado que causa prejuízo de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, não há que falar em responsabilidade civil. Ocorre, no entanto, que a relação ‘conduta ilícita e dano’ deve estar ligada por um liame subjetivo denominado nexos de causalidade e é através dele que se pode apurar a responsabilidade do agente causador do dano (GIOSTRI, 2009).

<sup>3</sup> TJRS. Apelação Cível Nº 592020846, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 16/02/1993.

#### 4.1 DA AÇÃO E DA OMISSÃO

A ação consiste num ato humano, lícito ou ilícito, omissivo ou comissivo, voluntário e imputável objetivamente ao próprio agente, ou o fato animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando dever de satisfazer os direitos do lesado. Sendo assim, na ação o ato é praticado pelo próprio agente, enquanto na omissão o agente tem o dever de agir, mas não age (CAPEZ, 2003).

Para que a ação ou a omissão do agente constitua ato ilícito, é imperativo que haja desrespeito a um dever legal ou contratual. Na responsabilidade contratual, a obrigação de indenizar deriva do próprio contrato firmado entre as partes, ou seja, o ressarcimento substitui a quebra do contrato. Na responsabilidade extracontratual, que também é conhecida como responsabilidade Aquiliana, o dever de indenizar deriva de um ilícito que não envolve a celebração de contrato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

Convém destacar, no entanto, que o desrespeito a um dever legal ou contratual pode se dar de maneira dolosa, de modo que o agente tem a intenção deliberada de prejudicar o direito de outrem, ou seja, o agente deseja o resultado e pratica os atos determinados a sua consecução ou de maneira culposa, cujos elementos caracterizadores são a negligência, a imperícia e a imprudência (CAPEZ, 2003).

Na negligência, derivada do latim *negligentia*, que significa desprezar, desatender, não cuidar, o agente tem o dever de agir de certa forma, mas se abstém de praticar o ato da forma adequada, exprimindo desatenção, deixando de tomar precauções adequadas para a prática de determinado ato, gerando prejuízo à vítima. É, portanto, um ato praticado com descaso, quando o agente tem o dever e tem conhecimento de que deveria ser mais cuidadoso e poderia ou deveria ter previsto o resultado (CAPEZ, 2003).

No que tange a imprudência, derivada do latim *imprudencia* e cuja tradução pode ser entendida por falta de atenção, imprevidência, descuido, o agente age de forma precipitada, agindo com inobservância a um dever normal de cautela, causando um mal que deveria ter sido previsto pelo agente (CAPEZ, 2003).

Já na imperícia, derivada do latim *imperitia* (ignorante, inábil, inexperiente), o agente age sem conhecimento da arte ou da técnica, que, caso tivesse habilitação, teria evitado o mal. O agente pratica uma profissão desconhecida por ele, revelando inaptidão genérica ou específica (CAPEZ, 2003).

#### 4.2 DO NEXO DE CAUSALIDADE

O nexos causal é o elo concreto, físico, material e natural estabelecido entre a conduta do agente e o resultado, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este. Assim, para reconhecer a sua presença basta se utilizar de um critério de eliminação hipotética, ou seja, elimina-se o fato e faz-se uma análise para ver se o resultado ocorreria sem a presença dele, caso positivo, esse fato não guarda nexos causal com o resultado (CAPEZ, 2003).

Da mesma forma, para que se constate a perda de uma chance, é preciso que o resultado não tenha ocorrido por causa de uma conduta do agente que necessariamente impediu o resultado, ou ao menos, que se determine que o resultado era estatisticamente certo, não fosse a conduta do agente (SILVA, 2009).

Por causa da necessidade de uma avaliação estatística para calcular a proporção de causalidade entre a conduta e o dano final é que se pode afirmar que as clássicas teorias sobre o nexos de causalidade não são suficientes para explicar a responsabilidade pela perda de uma chance, pois as clássicas teorias da causalidade exigem uma causa necessária e não meramente uma causa estatística, exigindo a utilização da presunção de causalidade ou da causalidade parcial para justificar a necessidade de ressarcimento (SILVA, 2009).

#### 4.3 DO DANO

Segundo Giotri, “dano é o resultado prejudicial advindo da ação”, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial e para que se cogite responsabilizar alguém civilmente é preciso que tenha ocorrido dano a outrem. Se o prejuízo causado puder ser avaliado em pecúnia será classificado como dano patrimonial, por outro lado, serão danos não patrimoniais ou morais, aqueles que dizem respeito a bens não passíveis de avaliação em dinheiro (GIOTRI, 2009).

Desta feita, para que se considere o dano como indenizável, é preciso que os prejuízos tenham sido causados em outra pessoa que não ao autor, ou seja, não haverá responsabilização a danos infligidos no próprio agente ou em seu patrimônio (CHAMONE, 2008).

Além do mais, é preciso que haja certeza sobre o dano, pois não existe necessidade de ressarcir um prejuízo que não seja verificável ou que esteja apenas no campo da hipotética. Nessa mesma esteira, é preciso que o dano seja atual, porém também é certo que o dano futuro, uma vez mensurado e verificado, poderá ser indenizado (CHAMONE, 2008).

Uma vez verificado o dano a outrem, será preciso avaliar sua gravidade objetivamente, visto que deve conter carga passível de valoração que justifique a concessão da satisfação pecuniária. Sendo assim, a subjetividade não deve servir como padrão para concessão do ressarcimento, visto que sensibilidades especiais ou requintadas não devem ser levadas em consideração como parâmetros para responsabilização civil. Segundo a jurisprudência, meros dissabores não são passíveis de indenização; ora, o aborrecimento, o enfado fazem parte da vida cotidiana e, muito embora exista o dano, sua gravidade mínima provocada por uma subjetividade exacerbada, não o torna indenizável (CHAMONE, 2008).

Nesse sentido, segue a jurisprudência:

É devido o pagamento de indenização por dano moral pelo responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada por longo tempo por desídia, a qual provocou constante e intenso sofrimento psicológico ao vizinho, **configurando mais do que mero transtorno ou aborrecimento**. Salientou-se que a casa é, em princípio, lugar de sossego e descanso, não podendo, portanto, considerar de somenos importância os constrangimentos e aborrecimentos experimentados pela recorrente em razão do prolongado distúrbio da tranquilidade nesse ambiente – ainda mais quando foi claramente provocado por conduta culposa da recorrida e perpetuado por sua inércia e negligência em adotar providência simples, como a substituição do rejunte do piso de seu apartamento. **De modo que tal situação não caracterizou um mero aborrecimento ou dissabor comum das relações cotidianas, mas, sim, situação excepcional de ofensa à dignidade**, passível de reparação por dano moral. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que, incluída indenização por danos morais, prossiga o julgamento da apelação da recorrente. Precedentes citados: REsp 157.580-AM, DJ 21/2/2000, e REsp 168.073-RJ, DJ 25/10/1999. REsp 1.313.641-RJ, **Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 26/6/2012** [Grifo nosso].

No que concerne ao dano patrimonial, este consiste na diferença entre o que se tem e o que se teria, caso não tivesse existido o evento que deu causa ao dano. Na forma do artigo 402<sup>4</sup> do CC/02, o dano patrimonial pode ser classificado como lucro cessante ou dano emergente (CHAMONE, 2008; VADE MECUM, 2009).

O artigo 402 do CC/02 define brevemente o lucro cessante como aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar. Por isso, é preciso definir o que é razoável para fixar a orientação do legislador. Assim, explica Chamone: razoável 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”.

Em relação ao dano extrapatrimonial, alguns autores se referem a esse tipo de dano como sendo dano moral, no entanto, tem prevalecido na doutrina a expressão extrapatrimonial por ser mais abrangente, incluindo os danos morais e estéticos. Nessa forma de dano existe violação essencialmente aos direitos da personalidade, não se limitando à dor, tristeza ou sofrimento, mas envolvem os direitos à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade e à liberdade, todos englobados no direito a dignidade humana, conforme previsão constitucional (CHAMONE, 2008).

O dano estético, constitui situação especial de dano não patrimonial, porque pode ser apurado de forma concreta, ou seja, por ser visível na deformidade causada, sendo assim, não é um dano moral puro, mas que continua sendo classificado como dano extrapatrimonial conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup> (BARROS, 2000).

No tocante ao dano à honra, é necessário fazer uma diferenciação entre honra subjetiva e honra objetiva, posto que irá demonstrar a diferença entre o dano moral objetivo e o dano moral subjetivo. “A honra subjetiva concerne à psique do indivíduo, suscetível de ofensa mediante atos que ultrajem a dignidade, auto-estima e respeito do ser humano, provocando-lhe dor”; pode-se dizer, em outras palavras: “é o sentido de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana” (DAMÁSIO DE JESUS, 1997, p. 197, *apud* CHAMONE, 2008). Já a “honra objetiva consiste no bom conceito, respeito ou admiração reconhecido à pessoa pelo meio social”. E, a “violação da honra objetiva ofende a reputação que a pessoa goza no âmbito social e, em consequência, diminuição de valor frente à opinião pública, podendo resultar nos crimes de difamação e de calúnia” (CHAMONE, 2008).

Dessa forma é possível concluir que a violação da honra subjetiva está ligada ao dano extrapatrimonial, somente podendo ser sofrido pela pessoa natural e a responsabilidade penal será feita através do tipo previsto no crime de injúria.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> *DANOS ESTÉTICOS – EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Cirurgia estética. Lipoaspiração. Dano extrapatrimonial. Dano moral. Dano estético. Dote.- Para a indenização do dano extrapatrimonial que resulta do insucesso de lipoaspiração, é possível cumular as parcelas indenizatórias correspondentes ao dano moral em sentido estrito e ao dano estético. - Exclusão do dote (art. 1538, § 2º do CCivil) e da multa (art. 538 do CPC). Recurso conhecido em parte e provido. STJ. REsp 457.312/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 347.*

Por outro lado, em relação à honra objetiva, tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica estão suscetíveis a violação, dando origem aos crimes de difamação e/ou de calúnia (CAPEZ, 2003).

#### 4.4 DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Pela teoria subjetiva a prova da culpa é indispensável para que se efetive o dever de indenizar, sendo assim, é preciso demonstrar que o resultado dependeu da ação do causador. Já a teoria objetiva, que costuma ser tratada como sinônimo da teoria do risco, esta dispensa a demonstração de culpa para a reparação do dano, ou seja, o ressarcimento independe da prova da culpa (GARCEZ, 2007).

Em princípio, preocupada em analisar obrigatoriamente os elementos da culpa associada à necessidade da ilicitude, a responsabilidade civil, a partir do início do século XX, evolui de forma a afastar-se da capacidade da previdência e da diligência do causador do dano para se preocupar mais objetivamente com a reparação da vítima, o que deu origem a responsabilidade objetiva. De forma concomitante, passa a existir a noção de responsabilidade objetiva também para o agente que exerce atividade que pode potencialmente ser danosa, pois não é razoável admitir nesses casos o afastamento do dever de indenizar, sob o fundamento da fatalidade como causa do resultado (SILVA, 2009).

O marco distintivo da responsabilidade objetiva e da teoria do risco, é que nesta última o sujeito de direito cria riscos de dano a outras pessoas através de suas atividades, devendo reparar o dano, sem que seja necessário demonstrar que houve culpa em suas ações, ou seja, aquele que lucra com uma determinada atividade potencialmente danosa, deve responder pelos riscos e pelas desvantagens dessa mesma atividade (SILVA, 2009).

Não significa dizer, no entanto, que toda responsabilidade objetiva está ligada a uma atividade de risco, pois tal responsabilidade decorre exclusivamente dela e esta poderá determinar a responsabilização do agente ainda que ele não exerça atividade risco, é o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 14<sup>6</sup> determina a responsabilidade independentemente de culpa dos prestadores e fornecedores de serviço e de bens ainda que, em tese, não exerçam atividade de risco (GARCEZ, 2007; SILVA, 2009).

#### 4.5 DA OBRIGAÇÃO DE MEIO E DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Especificamente no campo das relações obrigacionais entre médicos e pacientes, para que se fixe a necessidade de indenizar, é preciso distinguir entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado.

Na obrigação de meio, o profissional médico se obriga a prestar serviço diligente e prudente para atingir certo objetivo, no entanto, por causa das incertezas da própria atividade médica, não se pode assegurar que a meta será alcançada, ou seja, a certeza de que poderá obter o que o paciente deseja. Essa relação é a que costumeiramente regula as obrigações médicas, pois, conforme já explanado, a medicina é uma ciência inexata desobrigando o médico de assegurar o resultado da implementação da terapêutica (COUTO FILHO; SOUZA, 2008).

Por outro lado, na obrigação de resultado o médico está obrigado ao objeto pretendido, o fato de ter agido diligente e prudentemente não o exime de atingir o resultado certo assegurado, pois sem ele, haverá descumprimento contratual (COUTO FILHO; SOUZA, 2008).

Nessa esteira, se a obrigação é de meio, o médico não será responsável pela falta de resultado, mas pela prudência, perícia e diligência com que se conduziu durante o tratamento. Se a obrigação for de resultado e o objeto pretendido não for alcançado, o médico só será isento de ressarcir, caso demonstre alguma causa excludente de responsabilidade civil, como caso fortuito ou força maior (COUTO FILHO; SOUZA, 2008).

### 5 DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

A chance é uma expectativa hipotética, mas o resultado precisa ser estatisticamente calculado a ponto de lhe conferir caráter de certeza. Sendo assim, porque existe certeza estatística de que o dano impediu um ganho que certamente ocorreria, esse ganho passa a fazer parte do patrimônio do agente, ainda que não tenha ocorrido, conferindo-

<sup>6</sup>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.

lhe uma natureza de dano emergente, por causa disso, há quem afirme que a perda de uma chance tem natureza de dano emergente (SILVA, 2009).

Porém, antes que se defina a natureza como sendo de dano emergente, é preciso perceber que o que teria a natureza jurídica de dano emergente seria o resultado que deixou de existir por causa da conduta do agente. No entanto, a perda de uma chance de conseguir aquele resultado desejado, é algo que interfere no nexos causal, na relação direta entre a conduta e o resultado, interferindo no resultado, mas que não é o resultado, portanto, não é dano emergente, porque esse, de fato não ocorreu (SILVA, 2009).

Por esse motivo não é possível admitir que a perda de uma chance seja um dano autônomo, mas um meio de identificar e quantificar o liame entre a ação do agente e o dano final, permitindo que o magistrado reduza o prejuízo da vítima de acordo com a quantificação do nexos causal constatado com o ato do agente ofensor (SILVA, 2009).

Conclui-se que a perda de uma chance é uma forma de interferência no nexos causal de modo a impedir o resultado, ou seja, faz parte do nexos causal e, portanto, tem natureza jurídica de nexos causal.

## 6 DO ERRO MÉDICO

O erro médico ainda é um tema bastante controverso, acerca do qual, juristas e os próprios profissionais médicos dedicam-se com afinco para conceituar. Além disso, trata-se de matéria de difícil comprovação, exigindo um trabalho árduo por parte de advogados e juizes no que tange a instrução probatória (GIOSTRI, 2009).

Contudo, a definição mais próxima de erro médico, considerada pelo direito pátrio é a de ação ou omissão, causada por imperícia, imprudência ou negligência, provocada pelo médico ao seu paciente, causando-lhe dano. Evidentemente, entre a conduta comissiva ou omissiva do profissional e o dano deverá ser demonstrado o nexos de causalidade (CAIXETA, 2003).

Ainda assim, para que fique efetivamente configurado o erro médico é necessário que a sua conduta médica seja comparada às recomendações trazidas pela literatura sobre o que seria mais adequado para determinado caso. Se a conduta do médico foi similar àquela recomendada na literatura, então não há que falar em erro e violação às normas técnicas, porém se a conduta foi diferente e há dano resultante dela, houve erro (CAIXETA, 2003).

Feitas essas considerações, e até para que se compreenda de forma mais abrangente sobre o erro médico, passa-se agora para o estudo de dois erros específicos, quais sejam, o erro de diagnóstico e o erro de tratamento.

### 6.1 DO ERRO DE DIAGNÓSTICO

O diagnóstico consiste em identificar a doença que acomete o paciente e, partir dele, determinar seu tratamento, de modo que o diagnóstico feito erroneamente é capaz de comprometer a cura e até a vida do paciente (CAIXETA, 2003).

O erro de diagnóstico fica, portanto, caracterizado diante da escolha equivocada do tratamento para o paciente, vindo a lhe causar dano.

Todavia, ao contrário do que se pensa, a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico é algo bastante difícil de ser caracterizada; primeiro, porque a arte de diagnosticar não é uma ciência precisa, e; segundo, porque as condições biológicas de cada paciente são diferentes. Além disso, não há como garantir a infalibilidade médica (GIOSTRI, 2009; CAIXETA, 2003).

Ocorre, evidentemente, que se o erro for grosseiro, como a identificação de moléstia inexistente, ou se em razão do elevado grau de especialização do médico puder ser exigido dele o conhecimento de certa doença, o profissional deverá ser responsabilizado (CAPEZ, 2003; CAIXETA, 2003).

Desse modo, para apurar o erro de diagnóstico será necessário verificar que, se diante das mesmas circunstâncias, e da mesma estrutura, o profissional médico se desviou grosseiramente da conduta recomendável para o caso, de forma que se a resposta for “sim”, haverá o dever de indenizar, todavia, se a resposta for “não”, inexistirá responsabilidade (CAIXETA, 2003).

### 6.2 DO ERRO DE TRATAMENTO

O tratamento acontece depois de feito o diagnóstico, ou seja, quando a moléstia já está identificada. Esta é a fase em que o médico deve se utilizar dos meios de que dispõe, a fim de preservar a vida, melhorar a saúde e aliviar a dor do

paciente. Além disso, este é também o momento em que o profissional deve intensificar a cautela e a diligência para com o doente, visto que esta é a ocasião em que o paciente está mais fragilizado (CAIXETA, 2003).

O erro de tratamento pode se dar tanto de forma direta quanto de forma indireta. O erro direto ocorre de forma objetiva, como na execução de uma cirurgia, por exemplo, já o erro indireto ocorre nos casos de infecção hospitalar (CAIXETA, 2003).

A caracterização do erro de tratamento depende de cada caso especificamente e, caso configurado o erro e o dano dele advindo, haverá a responsabilidade civil do profissional, legitimando o pleito judicial pela reparação de danos (CAIXETA, 2003).

### 6.2.1 Evolução desfavorável da doença, ação agressiva da patologia e deficiência particular de reação de cada organismo vivo

Sobre as predisposições singulares de cada indivíduo diante da agressão de uma doença, Giostri afirma que aquilo que diz respeito à saúde e à normalidade biológica de cada indivíduo é caracterizado por uma complexidade única, visto que, por vezes, o normal pode ser confundido com uma patologia e aquilo que é adequado para certa pessoa pode não ser para outra, e a isto deu-se o nome de idiossincrasia (GIOSTRI, 2009).

Diante disso, a autora supracitada conclui que o resultado aguardado pelo paciente pode ser diferente daquele fornecido como resposta biológica por seu organismo que, por sua vez, poderá ser diferente do resultado que o julgador entende que deveria ter sido alcançado e, ao mesmo tempo, poderá ainda ser diferente daquele que a medicina poderia atingir (GIOSTRI, 2009).

Essas considerações são importantes para entender a noção de que, quando uma doença evolui desfavoravelmente, não significa que tenha havido erro médico em qualquer uma das espécies descritas acima, em que pese uma notória presunção de culpa do médico, especialmente quando as doenças mais comuns, evoluem de forma inusitada e não desejada, é notório que diante de patologias tidas como corriqueiras, como a gripe comum, por exemplo, haja uma pressuposição de culpa médica quando ocorre evolução desfavorável do quadro, principalmente quando leva ao óbito.

Essas considerações são fundamentais para a análise da responsabilidade civil do médico, que lida com um limite muito estreito entre a normalidade e a patologia, não sendo possível extrair conclusões matemáticas quando se analisa uma área tão sujeita ao aleatório.

### 6.3 DAS EXCLUDENTES DE CAUSALIDADE

Pode ocorrer que uma causa estranha a conduta do agente tenha interferido no resultado final de tal modo que afasta a relação entre o dano e a conduta do agente, nesse caso pode ocorrer a chamada excludente de causalidade, como o caso fortuito, o fato exclusivo da vítima ou o fato exclusivo do terceiro. Essas situações exoneram o suposto ofensor de sua responsabilidade porque rompem com o nexo causal, desonerando o agente do dever de indenizar. Passa-se então a analisar cada uma dessas situações (CAPEZ, 2003).

O fato exclusivo da vítima ocorre quando a culpa da vítima exclui a responsabilidade do agente. Portanto, quando da apuração dos danos verificar-se que “o próprio lesado, através de sua culpa exclusiva, causou o fato, incoerente será afirmar que outro responda pela indenização” (WILLEMANN, 2002; CAPEZ, 2003).

Importante ressaltar que o fato da vítima não se confunde com predisposição da vítima, como nos casos das doenças, pois não pode ser imputado à própria vítima, devendo ser considerado como um evento natural, sendo assim, o câncer, a hepatite são eventos naturais como a chuva, o terremoto, o raio (SILVA, 2009).

Em relação ao caso fortuito e a força maior, caracterizam-se por situações em que o prejuízo ocorreu, mas não se pode imputar a culpa a seu causador. O caso fortuito é o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem. Já a força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas que não se pode, igualmente evitar. O artigo 393<sup>7</sup>, parágrafo único do CC/02 define o caso fortuito e a força maior, só que sem diferenciá-los. Considera tais fatos como excludentes de reparação, pois afetam a relação de causalidade entre a ação e o dano sofrido pela vítima (WILLEMANN, 2002; SILVA, 2009).

<sup>7</sup> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.



Também não se confunde o caso fortuito e a força maior com a predisposição da vítima, já que as doenças, em que pesem ocorrerem por caso fortuito ou força maior, nos casos de erro médico, deve ser demonstrado que não se constituíram por si só, como causa preponderante causação do dano (GIOSTRI, 2009; SILVA, 2009).

Finalmente, ocorre vezes de o responsável pelo evento não ser responsabilizado, tendo em vista o ato de um terceiro é a causa exclusiva do evento danoso, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima. O terceiro nessa relação, não é o agente, nem a vítima, mas uma terceira pessoa estranha a este binômio, que influi diretamente na responsabilidade pelo dano. O fato de terceiro tem o atributo de afastar a responsabilidade do autor aparente, além disso, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, em razão de ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável. O que se deve ressaltar é que o terceiro atua de forma ativa e que seu comportamento implica em um fato danoso, exonerando o suposto causador, pois não seria moral e nem jurídico que viesse a ser responsabilizado por dano ao qual não deu causa, porque adveio de conduta de terceiro, sobre o qual não pode exercer qualquer influência (WILLEMANN, 2002; CAPEZ, 2003).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perda de uma chance, o prejuízo da vítima será reparado de acordo com a probabilidade de causar o evento, ou seja, se existia 80% de chance de que o resultado final viesse a ocorrer antes do evento provocado pelo agente causador e que impediu esse resultado esperado, pode a vítima ser ressarcida em 80% do suposto prejuízo.

Aí está o grande empecilho para a adoção da teoria da perda de uma chance nos casos de indenização por erro médico. Ocorre que na perda de uma chance o resultado não ocorre por causa da ação do agente que impede o resultado esperado, nos casos de erro médico, o resultado tem que ter existido para que se avalie se há necessidade de indenizar.

Sendo assim, por exemplo, caso um médico deixe de fazer um diagnóstico ou não adote um procedimento recomendado pela boa técnica, será preciso aguardar o resultado produzido por essa conduta ou pela omissão, a fim de avaliar se houve prejuízo, pois, se o paciente, apesar de não ter sido feito um diagnóstico ou apesar de não ter sido adotado um procedimento, recuperar-se completamente porque possui condição fisiológica que assim o permita, sem a demonstração de que houve algum dano, não será possível exigir o dever de indenizar. Por outro lado, se o paciente vier a falecer, o resultado morte será absoluto e não haverá como responsabilizar o médico por apenas 80% do resultado morte, por exemplo.

Nos casos médicos, a vítima pode não alcançar o resultado esperado por fatores absolutamente independentes da conduta do médico, ou seja, ainda que o médico tivesse feito o diagnóstico a tempo ou tivesse adotado providências aceitáveis tecnicamente, o resultado pode não ser alcançado por causa da evolução da própria doença, que, conforme já analisado anteriormente, é uma predisposição da própria vítima. Sendo assim, por causa das características próprias de cada organismo e da evolução e malignidade de cada doença, não é possível delimitar estatisticamente o grau de interferência no resultado de cada conduta médica, por causa de seu alto grau de imprevisibilidade.

Conclui-se que com as informações obtidas sobre a Responsabilidade Civil, que a teoria da perda de uma chance deve ser utilizada com muito critério pelos julgadores, especialmente porque em seara de Direito Médico, vislumbra-se a sua utilização apenas de forma excepcional.

## REFERÊNCIAS

BARROS, F. L. M. **O dano estético e a responsabilização civil.** Ano 6, n. 49, fev/2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1870>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BIONDI, E. A. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.** Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigos/civil/tpcrc>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

CAIXETA, F. C. T. A. **Erro médico. Responsabilidade civil médica em cirurgia plástica.** Ano. 8, n. 134, Nov/2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4490>> Acesso em: 10 mar. 2013.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal Parte Geral Volume 1.** 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, L. S. **aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance nos tribunais pátrios.** Jun/2010. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4220](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220)> Acesso em: 06 fev. 2013.



COUTO FILHO, A. F.; SOUZA, A. P. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMONE, M. A. **O dano na responsabilidade civil**. Ano 13, n. 1805, jun/2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11365>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

DANTAS, E. V. S. **Aspectos históricos da responsabilidade civil médica**. ano 7, n. 107, out/2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>>. Acesso 25 jan. 2013.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil Parte Geral**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIOSTRI, H. T. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, R.C. **Direito das Obrigações**. 11. ed. São Paulo, Vol 5 e 6: Saraiva, 2010.

GARCEZ, J. M. R. **Responsabilidade objetiva ("strict liability"), negligência ("negligence") e negligência dolosa ("gross negligence"). Conceitos no direito brasileiro e nos países da "common law"**. ano 12, n. 1617, dez/2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10732>>. Acesso em: 07 dez. 2012.

KEHL, S. E. **A perda de uma chance como um dano autônomo e reparável**. Ano 12, n. 62, mar/2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6086](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6086)>. Acesso em: 04 fev. 2013.

PAGLIUCA, J. C. G. **Relação de causalidade: art. 13 do Código Penal**. Ano 9, n. 248, mar./2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4932>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SILVA, R. P. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp). Acesso em: 24 fev. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=592020846&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3APrimeira%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AAraken%2520de%2520Assis&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=592020846&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3APrimeira%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AAraken%2520de%2520Assis&as_q=>)> Acesso em: 06 fev. 2013.

VADE MECUM RT. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WANDERLEY, N. T. R. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável**. ano 17, n. 3403, out/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22889>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

WILLEMANN, Carolina. **A responsabilidade civil do cirurgião dentista não-autônomo nas situações de emergência das atividades hospitalares**. Ano 7, n. 58, ago./2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3129>>. Acesso em: 2 maio 2013.