



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COORDENAÇÃO GERAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

THÂMARA LEÃO TEBERGE

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FUNDAMENTO DA TEORIA
DA PERDA DE UMA CHANCE**

CAMPINA GRANDE - PB
2016

THÂMARA LEÃO TEBERGE

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FUNDAMENTO DA TEORIA
DA PERDA DE UMA CHANCE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao programa de Pós-Graduação em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.
Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Ms. Luciane Gomes

**CAMPINA GRANDE - PB
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

T254r Teberge, Thâmara Leão.

Responsabilidade civil do médico sob o fundamento da teoria da perda de uma chance [manuscrito] / Thâmara Leão Teberge. - 2016.

66 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Profa. Ma. Luciane Gomes, Departamento de Direito Privado".

1. Responsabilidade Civil. 2. Responsabilidade Civil do Médico. 3. Ordenamento Jurídico Brasileiro. I. Título.

21. ed. CDD 347

THÂMARA LEÃO TEBERGE

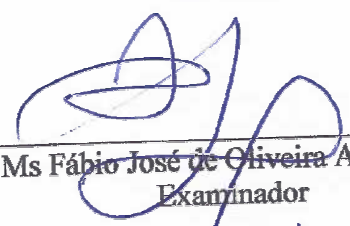
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FUNDAMENTO DA
TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciante da Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.


Aprovado em 30/04/16



Prof Ms. Luciana Gomes / ESMA
Orientador



Prof Ms Fábio José de Oliveira Araújo / UEPB
Examinador



Prof Esp Edja Andreinna Cavalcante Pereira / UEPB
Examinador

NOTA: 10,0

Ao Criador, meu Deus soberano, mestre, por toda a
bondade e graça. À minha família, pelo incentivo,
apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu mestre, por me dar sabedoria na escrita deste trabalho.

À minha família: meus pais, Ana Teberge e João Teberge; minha vó, Lourdes Leão; aos meus tios e primos; por serem os meus maiores exemplos.

À mestre professora orientadora, Luciane Gomes, pela paciência e solicitude; e aos mestres professores componentes da banca.

Aos servidores e professores da Escola Superior da Magistratura – Campina Grande e da Universidade Estadual da Paraíba, porque sem vocês este trabalho não se concretizaria.

Aos meus colegas de sala pelo companheirismo e risadas de todos os dias.

RESUMO

Trata-se de trabalho sobre os alcances da Responsabilidade Civil do Médico quando avaliados a partir dos fundamentos firmados pela Teoria da Perda de uma Chance em que se a ideia de responsabilização pessoal do médico por frustração da oportunidade da vítima de obter a cura, ou sobrevida mais benéfica. Buscou-se, ao discorrer do desenvolvimento, atribuir ao profissional a obrigação de reparar os danos decorrentes de erro médico que antes, dada as dificuldades do caso concreto, mormente a massificação das relações pessoais, a moléstia que acometia o paciente e a prova do requisito culpa, não era possível atribuir-lhe. A partir dos ensinamentos construídos pela jurisprudência e doutrina no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro, concluímos pela possibilidade de aplicação da responsabilidade médica nos casos em que o profissional subtrai do paciente a oportunidade de cura ou de sobrevida.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil do Médico. Teoria da Perda da Chance. Frustração da chance de cura. Aceitação do direito estrangeiro. Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

It is working on the scope of the Civil Liability of Medical when evaluated from the foundation signed by the Theory of Loss of Chance in which the idea of personal physician accountability for frustration of the opportunity of the victim to obtain the cure or survival more beneficial. we sought, to discuss the development, assign the supplier is required to repair the damage resulting from medical error than before, given the difficulties of the case, especially the widespread use of personal relationships, the disease that affected the patient and the test requirement fault, it was not possible to attribute to it. From the teachings built by jurisprudence and doctrine in comparative law and the Brazilian legal system, we find the possibility of application of medical liability in cases where the professional patient subtracts the healing opportunity or survival.

Keywords: Liability Medical. Theory of Loss of Chance. Frustration chance of cure. Acceptance of foreign law. Application in the Brazilian legal system.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CDC	CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
REsp	RECURSO ESPECIAL
TJRS	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL
TJPR	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DELINEAMENTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS	10
2.1 Delineamentos Históricos	10
2.2 Conceito	12
2.3 Pressupostos	13
2.3.1 <i>Conduta Humana</i>	13
2.3.2 <i>Culpa</i>	15
2.3.3 <i>Nexo de causalidade</i>	17
2.3.4 <i>Dano</i>	19
2.4 Espécies	22
2.4.1 <i>Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual</i>	22
2.4.2 <i>Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva</i>	22
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE	23
3.1 Conceito	25
3.2 Natureza Jurídica da Perda de uma Chance	25
3.3 Teoria da Perda da Chance no Brasil	27
3.3.1 <i>Cláusula Geral de Responsabilidade Civil: Cláusula Aberta Insculpida no art. 186 do Código Civil</i>	28
3.4 Chances Sérias e Reais	29
3.5 Tipo de Dano	32
3.6 A reparação da Perda de uma Chance: Quantum Indenizatório	34
3.7 Acolhimento da Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance pelo Superior Tribunal de Justiça	36
4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FUNDAMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	39
4.1 Atividade Médica: Aspectos históricos	39
4.2 Responsabilidade Civil do Médico: Obrigação Contratual de Meio com Necessidade de Prova de Culpa	41

4.3 Incidência do Código de Defesa do Consumidor e a Prova da Culpa da Responsabilidade Pessoal do Médico	42
4.3.1 <i>A prova da culpa</i>	43
4.4 Deveres do Médico e do Paciente	44
4.4.1 <i>Deveres do médico: do dever de informar</i>	44
4.4.2 <i>Consentimento informado</i>	45
4.5 Responsabilidade dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde	47
4.6 Excludentes da Responsabilidade Médica	48
4.7 Erro médico	47
4.8 Perda da chance aplicada à Responsabilidade do médico: Ensinamentos do Direito Comparado e posição doutrinária adotada	50
4.9 Teoria da perda da chance aplicada à Responsabilidade Civil do médico no Brasil: Uma análise do Recurso Especial número 1.254.141/PR do Superior Tribunal de Justiça	55
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em que uma sociedade cada dia mais tecnológica, massificada e impessoal em que, não raras vezes, nos encontramos diante de um ato ofensivo de um sujeito que causa danos a outrem. Mais que isso, por vezes enfrentamos situações em que alguém priva outro alguém de obter uma situação futura mais benéfica mas que, dada a necessidade de comprovação dos requisitos intrínsecos à responsabilização do agressor, a vítima do evento danoso não obtém a reparação do mal sofrido.

Entretanto, o Direito enquanto ciência social não pode se abster, baseando-se em mecanismos meramente técnicos, em resguardar a pretensão de indivíduos que tenham seus direitos violados. Foi na defesa da vítima que, nesse contexto, surgiu na França a Teoria da Perda de uma Chance.

Com efeito, a doutrina na qual nos filiamos passou a defender a existência de um dano autônomo, diverso do resultado final, consistente na perda da chance da vítima de conseguir uma determinada vantagem, concedendo-se indenização pela perda da própria chance e não pela vantagem que não se pôde realizar.

Ocorre que, com as mudanças dos fenômenos sociais, notadamente com o surgimento da normatização protecionista das leis de Direito do Consumidor, observou-se crescente aumento dos casos de erro médico por todo o mundo. Entretanto, proporcional ao aumento dos casos, estava a inexistência de indenização à vítima por inexistência de nexo causal entre a conduta do médico e o dano experimentado pelo paciente. É que o paciente, em regra, já estava acometido de alguma moléstia grave, razão por que os julgadores entendiam que o causador definitivo do dano era, de fato, a doença.

Entretanto, vislumbrando as situações expostas, a doutrina francesa verificou que, em alguns casos, a atitude gravosa do médico não estava necessariamente atrelada ao resultado final obtido pelo paciente, mas sim às técnicas médicas inadequadas realizadas no tratamento ou no diagnóstico da doença do paciente, impossibilitando-o de obter uma cura ou uma sobrevida mais digna.

Nessa situação, alguns doutrinadores franceses, ao qual nos filiamos, entenderam que a indenização a ser conferidas nesse casos deveria ser a da privação da oportunidade da cura, e não da cura em si. Esses doutrinadores entenderam, portanto, pela aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico, defendendo que o erro no tratamento ou no diagnóstico tratava-se de espécie de privação de chance como dano autônomo, independente do resultado final.

Passou-se então à construção da aplicação Responsabilidade Civil do Médico sob o fundamento da Teoria da Perda de uma Chance, no direito estrangeiro e também no brasileiro, sendo este o objeto do presente estudo.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DELINEAMENTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

Antes de adentrar no estudo da Responsabilidade Civil do Médico sob o fundamento da Teoria da Perda da Chance, necessário delinear aspectos gerais concernentes à Responsabilidade Civil, notadamente no que tange ao surgimento, o desenvolvimento, o conceito e os correspondentes requisitos do instituto, a fim de que se possa compreender, posteriormente, as peculiaridades inerentes ao objeto do presente estudo.

2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

Tratando-se de Responsabilidade civil, necessário remontar-se aos ensinamentos construídos ao decorrer da história do Direito.

Etimologicamente, a palavra “Responsabilidade” deriva do verbo latim *respondere*, que à época significava a obrigação de alguém em comportar com as consequências decorrentes de sua atividade. GONÇALVES (2015, p. 09), acrescentando conteúdo etimológico ensina que a palavra “Responsabilidade” tem origem na raiz latina *spondeo*, por meio do qual se vinculava o devedor nos contratos verbais do Direito Romano.

Vê-se que as acepções das palavras ligavam-se às ideias iniciais dos resultados provocados no contexto do convívio social pela execução de atividades humanas, traçando-se, a grosso modo, de primeiras concepções a respeito do que hoje se entende por “Responsabilidade Civil”.

Todavia, necessário esclarecer que são nas sociedades organizadas pré-romanas onde se encontra a raiz da concepção contemporânea da Responsabilidade Civil.

De início, tem-se o domínio da “vingança privada”, segundo a qual os indivíduos, por seus livres convencimentos, reagiam voluntária e espontaneamente àquelas ações de outrem que lhes atingiam a esfera pessoal. Nessa época, o dano provocava a reação arbitrária e brutal do ofendido, não havendo que se falar em reparações ou limitações para a reação da vítima, posto que ainda não imperava o Direito.

Era, assim como ensina a doutrina, “a reparação do mal pelo mal” (CAVALIERI *apud* GONÇALVES, 2014), futuramente solidificada através da Pena de Talião, amplamente reconhecida sob o preceito do “olho por olho, dente por dente”.

Noutro passo, surgiu o período das composições, facultando-se à vítima a compensação voluntária do mal sofrido. Posterior a esse período, achou-se, por determinação legislativa a vedação do ofendido em fazer justiça com as próprias mãos, passando a composição de voluntária para obrigatória, e, além disso, tarifada.

Neste período, intensa foi a atuação dos preceitos firmados pela Lei das XII Tábuas, conhecida como sendo o primeiro código positivado com regras de marcante influência no direito dos povos até o ano de 450 antes de Cristo (a.C.).

Nas XII tábuas havia a fixação, para casos concretos, de valores econômicos a serem pagos pelo ofensor ao ofendido, por exemplo: determinado valor por um membro roto, outro valor pela morte de um homem livre, outro pela morte de um escravo, etc. Tinham-se as mais arbitrarias tarifações objetivando a satisfação do ofendido.

É somente no período Romano, datado de meados do século III depois de Cristo (d.C.), que se verifica a substituição de quantias fixas por sanções proporcionais ao dano causado, configurando, destarte, importante esboço na troca de aplicação de penas pela ideia de reparação do dano.

Surgiu então a distinção entre “pena” e “reparação”, com a diferenciação entre os delitos públicos e os delitos privados. Nos delitos públicos, pena pecuniária imposta ao ofensor deveria ser destinada aos cofres públicos, já nos privados a pena econômica era destinada à vítima.

Àquela altura, o Estado já assumira a função de punir, surgindo, portanto, a noção de indenização.

Posteriormente, com a *Lex Aquilia* passou-se a definir, a grosso modo, a culpa como elemento primordial à reparação do ofendido.

No Brasil, as primeiras ideias de Responsabilidade Civil surgem no Código Criminal de 1830, embasado na Constituição do Império. Lá, havia a previsão da reparação natural, a indenização e a integridade da reparação, inicialmente condicionada à condenação criminal e, depois, numa segunda fase, independente da jurisdição criminal.

Traçados aspectos históricos, cristalino se faz perceber a antiga preocupação do Direito, mesmo que não sistematizado, em reger situações em que a conduta imposta a determinado indivíduo seja descumprida e atinja a esfera de direitos de outro. Aqui, emerge o

entendimento de “dever jurídico” e consequente “obrigação” daí resultante, matéria relativa à conceituação da Responsabilidade Civil. Senão compreendamos.

2.2 CONCEITO

Especificamente quanto à conceituação, ensina CAVALIERI (2014, p. 13) que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o ilícito e reprimir o ilícito, cuidando-se, ao mesmo tempo, em regular os atos lícitos e reprimir os atos ilícitos, corrigindo os seus efeitos danosos.

Nesse sentido, Cavalieri leciona:

(...) a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*. (CAVALIERI, 2014, p. 13).

Dessa forma, notório é o primeiro objetivo da ordem jurídica em tutelar a conduta do homem que se porta em conformidade com as normas do direito, ao passo que reprime a atividade daquele que as contraria. Não haveria de se falar em Responsabilidade sem antes apontar-se a existência de uma obrigação.

Neste sentido, surge a concepção de dever jurídico como sendo a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social (CAVALIERI, 2014, p.14), assumindo condão de comando direcionado à vontade de indivíduos e importando na criação de obrigações entre eles, de sorte que a violação do dever jurídico imposto certamente levará à configuração do ilícito e, por conseguinte, à concretização da Responsabilidade civil.

Portanto, é possível afirmar que a noção de Responsabilidade civil surge tão somente a partir da violação de um dever jurídico anterior que gere dano à parte adversa. Em outras palavras, Responsabilidade pressupõe conduta que dê causa a um prejuízo decorrente do não cumprimento de obrigação preexistente – dever jurídico originário -, daí porque é reconhecida na doutrina como dever jurídico sucessivo ou derivado.

Inexistente o dever jurídico anterior, inexistente também será a Responsabilidade civil, porque esta é um dever jurídico sucessivo decorrente daquele.

Partindo deste entendimento, chega-se à conclusão de que a obrigação do ser humano no convívio social, especificada como dever jurídico originário no que tange ao estudo da

Responsabilidade civil, de fato consubstancia-se na máxima disposta pelo Direito Romano do *nenimem laedere*, isto é, no dever geral de não prejudicar a ninguém.

Por todo o até aqui dissecado, conclui-se que o conceito jurídico de Responsabilidade Civil confirma-se como a conduta danosa de alguém que, atuando de início ilicitamente, transgredir norma jurídica preexistente, subordinando-se, via de consequência, aos resultados de seu ato. Assim, àquele que, ilicitamente viola dever jurídico a si imposto, é imputado o dever de reparar o dano gerado.

Ao fim deste tópico, entendido o conceito de Responsabilidade Civil, questiona-se: quais os elementos caracterizadores da Responsabilidade civil? Basta tão-somente a violação de um dever jurídico originário para que se tenha a configuração do instituto? Respondamos na secção subsequente.

2.3 PRESSUPOSTOS

No tópico anterior, inferiu-se que a Responsabilidade Civil deriva da violação a um interesse particular, chamado de dever jurídico originário, ao que se sujeita o agressor aos resultados de seu ato, mormente ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor integralmente o estado inicial das coisas (*status quo ante*).

Da conceituação, decanta-se os seguintes elementos, que serão aqui estudados: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano; c) nexos de causalidade e, por último, d) a evolução do elemento culpa.

Por oportuno, registre-se que nem sempre são esses os requisitos apresentados pela doutrina como essenciais para a configuração da Responsabilidade. Escolheu-se essa corrente doutrinária, notadamente defendida por Flávio Tartuce, por ser a mais próxima da maioria e por ser a mais eficaz em termos da didática adotada na presente explicação.

Vejamos.

2.3.1 CONDUCTA HUMANA

Abordamos, até aqui, o dever geral de não causar dano a outrem, positivado no ordenamento jurídico pátrio no conteúdo do artigo 186 do Código Civil, *ipsis litteris*: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Perceba-se, todavia, que referido “agir” induz, por necessário, uma conduta, seja ela positiva ou negativa.

De logo, essencial se faz sublinhar que a Responsabilidade civil mostra-se como a mais significativa exteriorização da atividade humana. Assim, apenas o homem, por si ou através das pessoas jurídicas que monta, pode ser civilmente responsabilizado por atos por ele praticados. Nesse norte, claramente nota-se a conduta humana como primordial à configuração da Responsabilidade civil.

Neste passo, temos, ademais, a imperial forma voluntária característica da conduta humana aqui comentada. Em outras palavras, deve a conduta humana ser guiada pela vontade do agente que, agindo positiva ou negativa, por conseguinte acabe causando dano ou prejuízo ao próximo. Nesse sentido, ensina STOLZE (2006, p. 27) que “o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.”

Sendo assim, por conduta humana compreende-se todo comportamento humano, dotado do elemento volitivo, qual seja a voluntariedade do agente em praticar o ato, manifestado a partir de ação ou omissão, sendo a primeira reconhecida como atividade positiva e a segunda como atividade negativa.

Neste prisma, TARTUCE (2015, p. 382) arrima ensinando que “a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia (...)”. E continua ensinando que “a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova que a conduta não foi praticada” (TARTUCE, 2015, p. 382)

Portanto, tem-se que a conduta humana manifesta-se por meio de duas espécies: positiva (ação), revelada pela prática de um comportamento ativo que, por mais das vezes, caracteriza o dolo; e negativa (omissão), pela abstenção de alguma conduta devida, manifestadamente por negligência, imprudência ou imperícia. Em ambas, diga-se, fundamental se faz o domínio da voluntariedade na conduta do agente.

Por fim, ensina STOLZE (2012, p. 31): “Sem ignorarmos que a antijuridicidade, como regra geral, acompanha a ação humana desencadeadora da Responsabilidade, entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir *mesmo quando o sujeito atua licitamente*. [...]”.

Sendo assim, nem sempre haverá de existir ilicitude no comportamento do agente responsável, uma vez que, excepcionalmente, pode-se configurar Responsabilidade civil a partir da prática de atos substancialmente lícitos, a exemplo da indenização cabível na situação exposta no artigo 1.285 do Código Civil.

2.3.2 CULPA

Após analisada a conduta humana, passa-se à compreensão da culpa como requisito para configuração da Responsabilidade civil.

Cediço é que para configuração da Responsabilidade civil, deve o agente infrator exercer comportamento voluntário, violando dever jurídico originário e, via de consequência, originando dever jurídico sucessivo, qual seja o de reparar o prejuízo causado a outrem. Nesse sentido, por ser voluntário o comportamento, deve-se provar a faculdade do agente causador do dano em ter agido de outra forma, consoante ao direito, de modo a evitar o prejuízo causado.

De início, registre-se que quando se fala em culpa, pode falar-se da culpa em sentido amplo (culpa *lato sensu*), que abarca o dolo; e culpa em sentido estrito (*stricto sensu*).

O dolo da culpa em sentido amplo nada mais é que a violação voluntária e intencional de um dever jurídico, objetivando prejudicar outrem. É a ação ou omissão dotada de voluntariedade descrita no art. 186 do Código Civil.

Nessa esfera, Gonçalves orienta:

A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil” (GONÇALVES, 2009. P. 296)

Portanto, consoante lição exposta, por culpa em sentido amplo pode-se dizer da conduta voluntária violadora de dever imposto pelo Direito, imputável a alguém, na qual poderá o agente atuar com propósito de consecução do resultado, configurando o dolo; ou com negligência, imprudência ou imperícia, sem qualquer deliberação de violar um dever, caso em que o comportamento será culposo em sentido estrito.

Culpa em sentido estrito, por sua vez, será o comportamento humano contrário ao dever de cuidado determinado pelo Direito, através do qual resulta-se em evento danoso previsto ou previsível. Depreende-se, então, que para a configuração da culpa *stricto sensu* necessário se faz a presença dos seguintes elementos: conduta voluntária; previsão ou previsibilidade do resultado; e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

A voluntariedade do comportamento do agente, a início, induz que a atuação do sujeito causador do dano deve ser voluntária, para que se possa reconhecer a culpabilidade. Frise-se que, se atua o agente com vontade direcionada ao alcance do evento danoso, a situação cobre-se de maior gravidade e tem-se, em consequência, a caracterização do dolo, como anteriormente afirmado.

Quanto à previsibilidade, temos que só se pode indicar a culpa se, de fato, o dano comportado era previsível. Ausente o elemento da previsibilidade, adentra-se na esfera do fortuito, causa excludente do nexo de causalidade e, por conseguinte, da Responsabilidade civil, consoante visto no tópico antecedente.

Por último, compreende-se que a culpa implica na violação de um dever de cuidado, cautela, diligência ou atenção, atuando o indivíduo infrator, por vezes, com imprudência, negligência ou imperícia.

Ademais, além dos elementos suficientes para concretização da culpa, visualiza-se que esta desdobra-se, segundo a melhor doutrina, em determinadas espécies que nada mais são do que várias maneiras de exteriorização da violação do dever jurídico de cuidado.

Analisada sob o prisma da gravidade, a culpa será considerada grave, leve ou levíssima. Grave se o agente atuar com grosseira falta de cuidado, com descuido injustificável ao homem médio; leve se a falta de cautela só poderia ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado do próprio homem comum; e levíssima quando caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

Examinado pela natureza do dever jurídico violado, a culpa será contratual se for de encontro com relação jurídica obrigacional preexistente estabelecida por ocasião de celebração de contrato; e será extracontratual se o dever violado tiver como causa geradora a lei ou um preceito geral do direito.

Há também, ainda nas espécies de culpa, aquele em que paralelamente à conduta do sujeito causador do dano, existe também a conduta culposa da vítima, de modo que o resultado danoso decorre da atividade culposa de ambos. Trata-se da chamada culpa concorrente.

Situações outras, porém, admitem que se extraia a prova da culpa das próprias circunstâncias do evento. A culpa, neste caso, decorre do próprio fato e denomina-se culpa presumida.

2.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Compreendidos os anteriormente citados pressupostos, analisa-se o que se acha por nexos de causalidade.

Nexo de causalidade, ou nexo causal, nada mais é que o elo capaz de relacionar o prejuízo causado a alguém com a conduta do agente infrator, sendo este último responsável tão somente pelo próprio comportamento que tenha dado causa ao dano. Objetivamente, o nexo causal é o elemento que liga a conduta do ofensor ao resultado comportado, sendo a sua ausência ponto definitivo à ausência de Responsabilidade civil.

Essencial esclarecer que, apesar dos divergentes posicionamentos doutrinários, somos do entendimento que o diploma cível filiou-se à Teoria da causalidade adequada como explicativa do nexo de causalidade, perfilhando-se à compreensão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 669.258/RJ:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO COMISSIVO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR DETENTO QUE, NA HORA DO EVENTO, DEVERIA ESTAR RECLUSO EM PRISÃO-ALBERGUE - AGENTES ESTATAIS QUE POSSIBILITAVAM, REITERADAMENTE, QUE O CONDENADO DORMISSE FORA DA PRISÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 07/STJ - VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS - ART. 160 DO CC/16 - ART. 403 DO CC/02 - FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL - TEORIA DOS DANOS DEPENDENTES DE SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO ESTADO DIRETAMENTE PROPICIATÓRIA - DOCTRINA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. (...) 6. **Inexiste, *in casu*, nexo causal, porque a causa não é idônea para o dano produzido. Correta, portanto, a tese do acórdão recorrido, que pode ser assim resumida: "Análise essencial do nexo de causalidade. A lei brasileira (antiga e atual) adotou a Teoria da causalidade adequada. Assim, somente o fato idôneo ou adequado para produzir o dano é de ser levado em consideração para o estabelecimento de Responsabilidade. Inteligência do art. 1.060, hoje do art. 403 do Código Civil."** 7. Alínea c. Dissídio jurisprudencial não configurado. Existe similitude fática apenas com um acórdão paradigma, mas que traz fundamentação eminentemente constitucional (Constituição Federal de 1967) para a resolução da controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido. (STJ - REsp: 669258 RJ 2004/0081715-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/02/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 25/03/2009) (grifo nosso)

Com isso, vale dizer, que a Teoria da causalidade adequada determina que nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela mais relevante para produzi-lo.

Necessário sublinhar, ademais, que a Teoria da causalidade adequada faz distinção entre as concepções de causa e condição, conceituando aquela como o antecedente necessário e adequado à produção do resultado danoso. Nesta direção, concorrendo várias condições para

determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que teve interferência decisiva na produção do evento. É o que se reconhece como “causa adequada”.

Destaque-se que “Causa Adequada” é, portanto, aquela que se mostrar mais idônea para gerar o resultado.

Oportunamente, frise-se neste norte haver a possibilidade da existência simultânea de causas, comumente analisadas sob as hipóteses de ocorrência da concorrência de causas e das concausas.

Por concorrência de causas entende-se pela hipótese em que a vítima com sua conduta concorre diretamente para a ocorrência do evento danoso juntamente com aquele a quem é indicado como único causador do dano. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (*apud* CAVALIERI, 2014, p. 388), a concorrência de causas existe quando, de fato, há a reciprocidade de culpa entre a vítima e o agente infrator, participando aquela, dessa forma, na concretização do resultado danoso.

As concausas, por seus turnos, revelam-se como circunstâncias outras que, anexando-se à causa principal, concorrem para o agravamento do dano, mas que, em razão de sua acessoriedade, não tem o condão de excluir o nexo causal gerado pela conduta principal, nem de, *per si*, produzir o dano. São hipóteses de concausas pacíficas na doutrina pátria: as preexistentes, sendo aquelas que já existiam antes da conduta que gerou a causa determinante; e as supervenientes ou concomitantes, desencadeadas em momento posterior à concretização do nexo causal.

Importante esclarecer que, enquanto na concorrência de causas a conduta da vítima ocorre conjuntamente com o comportamento do agente infrator, na concausa a atividade exercida pela vítima tem a virtude de agravar o resultado do evento danoso, alargando suas proporções.

Contudo, evidencie-se que há casos em que o nexo causal acaba por não configurar-se, ocorrendo, desta feita, as hipóteses em que há exclusão da Responsabilidade em razão da inocorrência do nexo causal.

Neste sentido, causas de exclusão do nexo causal nada mais são que “casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. [...]” (CAVALIERI, 2010, p. 66). Referida impossibilidade, diga-se, segundo a melhor doutrina, demonstra-se a partir do caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro. Tratam-se de situações que ensejam a ruptura do nexo causal, eximindo, por conseguinte, a Responsabilidade civil do agente.

Primeiramente, temos que o fato exclusivo da vítima refere-se à atuação tão somente da vítima na prática da conduta danosa, “com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.” (AGUIAR DIAS, 1994, p.693).

Depois, por fato de terceiro entende-se pelo ato de qualquer pessoa, excetuando a vítima e o responsável, que não tenha nenhuma ligação com o causador aparente e o lesado. É situação em que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do aparente infrator e a vítima.

Por fim, vislumbra-se caso fortuito quando o nexu causal é interrompido por evento imprevisível e, em virtude disso, inevitável; enquanto força maior remete aos eventos previsíveis, embora inevitáveis. Saliente-se que comum é falar-se em “caso fortuito ou força maior” para referir-se aos acontecimentos que escapam de toda diligência do devedor da obrigação, sendo absolutamente estranhos á vontade do

2.3.4 DANO

Em que pese a extensão do tema, que deu ensejo, inclusive, a trabalhos monográficos específicos sobre as diretrizes deste requisito da Responsabilidade civil, nos limitaremos a entender aspectos gerais do dano, traçando concepções acerca, especialmente, do conceito, requisitos e espécies de dano, para que posteriormente se possa compreender com maior eficácia a responsabilização do médico pela perda de uma chance. Iniciemos.

Nas valiosas lições de CAVALIERI (2014, p. 62), “o dano é, sem dúvida, o grande vilão da Responsabilidade civil”. Daí porque se diz que, indubitavelmente, não há como existir reparação, tampouco Responsabilidade, sem haver o dano.

Outrora, a ideia de dano limitava-se a ser qualquer diminuição no patrimônio, sendo este o conjunto de relações jurídicas do indivíduo, mensuráveis em dinheiro, mediante a ação lesiva de outrem. Contemporaneamente, temos pela desatualização deste conceito, visto que se admite também o dano – ou prejuízo – aos direitos extrapatrimoniais, sem correspondência monetária semelhante.

Contundente ao tema, leciona Cavalieri:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI, 2014, p. 73).

Assim, atualmente, com a dinâmica das massas sociais e as preocupações cada vez mais intensas com os direitos da personalidade, o conceito de dano – ou prejuízo – tomou maiores proporções e definiu-se como sendo toda lesão concreta a bem jurídico, patrimonial ou não, tutelado pelo ordenamento jurídico, causado por conduta humana positiva – ação - ou negativa – omissão.

Vejam os agora as espécies de dano conduzidas pela doutrina.

A primeira delas refere-se aos prejuízos comportados no globo do patrimônio material da vítima, daí porque, obviamente, denominado dano patrimonial. Também conhecido como dano material, define-se como sendo a agressão a bem corpóreo ou incorpóreo, presente ou futuro, que tem como consequência jurídica a redução e/ou não crescimento do patrimônio da vítima suscetível de avaliação pecuniária.

Sendo assim, temos que dessa espécie de dano é possível reparar o prejuízo causado à vítima, integralmente - senão diretamente, por meio de equivalente -restaurando-a ao status em que estava antes da ocorrência da conduta danosa (*statu quo ante*). Contudo, naqueles casos onde a reparação integral do patrimônio torna-se inviável, busca-se a compensação através do pagamento de uma reparação pecuniária correspondente.

Voltando ao conceito de dano material, visualizamos que o prejuízo sofrido pode ter consequências em tempo presente, provocando realmente a diminuição do patrimônio da vítima, ou futuro, caso em que a conduta do agente provoca o impedimento de ascensão do mesmo. É tão assim que o dano material subdivide-se em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente, diga-se, é todo aquele que importa na imediata diminuição no patrimônio da vítima em virtude do cometimento da conduta do sujeito infrator. O Código Civil, ao tratar de dano emergente em seu artigo 402, conceitua-o como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Assim, por ser o dano emergente tudo aquilo que se perdeu, simples é sua mensuração: será a diferença entre o valor monetário do bem antes do real prejuízo e o valor identificado do bem após a prática da infração civil.

Lucro cessante, por sua vez, consiste na reação futura de um fato já ocorrido, caso em que a vítima comportará a “perda do ganho esperável, frustração da expectativa de lucro, diminuição potencial do patrimônio.” (CAVALIERI, 2014, p. 75), em suma o que concretamente deixou a vítima de receber em decorrência indubitável do comportamento danoso.

Superados, grosso modo, aspectos gerais sobre o dano patrimonial, partiremos para visualização do dano extrapatrimonial.

Como é sabido, o dano poderá atingir outros bens jurídicos da vítima que não os patrimoniais. São os chamados danos extrapatrimoniais, comumente reconhecidos como dano moral.

Sem maiores delongas, por dano moral entende-se o prejuízo ou lesão aos direitos não dotados de sentimento pecuniário, tais como o direito à vida, à integridade física e à integridade moral. Encontra-se estabelecido no texto do artigo 186 do Código Civil que expressamente dispôs a devida indenização por ato ilícito ainda que o dano seja exclusivamente moral.

Nos dizeres de Bittar (*apud* STOLZE, 2006, p. 43), configuram-se como morais aqueles danos “que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).”

Quanto à quantificação do dano moral, é prudente que se faça mediante arbitramento, atentando o julgador para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, fixando, desta feita, quantia reparatória pelo dano moral sofrido.

Apesar do até então exposto, cumpre informar que nem todo dano, apesar de cumprir com todas as determinações conceituais, é passível de reparação (ou indenização, como mais frequente). Há o que se chama de “dano indenizável” e, para tanto, é fundamental o preenchimento de certos requisitos. Vejamos.

O primeiro dos requisitos concerne à violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, de modo que todo dano indica a agressão de um bem jurídico tutelado, material ou não, pertencente a um sujeito de direito.

O segundo pressupõe a certeza do dano, de maneira tal que somente o dano efetivo é indenizável, não podendo ser o infrator condenado a compensar dano abstrato ou hipotético. Nesse sentido, temos que só há aplicação de sanção indenizatória nas situações em que o dano é certo, real.

O terceiro e último requisito é o da subsistência do dano: não há que se falar em indenização se o dano já foi devidamente reparado espontaneamente pelo lesante.

Chegado ao fim, reputa-se importante sublinhar que pacíficas não são as atribuições inerentes ao conteúdo deste tópico, valendo a leitura aprofundada dos manuais dedicados exclusivamente ao estudo dos pressupostos da Responsabilidade civil, especialmente no que tange ao dano.

2.4 ESPÉCIES

Para que possamos compreender a Responsabilidade Civil, necessário se faz estudar, sinteticamente, as espécies mais comuns em que se apresenta.

2.4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Como já superado, sabido é que aquele que violar dever jurídico geral, ocasionando prejuízo a outrem, deve reparar o dano sofrido pelo lesado, ficando obrigado o agente ao pagamento de quantia indenizatória. Referido dever jurídico, entretanto, pode apresentar como fonte relação jurídica diversa: decorrente de obrigação preexistente firmada em contrato; ou de obrigação que, apesar de também anteriormente prevista, resta imposta por preceito geral de Direito, como também pela própria lei.

Delongas serão inoportunas quanto a este tema. Simplório é deduzir que as Responsabilidades em comento diferenciar-se-ão de acordo com qualidade da violação comportada.

Assim, se anteriormente houve vínculo obrigacional avençado por ocasião de celebração de contrato, temos que a obrigação de indenizar decorre do inadimplemento das condições contratuais, configurando, desta feita, a Responsabilidade contratual.

Se, no entanto, a obrigação de indenizar surgir em razão de agressão a direito subjetivo, previsto na lei ou na ordem jurídica, sem que entre o agressor e a vítima hajam deveres direcionados pela convenção contratual, estaremos diante da Responsabilidade extracontratual.

2.4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Como destrinchado, a concepção de culpa encontra estreita relação com a ideia de culpa em sentido amplo, de modo que ninguém poderá ser responsabilizado se de sua conduta não resultou a inobservância de qualquer dever geral imposto pelo ordenamento jurídico.

Seguindo esta linha de raciocínio, ensina a Teoria clássica que a culpa *lato sensu* é o principal elemento da Responsabilidade civil subjetiva, consoante se depreende da leitura do artigo 186 do Código Civil. Assim, só haverá Responsabilidade se houver a possibilidade do lesado comprovar a culpa do lesante. É esta a concepção de Responsabilidade civil subjetiva: necessidade de comprovação do elemento culpa.

No entanto, notório é que por vezes a prova de culpa se faz impossível ou dispensável, ante as dificuldades decorrentes tanto do contexto fático do evento, quanto das relações processuais no mundo jurídico prático. Assim sendo, aparece a figura da Responsabilidade civil objetiva, através da qual não será incumbido ao lesado o ônus de comprovar a culpa do lesante, baseado, destarte, na Teoria do risco, encontrando esta solidificação, a exemplo, nos artigos 927 e 931 do Código Civil. Portanto, para configuração da Responsabilidade civil objetiva, prescindível é a prova de culpa.

Por hora é tudo o necessário a saber.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

No início do século XX, com a quebra dos preceitos individualistas da sociedade Liberal, o Estado passou a ter maior intervenção nas relações privadas, reduzindo o campo da vontade das partes e “aumentando sua atividade legiferante, polarizada para o advento do Estado Social.” (PETEFFI, 2013, p. 09)

Durante muito tempo o dano decorrente da perda de uma oportunidade de obter uma vantagem ou deixar de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem. (SAVI, 2012, p. 2)

Ocorria, até aqui, a falta da causalidade adequada (comentada no tópico correspondente) entre o dano final e o ato do agente ofensor que causou a interrupção do processo aleatório em execução e a consequente perda de uma oportunidade.

Com o surgimento das necessidades típicas de uma sociedade cada vez mais industrializada e massificada, o Direito passou a se preocupar também com prejuízos individuais ou coletivos que extravasavam a esfera da certeza, conferindo a eles maior atenção quanto à possibilidade de reparação.

Foi assim que, mediante o avançar dos métodos tecnológicos, tornou-se cada vez mais possível quantificar a probabilidade de ocorrência de expectativas frustradas, tidas como danos “não certos”, por meio de resultados estatísticos, permitindo assim a reparação de danos complexos aos quais não se podia imputar, com certeza, um agente causador.

Perceba-se, então, que a reparação de danos considerados a grosso modo “probabilísticos”, frutos de expectativas frustradas pelo agente causador, passaram a ter a

possibilidade de serem reparados, permitindo então a criação de uma nova categoria de dano indenizável: a chance perdida. Intensificou-se, aqui, o conteúdo defendido pela Teoria da Perda de uma chance.

Autores como Rafael Peteffi da Silva e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva atribuem a primeira aplicação da Perda da Chance, embora superficial, ao caso apreciado pela Corte de Cassação Francesa, ainda no século XIX, quando em 17 de julho de 1889 a egrégia Corte achou por bem conceder indenização a uma vítima que se viu prejudicada diante atuação culposa de um oficial ministerial em extinguir todas as possibilidades de a demanda restar exitosa, mediante o seu comum deslinde. Seria tal caso, para os supracitados autores, o primeiro indício do emprego do conceito da Perda da Chance.

A despeito do tema, Sérgio Savi dispõe:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da Perda de uma Chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma Teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a Teoria da Responsabilidade civil por Perda de uma Chance. (SAVI, 2012, p.3)

O autor acredita que foi na década de 60 que o instituto ganhou maior força, oportunidade em que a Corte de Cessão Francesa, após inúmeras discussões sobre a divergência entre o resultado perdido e a chance frustrada de se obtê-lo, começou a apreciar e definitivamente aplicar a Teoria da Perda da Chance, admitindo a indenização da vítima pela própria frustração do resultado pretendido, e não pela perda do próprio resultado.

Necessário esclarecer, sobre isso, que os juristas franceses acreditavam que a reparação do prejuízo deveria ser focalizada independentemente da certeza do dano final, acreditando que a vítima haveria de ser indenizada desde que estivessem presentes elevadas possibilidades de ela obter uma vantagem ou de que se fosse evitado o dano, em virtude da atuação ilícita do agente causador.

Logo a aplicação do instituto cresceu, tendo notada aplicação em países europeus, tendo grande visualização na Itália.

3.1 CONCEITO

Especificamente quanto à palavra “chance”, temos que etimologicamente deriva do verbo latim *cadere*, fazendo alusão à maneira como caem os dados ao serem lançados. Já no nosso vernáculo, o dicionário Silveira Bueno a classifica como sinônimo das palavras “acaso” e “oportunidade”. Na doutrina, (SAVI, p. 3) assevera que “O termo *chance* utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.”

Percebamos que, quaisquer que sejam as definições traçadas, a palavra “chance” invariavelmente nos remete a uma ideia de incerteza de resultados, de probabilidades estatísticas de se obter uma vantagem ou de que seja evitado um prejuízo.

Sobre o tema, perfilha-se aqui ao entendimento de Fernando Noronha (NORONHA, 2003, p. 665), o qual disserta que quando se perde uma chance “estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico”.

Nas palavras didáticas de CAVALIERI (2003, p.40), a Perda da Chance será aplicada “(...) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor (...)”.

Sendo assim, a Perda da Chance consiste na frustração de uma possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, uma vez que o processo aleatório em que a vítima se encontrava é interrompido, ou impedido de acontecer conforme desejado, por intermédio de um fato do agente imputável.

Entretanto, convém esclarecer que nem todas as chances perdidas merecem são consideradas pela Teoria da Perda de uma Chance, devendo elas serem sérias e reais para obtenção do resultado que era pretendido pela vítima.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DA CHANCE

A natureza jurídica da Perda da Chance divide a doutrina em dois grande grupos. Parte acredita ser a Teoria da Perda de uma Chance derivada de uma utilização menos ortodoxa do nexos de causalidade, por vezes manifestada através de causalidade parcial, e em outras ocasiões em forma de presunção causal. Outra parte, esta mais numerosa, associa a Perda da Chance à ampliação do conceito do que se entende por dano reparável, continuando a aplicar ao caso a concepção clássica do nexos de causalidade

Portanto, tem-se que a dificuldade de especificar a natureza jurídica da Perda de uma Chance gira em torno de saber se trata-se de interpretação menos ortodoxa do nexo de causalidade ou abrangência do que se entende por dano reparável.

Sobre isso, Rafael Peteffi (2013, p. 88) discorre que “embora o entendimento majoritário classifique a Perda de uma Chance como uma categoria de dano independente, há quem defenda a hipótese no qual se trata de espécie de causalidade parcial do dano final”.

No entanto, há um entendimento por meio do qual se defende que, nas hipóteses nas quais o processo aleatório chega ao final, não é possível falar-se em dano autônomo. Tal visão defende que, quando o processo aleatório chega a seu fim, concretiza-se o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo suportado pela vítima, devendo ser aplicado o conceito de causalidade parcial para ponderar a participação tanto do lesante quanto do lesado no prejuízo final. Perceba-se que aqui pode haver, inclusive, a concretização da vantagem almejada, mesmo que em menores proporções.

Sobre isso, assevera Miguel Kfoury Neto *apud* PETEFFI (2013, p. 107): “Como visto, a Perda de uma Chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas a Responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.”

Neste prisma, as chances perdidas seriam apenas um meio para quantificação da causalidade entre a conduta do agente e o dano final, devendo tal quantificação, conforme ensina Peteffi, ser realizada através da participação de cada um no resultado final.

Com a devida vênia, a corrente doutrinária que nos parece mais correta, e que será aqui adotada, propugna pela autonomia das chances perdidas em relação ao dano final.

Nesse aspecto, a Teoria da causalidade adequada nos traz uma diretriz mais firme sobre o que fazer, e como fazer, para imputar a alguém uma conduta que gerou dano a outrem, ou seja, delimitar o nexo de causalidade indicando qual circunstância foi definitiva para efetivação do prejuízo.

Defendemos, pois, que a Perda da Chance deve ser enfrentada como espécie de dano autônomo, independente do resultado final, independentemente da conclusão ou não do processo aleatório em que a vítima percorria.

No entanto, em que pese a Teoria da causalidade adequada atender melhor ao fundamento da Responsabilidade civil, ela não pode ser utilizada indiscriminadamente como solução justa de todos os casos, devendo o julgador, no caso concreto, avaliar fundamentadamente e, em sendo a situação, aplicar Teoria de causalidade que seja mais digna na busca pela reparação do dano causado à vítima, sob os fundamentos da Teoria da Perda da Chance.

3.3 TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO BRASIL

No ordenamento jurídico pátrio as concepções iniciais da responsabilização pela Perda de uma Chance tiveram tímidas aparições na década de 1990, quando o então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão que inaugurou a aparição da Teoria da Perda da Chance no Brasil, não conferiu indenização à Autora de ação que havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro e que por erro médico teve como resultado do procedimento uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea que lhe acarretaram névoa no olho operado.

No caso supracitado, o Tribunal chegou à conclusão que a hipermetropia e as enfermidades da córnea derivaram direta e imediatamente do erro médico relatado, consubstanciando-se, desta feita, a relação de causalidade entre a ação do agente e o dano final experimentado pela vítima, não havendo assim em que se falar de indenização pela chance perdida.

O Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior filiou-se ao entendimento de que “é preciso saber, para efeito de cálculo da indenização, que não se trata de Perda de uma Chance, a que em certa passagem se referiu o apelante. Na Perda da Chance, não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente [...]”. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598.069.996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/6/1990)

Curiosamente 1 (um) ano após a citada decisão, o mesmo Ruy Rosado de Aguiar Júnior reconheceu a existência do dano pela Perda de uma Chance. O acórdão vinha assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela Perda da Chance. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/8/1991.)

Tratava-se de um caso em que um advogado, apesar de saber do extravio dos autos do processo de sua cliente, agiu negligentemente em não informá-la ou providenciar a restauração dos mesmos, fazendo com que a vítima suportasse o prejuízo de ver cerceado seu direito de apreciação dos autos pelo Tribunal competente.

Estes foram os primeiros julgados sobre a Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance no Brasil, a partir dos quais se gerou precedentes para a aplicação em vários outros casos em diferentes tribunais.

Na doutrina, enfrentando os estudos acerca do tema da Perda da Chance, seja breve ou mais aprofundadamente, citam-se autores como Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Carvalho Santos, Caio Mário e Miguel Maria de Serpa Lopes, na doutrina clássica, e Judith Martins-Costa, Silvio de Salvo Venosa, Sérgio Cavalieri Filho, Sérgio Novais Dias, Antonio Jeová Santos, Rafael Peteffi da Silva, Fernando Noronha e Sérgio Savi, por parte da doutrina mais recente.

Assim, analisemos a seguir a posição da doutrina e jurisprudência pátria acerca dos conceitos, natureza jurídica e demais especificações técnicas a respeito do instituto da Teoria da Perda de Uma Chance e correspondente responsabilização civil.

3.3.1 CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL: CLÁUSULA ABERTA INSCULPIDA NO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL

Como visto, o Código Civil brasileiro traz, no art. 186, a cláusula geral de Responsabilidade civil. Por ela depreende-se que comete ato ilícito todo aquele que, agindo voluntariamente, comissiva ou omissivamente, por negligência, imprudência ou imperícia, viole direito de outrem e lhe cause dano, ainda que exclusivamente moral.

Note-se que o Código Civil pátrio, influenciado pelos códigos italiano e francês, utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais espécies de dano são abarcadas pelo conceito (SAVI, 2012, p. 104).

Convém destacar, ainda, a norma estabelecida no Código Civil quanto à indenização por danos sofridos:

A leitura dos dispositivos supratranscritos nos faz entender que não há qualquer óbice à indenização pela chance perdida, visto que optou por estabelecer cláusula geral de Responsabilidade civil que consagra a possibilidade de indenização a qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, aí incluído o decorrente da Perda de uma Chance.

Com isso, tem-se a possibilidade de preservar a reparação integral da vítima pelos prejuízos sofridos em decorrência da frustração de uma oportunidade.

Entretanto, para que aconteça a indenização do prejuízo causado pela chance perdida, necessário, além dos requisitos intrínsecos à Responsabilidade civil, que a chance frustrada seja séria e concreta/real.

3.4 CHANCES SÉRIAS E REAIS

Cuida-se a Perda de uma Chance de uma presunção de tudo aquilo que a vítima poderia obter, razão por que divide-se em duas situações: frustração de uma vantagem pela privação de uma oportunidade ou frustração em evitar um prejuízo real. Em ambos os casos temos que o resultado almejado poderia ser alcançado caso a vítima não tivesse sido privada de sua chance no decorrer do processo aleatório.

Necessário esclarecer, entretanto, que a chance perdida não deve ser assemelhada à concepção de danos eventuais:

O dano da Perda de uma Chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado. (NORONHA, 2003, p. 666-667).

Sendo assim, é essencial que da chance perdida probabilisticamente resulte um dano, devendo o evento aludido como perdido ser algo que probabilisticamente aconteceria, mas que por motivo estranho restou frustrado.

Corroborando com o entendimento narrado, disserta Fernando Noronha:

Como se vê, nos casos em que se fala em Perda de Chances parte-se de uma situação real, em que havia possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma Chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a Chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria Chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. (NORONHA, 2003, p. 666)

Continua:

A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o valor de reparação. (NORONHA, 2003, p. 666)

A Perda da Chance deve basear-se em possibilidades reais, sendo necessário que haja um estudo envolvendo as possibilidades de acontecimento do prejuízo como resultado da interrupção da oportunidade, objetivando a reparação do dano pela própria Perda de Chance. O dano objeto da indenização será a própria oportunidade perdida.

Pormenorizando, é necessário que a chance perdida pelo lesado seja provável e certa, isto é, em outras palavras, séria e real. E é justamente esta a limitação da Teoria da Perda da Chance: o caráter de certeza que se deve apresentar o dano reparável. Sendo assim, para que a ação do autor seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Como bem apontado por Jacques Boré:

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada. (BORÉ *apud* PETEFFI, 201, p. 138).

Como exemplo, tome-se o caso de um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Nesta situação, objetivamente, não existe qualquer chance apreciável de cura, razão pela qual não há como falar-se em chance real.

Neste tema, em sede de Responsabilidade civil do advogado que perde o prazo para a interposição de recurso de apelação contra sentença contrária aos interesses de seu constituinte, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apesar de reconhecer que teria ocorrido a Perda da Chance, pois se apelação tivesse sido interposta tempestivamente, o resultado do julgamento poderia ser revertido beneficiando os autores, chegou à conclusão de que as chances de êxito do eventual recurso eram mínimas e, com isso, negou a indenização da chance perdida. (TJRS, Apelação Cível nº 70.005.635.750, 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. em 17/11/2003)

A análise da seriedade da chance perdida é muito bem descrita no voto do relator. Confira-se:

Verifica-se, portanto, a Perda de uma Chance, pois, uma vez interposta em tempo a apelação, poderia em tese ocorrer mudança no resultado do julgamento em prol dos ora autores. Todavia, como bem acentua Sérgio Severo [...], “a questão da Perda de uma Chance está inserida na esfera de certeza do dano, visando a indenização do dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça.” Por isso, adverte, invocando o ensinamento de Le Tourneau, “no que tange à indenização pela Perda de uma Chance é essencial que a mesma seja plausível, e não aponte uma simples quimera” [...] “Trata-se da probabilidade de que o evento ocorresse; não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável” [...] Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual. (TJRS, Apelação Cível nº 70.005.635.750, 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, j. em 17/11/2003)

Outro bom exemplo da consideração das chances sérias e reais na Responsabilidade civil pela Perda da Chance é a Apelação Cível nº 598.310.571 do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, o qual afastou a indenização no caso em concreto por tratar-se de uma mera possibilidade de participar de um sorteio. Confira-se a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE CHANCE DE PARTICIPAR DE SORTEIO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'Perda de Chance', mas a pretensão indenizatória, pela Perda de uma Chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro, não bastando a mera possibilidade. [...] (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598.310.571, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 7/4/1999)

A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Delimitando, Ana Vlândia Parente de Pinho leciona as hipóteses em que os danos decorrentes da Perda da Chance serão indenizáveis mediante a verificação da seriedade e realidade:

O fato que gera a Responsabilidade civil por fazer perder outrem a possibilidade – chance – de realizar um lucro ou evitar um prejuízo está situado entre as hipóteses de dano futuramente considerado como certo e aquelas em que é meramente hipotético – não indenizável. Se a possibilidade realmente existia e era séria então a chance entra na esfera do dano ressarcível.

A chance perdida consiste num dano certo quanto a sua existência, fundado em um fato determinado. A certeza no dano da Perda da Chance constata-se na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo. Funda-se numa perda real e séria.

É incerta, porém, no que concerne a sua delimitação. Nesse caso, requer a análise do caso concreto dentro da instrução processual. Não se trata de um mero dano hipotético, algo que pode sequer vir a acontecer.

Isso representa o cuidado da Teoria da Perda de uma Chance no sistema da Responsabilidade civil. A Teoria francesa deve ser usada para fins de não deixar a vítima sem a reparação do prejuízo, tendo em vista a oportunidade que lhe afigurava factível e que deixou de alcançar porque foi influenciada por agente que se comportou de modo diverso do esperado. (PINHO, 2008, p. 41)

Por fim, Rafael Peteffi acrescenta que é preciso diferenciar a chance de risco da Perda de uma Chance:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da Perda de uma Chance da simples criação de risco é a Perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de Perda de uma Chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a Perda de uma Chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima. (PETEFFI, 2013, p. 116)

Assim, confirma-se que para a correta incidência da Responsabilidade civil decorrente da Perda de uma Chance é necessário que os pressupostos da Responsabilidade civil aqui estudados estejam presentes, devendo, no entanto, o nexo de causalidade e o dano serem

enfrentados sob o ângulo da chance perdida, sendo preciso a existência de probabilidade e certeza concomitante aos referidos dano e nexo causal.

3.5 TIPO DE DANO

O surgimento do dever de indenizar a chance perdida aparece com a conduta ilícita *stricto sensu* do agente, da consolidação do dano como certo, resultante da Perda de uma chance séria e real, e da averiguação do nexo causal no caso em concreto. Para ser indenizável, como visto, necessário que o dano seja real e certo.

Agora, o assunto posto em questão gira em torno da posição que ocupa a Perda da Chance entre as seguintes modalidades de dano: dano emergente, lucro cessante e dano moral. Compreendendo isto, poderemos permitir uma melhor aplicação da Teoria por Perda de uma Chance.

Abrindo o Código Civil de 2002 em seu art. 402, podemos perceber que “as Perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. (BARROSO, 2013, p. 296). Perceba-se que a lei civil cuidou de duas espécies de reparação: àquela a que se refere o que efetivamente foi perdida pela vítima, modalidade denominada de dano emergente, e àquela alusiva ao que o lesado razoavelmente deixou de auferir, sendo esta modalidade denominada de lucro cessante. Vale lembrar que, além dos danos materiais previstos no art. 402, o ordenamento jurídico brasileiro ainda prevê a reparação pelos danos morais sofridos, sendo estes nada mais que agressões à dignidade da pessoa humana. Quanto a isso, com base nessa rápida conceituação, necessário que se exponha a divergência da classificação do dano por Perda da Chance na doutrina pátria.

Silvio Venosa acredita que a chance perdida seja uma modalidade híbrida de dano, estando portanto a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Sérgio Savi, por seu turno, defende que seja uma subespécie de dano emergente. Sérgio Cavalieri, no entanto, insere-a no conceito de lucro cessante.

Pergunta-se: Qual a diferença entre perda da chance e lucro cessante? Em qual modalidade de dano encontra respaldo a chance perdida?

Pois bem. Em sede de reparação de chance perdida, temos a perda da possibilidade real e séria de obtenção de um resultado almejado. Assim sendo, o dano a ser passível de indenização é perda da própria oportunidade, e não da perda do resultado que se pretendia obter.

Lucros cessantes, por sua vez, referem-se a tudo o que o ofendido deixou de ganhar relacionado a um evento danoso causado por outrem.

Ocorre que a Perda da Chance acontece quando o processo aleatório que estava ocorrendo restou interrompido pela conduta ilícita do agente, não sendo possível afirmar que o resultado esperado pela vítima necessariamente viria a acontecer. Nesse caso, veja-se que é impossível determinar com certeza objetiva se o resultado final seria favorável à vítima, razão pela qual não se pode afirmar que o indivíduo lesado “deixou de ganhar” o resultado esperado na Perda da Chance.

Diferenciada a questão do dano por Perda de Chance e o conceito de lucro cessante, compreendamos o dano emergente.

Ana Vlândia Parente de Pinho determina a celeuma do dano emergente, trazendo como base as lições de Sérgio Savi:

Sérgio Savi, buscando eliminar o problema da certeza do dano, inseriu a Perda da Chance no conceito de dano emergente. Na chance perdida, diz ele, estamos diante de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

A posição de Sérgio Savi, a princípio, agrada. De fato a chance, desde que real e séria, faz parte do patrimônio da pessoa. Na hipótese de sua Perda, surge o dano identificado como emergente, pois esse consiste em tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, o que tinha em seu patrimônio e foi retirado. (PINHO, 2008, p.46)

Assim, para Savi, a chance perdida, desde que séria e real, faz parte do patrimônio da pessoa lesada, razão pela qual a sua retirada configura hipótese de dano emergente por consistir naquilo em que a vítima perdeu, seja de natureza material ou moral.

Configurando-se como dano emergente, importante analisar também se a frustração da chance veio a consubstanciar-se como um dano moral. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENSINO PARTICULAR. DANO MORAL E MATERIAL. REPROVAÇÃO DE ALUNA. Comprovada a irregularidade na reprovação da aluna, à qual não foi oportunizada adequada recuperação terapêutica, com Perda da Chance de ser aprovada e rompimento do seu equilíbrio psicológico, impõe-se seja indenizado o dano moral sofrido. A frustração dos pais, porém, não constitui dor passível de reparação, nas circunstâncias. Dano material afastado. Apelo provido em parte. (TJRS, Apelação Cível nº 70007261795, 5ª Câmara Cível, Rel. Dês. Leo Lima, j. em 27/11/2003”.

De bom alvitre dizer que a Perda da Chance na seara médica comporta mais cristalina hipótese em que a Perda de Chance aparece como ofensa ao conteúdo moral da vítima, já que nesses casos a vida do indivíduo lesado aparece em jogo. Tome-se como exemplo o caso julgado pela Corte de Rennes, na França:

(...) homem de 30 anos se apresenta ao médico, sendo diagnosticada a enfermidade adenopatia (afecção de gânglios) inguinal supurada, no ponto de vir a furo. O médico resolve operá-lo, sem se assegurar que o paciente está em jejum, e procede à anestesia geral. O operado morre duas horas depois da cirurgia. A Corte de Rennes entendeu que a culpa do cirurgião consistiu em reduzir consideravelmente as Chances de sobrevivência de que o paciente dispunha. (PINHO, 2008, p. 47)

Ainda, levantamos o caso de Nicolas Perruche. A Corte de Cassação Francesa proferiu decisão favorável à reparação do dano sofrido por Nicholas Perruche, então adolescente de 17 anos, por ter nascido com deficiência física em virtude de erros médicos e de laboratório, que não fizeram o diagnóstico oportuno de rubéola contraída pela mãe ainda quando gestante de 2 (dois) meses do garoto.

Em conclusão ao exposto, somos do entendimento que a Perda da Chance pode aparecer tanto com aspectos de dano moral quanto de dano material, uma vez que atinge tanto a esfera patrimonial como a esfera extrapatrimonial da vítima

Melhor compreender que a chance perdida permite ser entendida como nova espécie de dano, na qual inserem-se elementos de dano material e de dano moral, dependendo do caso a ser analisado. Cumpre sublinhar que tais elementos devem se destinar a reparar a frustração da possibilidade – da probabilidade – de se obter o resultado almejado ou impedir o prejuízo verificado. Nada pode impedir, portanto, à luz teor do disposto no texto constitucional, art. 5º, inciso V, que, quando a perda da chance produza prejuízos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, possa haver cumulação de pedidos para efeitos de indenização.

3.6 A REPARAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE: QUANTUM INDENIZATÓRIO

Até então vimos que a Perda de uma Chance preocupa-se em solucionar situações nas quais o nexo de causalidade necessário entre a conduta do agente e o dano consequentemente resultante não pôde ser comprovado ante o caráter probabilístico do resultado.

Contudo, viu-se que a reparação pela Perda de uma Chance cuida da indenização de dano autônomo e específico, necessitando, todavia, da correta comprovação de determinados requisitos, a saber: que a chance perdida seja séria e real e que o prejuízo resultante seja potencial e provável. Eis o que fora visto até o momento.

Avaliemos, então, como se dá a indenização nos casos de Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance.

Ao tratar sobre a indenização decorrente da Perda de uma Chance Glenda Gonçalves Gondim aduz que deve ser baseada na própria oportunidade, levando em consideração resultado que poderia ser alcançado caso não houvesse interrupção (GONDIM, 2005, p. 33).

Assim sendo, sabendo que o dano final não poderá ser avaliado, o valor da reparação equivalente deve ser apurado com relação à chance perdida, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão efetiva do ofendido.

Neste norte, para melhor entendermos, temos o exemplo em que a vítima tem sua morte precocemente adiantada em razão de tratamento médico errôneo. Neste caso, confirmase que o prejuízo do indivíduo lesado consiste na própria impossibilidade de sobrevivência, e não da morte em si. É assim porque não se pode afirmar certamente que, se houvesse o médico aplicado o tratamento adequado, a vítima com certeza sobreviveria.

Dessa forma, cristalino é que o quantum indenizatório estabelecido pela Perda da chance nunca poderá ser superior ao valor que seria percebido caso a vantagem esperada pela vítima fosse definitivamente caracterizada ou o prejuízo fosse certamente evitado.

Nesse sentido, a Corte de Cassação Francesa, ao decidir o valor da indenização decorrente da Responsabilidade pela chance perdida, o fixou proporcionalmente à importância de tal chance. (GONDIM, 2005, p. 33)

Sobre isso, leciona Sérgio Savi: Quanto à quantificação do dano, a mesma devera ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção de vantagem esperada. (SAVI, 2006, p. 63)

Rafael Peteffi nos traz um exemplo referencial para a quantificação das chances perdidas:

Como bom exemplo [...] tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chance de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00. (PETEFFI, 2013, p. 226)

Desta maneira, seguindo o entendimento daqueles que defendem ser o dano decorrente da Perda de uma Chance autônomo e independente, o proprietário do cavalo, em razão da porcentagem da chance de vitória e do prêmio estabelecido, seria merecedor de uma reparação no valor de R\$ 4.000,00. (TEIXEIRA, 2011, p. 47)

Posto isto, sempre que o evento tratar-se de uma real oportunidade de vantagem, deve o ressarcimento ao prejudicado ser proporcional à chance perdida. A análise ficará no campo da probabilidade.

Pelo fato de a reparação dar-se em porcentagem, baseado na proporcionalidade, há quem defenda que a reparação de uma chance perdida nunca será realizada de forma integral.

Tal alegação, na visão de Rafael Peteffi da Silva, em “Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance”, não prospera. A indenização será feita de forma total, pois o dano a que se refere a Perda de uma Chance é específico independente do dano final (vantagem definitivamente perdida). O fato é simplesmente que a chance perdida terá, por óbvio, um valor menor que o dano final.

3.7 ACOLHIMENTO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O caso do “show do milhão” pode ser considerado o julgado mais expressivo em matéria de Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. Em sessão realizada no dia 8 de novembro de 2005, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou claro o seu acolhimento à Teoria da Perda da Chance. O acórdão estava assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROBIDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, *impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela Perda da oportunidade.*

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Recurso Especial n. 788.459- BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.)

A autora do caso havia participado do programa televisivo “Show do Milhão”, comandado pelo apresentador Silvio Santos. À época, tratava-se Show do Milhão de um programa de perguntas e respostas cujo prêmio máximo era R\$ 1.000.000,00, oferecido ao participante que lograsse êxito em responder corretamente uma série de questões versando sobre conhecimentos gerais.

Lida a “pergunta do milhão”, a autora da ação preferiu não respondê-la por entender que a pergunta da forma como fora composta não tinha como ser respondida, dessa forma, para não perder os R\$ 500.000,00 acumulados, optou por parar.

Entretanto, entendendo que a produção do programa teria agido de má-fé ao formular a “pergunta do milhão” sem resposta, impetrou ação requerendo o pagamento de indenização por danos materiais e morais, sendo o danos materiais no valor de R\$ 500.000, 00 referentes a perda da oportunidade de receber o valor em questão, e danos morais a serem arbitrados pelo julgador.

Ao carrear os autos, o Juízo de primeiro grau concluiu:

Concluiu-se, assim, que sendo a pergunta verdadeiramente irrespondível, foi retirada da autora a chance de ganhar o prêmio máximo do jogo, o que inegavelmente constitui-se num prejuízo a ser ressarcido.

A Perda da chance consiste no fato de que a autora perdeu a oportunidade de tentar realmente acertar a pergunta que lhe daria o prêmio máximo, em face de sua má formulação.

É certo que não se poderá jamais saber se ela acertaria a resposta (se essa existisse), e nisso consiste o fundamento da Teoria da Perda de Uma chance: é que nunca se virá a saber se o resultado positivo realmente aconteceria, uma vez que a chance de tal ocorrer passou... e não haverá retorno. (STJ, Recurso Especial n. 788.459- BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.)

Razões recursais apresentadas ao STJ, ao analisar o recurso especial interposto, o Ministro Fernando Gonçalves entendeu que ao caso em questão deveria ser aplicada a Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. Assim, entendendo que a conduta da ré gerou para a autora a Perda da oportunidade de ganhar o prêmio máximo, fixou a indenização com base no percentual das chances que ela teria de acertar à “pergunta do milhão”, caso estivesse corretamente formulada. Restou, então, acolhido o recurso especial para reduzir o valor da condenação.

Com maestria abordada a questão da Perda da Chance, vale a transcrição de parte do voto do relator, conforme expõe SAVI (2012, p.78):

Na hipótese dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso – que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à “pergunta do milhão”.

[...] Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a Perda da oportunidade pela recorrida [...]

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto da questão em múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. (SAVI, 2012, p. 78-79)

Como se verifica do trecho do voto acima transcrito, o Ministro relator abarcou a questão da chance perdida, tendo chegado à conclusão de que não era possível afirmar que a autora acertaria, com absoluta certeza, uma nova pergunta que viesse a ser formulada e que, desta vez, fosse passível de resposta. Inexistindo certeza do acerto da resposta, entendeu não ser possível condenar a recorrente ao pagamento da integralidade do valor que ganharia se obtivesse êxito na pergunta fina, já que ausente um dos pressupostos “do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante”.

Apesar da impossibilidade de certeza quanto ao acerto de uma eventual nova pergunta, o Ministro reconheceu que a oportunidade, a chance de ganhar o prêmio máximo do programa, já existia no patrimônio da autora quando da conduta da ré e, por este motivo, tendo a chance sido perdida, a autora faria jus a uma indenização.

O caso “show do milhão” foi o mais emblemático sobre a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, talvez pela popularidade do programa televisivo, podendo ser considerando o *leading case*. Convém esclarecer, entretanto, que os tribunais brasileiros pronunciaram-se outras vezes em sentido favorável à recepção da Teoria da Perda da Chance no ordenamento jurídico brasileiro, conferindo indenização às vítimas privadas de obterem a oportunidade perseguida no caso específico.

É o caso dos recursos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70068550029, de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 13/04/2016; Apelação Cível n. 70066571324, de relatoria do Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 31/03/2014; e da Apelação Cível n. 70057281594, de relatoria da Desembargadora Maria Claudia Cachapuz, julgado em 30/03/2016; todas as situações bem recentes abordando a Responsabilidade civil do médico sob a ótica da Teoria da Perda de uma Chance.

Sobre isso, percebe-se que não raras vezes aos tribunais do Brasil são postos a julgamentos litígios em que a Responsabilidade civil, sob o prisma clássico da aceção, não está bem delimitada, sendo crescentes os casos envolvendo erros de diagnósticos médicos em que se subtraem da vítima a oportunidade de cura ou de um tratamento menos gravoso.

Por isso, nos dedicamos agora a estudar a Responsabilidade do médico sob o fundamento da Teoria da Perda de uma Chance.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FUNDAMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Segundo dados colhidos em <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/ir-ao-hospital-e-mais-arriscado-do-que-viajar-de-aviao-diz-oms> <acessado em 15 de abril de 2016>, dar entrada em um hospital é mais arriscado do que andar de avião. De acordo com os dados da Organização Mundial de Saúde, milhões de pessoas morrem todos os anos em razão de erros médicos e infecções hospitalares, sendo o risco de morrer 1 para 300, enquanto em um acidente aéreo seria de 1 em 10 milhões.

Ainda segundo informações da OMS, as chances de acontecer um erro médico são de uma em dez e mais de 50% das infecções hospitalares poderiam ser evitadas se os profissionais de saúde lavassem as mãos com água e sabão, por exemplo, antes de tratar os pacientes.

Sobre esse aspecto, tem-se que proporcional ao número de erros cometidos por profissionais da medicina é a quantidade de danos gerados às mais diversas vítimas que, por vezes, não tem o prejuízo reparado por esbarrar na dificuldade de produção de provas técnicas, juridicamente falando, necessárias ao estabelecimento do nexo de causalidade entre o dano suportado e a conduta do médico.

Neste prisma, questiona-se: Qual solução para que as vítimas de eventos danosos provocados por conduta ilícitas de médicos tenham seus direitos de reparação do prejuízo resguardado pelo direito, mesmo que não se consiga, a rigor, traçar um elo entre o dano e o ato antijurídico praticado?

Para responder a essa pergunta, convém que entendamos conceito, requisitos, natureza e características da atividade médica.

4.1 ATIVIDADE MÉDICA: ASPECTOS HISTÓRICOS

Na Grécia, no período da antiguidade clássica, o exercício da medicina tinha uma concepção mítica, divina, em que as curas dos pacientes eram tão raras que viravam inscrições nas paredes dos templos. Aqui, não havia que se falar em erro médico, posto que era a regra a inexistência de reabilitação do paciente.

Passada a fase dos mitos, os gregos começaram a se preocupar com o exercício da atividade médica na cura dos pacientes, passando a levar em consideração o erro médico e procurando reprimir os desvios de conduta praticados no exercício da medicina.

Nessa época, o dano médico era tido como inevitável, mormente porque, por óbvio, os métodos científicos e tecnológicos disponíveis não facilitavam o tratamento e o diagnóstico eficaz.

Foi então no século dezenove a.C., com o Código de Hamurabi, o aparecimento de normas repressoras das condutas médicas danosas, prevendo penas severas como o corte das duas mãos para médicos incompetentes. Diz-se que era assim a letra do Código:

"O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço". (GOMES, p. 01).

Meados do ano 460 a.C., após o Juramento de Hipócrates firmou-se conscientização sobre a Responsabilidade do médico no tratamento do paciente e a obrigação de reparação pelo mal causado, vez em que traçou-se questões morais a serem observadas pelo médico no exercício da profissão. Diz o Juramento de Hipócrates: "Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém".

Não obstante os preceitos éticos e morais traçados, não tão longe o dano médico era tido como inevitável; mesmo que assim não o fosse, não havia forma adequada de reclamar a reparação pelos prejuízos, seja porque a vítima tinha forte ligação social com o médico, que era tido como "médico da família", não havendo que se falar em litigiosidade; seja porque os mecanismos jurídicos da época não favoreciam a busca pela reparação do prejuízo sofrido.

No entanto, com a evolução tecnológica, o crescimento massificado das sociedades, a resultante impessoalidade nas relações sociais e conseqüente despersonalização da relação médico-paciente e, notadamente, com a revolução da indústria científica e o alastramento do sentimento humanístico do pós-guerra, as vítimas de eventos danosos causados pela atividade médica procuraram, cada vez mais, a perseguição da máxima proteção ao direito à vida.

Para além disso, a sociedade de consumo, na qual cada vez mais os sujeitos tomam ciência dos seus direitos e se tornam exigentes quanto aos resultados da prestação, tornou a relação médico-paciente em na relação prestador de serviços e usuário, fazendo com que a busca pela tutela jurisdicional voltada à reparação nos danos à saúde assumisse posição relevante no contexto jurídico.

Admitiu-se, com isso, que a função do médico é zelar pela conservação da vida humana, não podendo ser justamente ele o responsável por impedir a melhora do quadro clínico do paciente em virtude da falta de aconselhamento, diligência ou prudência exigidas no exercício de sua profissão.

Nesse contexto foi que surgiu a concepção moderna da Responsabilidade civil do médico.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE MEIO COM NECESSIDADE DE PROVA DE CULPA

A doutrina diverge sobre a natureza do pacto celebrado entre médico e paciente, sendo para alguns autores como Roberto Gonçalves contrato de prestação de serviços, e para outros como Cavalieri Filho espécie *sui generis* de contrato.

Os que defendem que a relação médico-paciente tem natureza contratual fundamentam-se na própria legislação civil brasileira, aduzindo que o paciente ou alguém em nome dele ao procurar o profissional da saúde que aceita em trata-lo, firmam um negócio jurídico. Assentam-se na idéia de que o contrato de prestação de serviços médicos não exige formalidade, podendo ser verbal ou até tácito, e, para a sua perfectibilização, bastaria o acordo de vontades entre pessoas capazes, vez que o objeto, em tese, é lícito (WANDERLEY, 2011).

Por seu turno, os que defendem ser espécie *sui generis* de contrato sustentam que o médico não se limita a executar serviços meramente técnicos, assumindo, por mais das vezes, posição de amigo, conselheiro e protetor.

Acreditamos que, em respeito aos princípios acessórios inerentes a todo contrato, tais como a cooperação, boa-fé objetiva e proteção, mesmo que a obrigação assumida pelo médico tenha natureza contratual, não pode ele limitar-se a aplicação da técnica médica, devendo conferir ao paciente paciência, humanidade e atenção aos problemas familiares tangentes. Por isso, entendemos que a natureza jurídica da avença médico-paciente é contratual.

Qualquer que seja a posição adotada, não se desconstitui a Responsabilidade civil do médico em realizar os procedimentos éticos, morais, científicos e tecnológicos essenciais para tratamento da enfermidade do paciente, devendo proporcionar ao paciente todos os cuidados e atenção disponíveis.

O médico, portanto, não pode se comprometer a curar o paciente, mas tão somente a tratá-lo da maneira mais adequada possível. É por isso que se diz que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, de maneira que, se o tratamento realizado não surtiu o resultado almejado, não se pode falar em insucesso médico, inexecução ou inadimplemento contratual.

Há discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, se de meio ou de resultado. Entendemos que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico em cirurgia estética é de resultado, posto que se compromete a executar o resultado pretendido pelo paciente.

4.3 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROVA DA CULPA NA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

Na concepção jurídica atual, a norma que rege a relação estabelecida entre médico e paciente está insculpida no Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, cuja finalidade precípua é a proteção de um grupo de sujeitos, consumidores, que, devido a natureza da relação jurídica em que fazem parte, assumem a posição de maior vulnerabilidade se comparado ao outro pólo.

A rigor, a relação médica não é tipicamente consumerista, mas, com a massificação das relações pessoais e a impessoalidade que tomou conta do atendimento médico, pode-se enquadrar o profissional da saúde como “prestador de serviços” (art. 3º, CDC) e o paciente, dado a sua vulnerabilidade, no conceito de consumidor (art. 2º, CDC).

Tal enquadramento poderia nos levar a crer que a Responsabilidade pessoal do médico é objetiva, posto que consumerista. No entanto, não o é. Nesse sentido, GONÇALVES (2014, p. 79) leciona que os médicos devem comprometer-se a “tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente.” Acrescenta, ainda que “serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia”.

É que, muito embora o médico seja um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 14, §4º, abriu uma exceção à sistemática de Responsabilidade civil objetiva nele estabelecido: A Responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, §4º, CDC).

Registre-se somente que o CDC é claro ao determinar que apenas a Responsabilidade do profissional liberal se dará por meio de verificação de culpa, isto é, somente a Responsabilidade pessoal do médico será apuração mediante prova de culpa, devendo a Responsabilidade da pessoa jurídica a que ele por ventura faça parte ser objetiva. Objetiva também será se vários médicos resolverem constituir uma sociedade.

4.3.1 A PROVA DA CULPA

Na prática, a prova da culpa constitui a maior dificuldade enfrentada pela vítima na busca pela reparação do mal sofrido. Primeiro porque os julgadores exigem com rigor a prova da culpa na Responsabilidade civil do médico. Depois, porque a prova é essencialmente técnica, exigindo-se prova pericial. E por derradeiro, porque diante da protecionismo profissional típico da classe médica, o colega perito nomeado em processo tende a isentar Responsabilidade do médico agente causador do dano. Sobre o comentado, Cavalieri Filho dispõe:

(...) Só demonstrando-se o erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico. (...) É certo que o juiz não está adstrito à perícia, mas é certo, também, que dificilmente encontrará nos autos outras provas suficientes para responsabilizar o médico. (...) Só lhe está afeto o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana consequente de erro profissional crasso. (CAVALIERI, 2014, p.52)

Prudente lembrar que, sendo o médico prestador de serviços e o paciente consumidor, estando a Responsabilidade daquele regida pelo Código de Defesa do Consumidor, não obstante ser subjetiva, confere ao juiz a possibilidade de inverter o ônus da prova em favor do consumidor/paciente, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm, acessado em 10/04/2016).

Lembre-se ainda que a hipossuficiência mencionada no dispositivo supratranscrito não é apenas econômica, mas no caso médico primordialmente técnica, isto é, o médico tem maiores condições de produzir a prova, trazendo aos autos elementos probatórios suficientes à análise dos requisitos da sua Responsabilidade.

Assim, ao juiz exige-se o dever de, além de facilitar a produção da prova por quem seja mais habilitado a fazê-lo, observar as peculiaridades do caso: se o médico não agiu de acordo com os usos da ciência, utilizando o tratamento adequado que cabia ao paciente, agiu com culpa.

4.4 DEVERES DO MÉDICO E DO PACIENTE

Tanto os médicos quanto os pacientes assumem obrigações quando formalizam a avença de prestação de serviços médicos. O descumprimento de um ou outro dever por parte de quaisquer dos envolvidos na relação contratual pode exasperar ou minimizar a Responsabilidade civil do médico.

Os deveres de ambos os lados influem na caracterização da Responsabilidade civil do médico. Sobre esses deveres, temos: a) os do paciente: remunerar o médico, seguir as prescrições médicas recomendadas e fornecer-lhe informações suficientes ao restabelecimento de seu estado de saúde; b) os do médico: conselho, cuidado, obtenção do consentimento esclarecido, não-abuso de poder, sigilo, aprimoramento dos conhecimentos e uso do progresso científico, prescrição clara.

Sobre os deveres do médico o que ganha maior repercussão é o dever de informar do médico, analisado na seção subsequente.

4.4.1 DEVERES DO MÉDICO: DO DEVER DE INFORMAR

Sob a égide do CDC, o dever de informação do médico está correlacionado ao direito de informação, este último decorrente do princípio da boa-fé objetiva que rege os contratos.

Segundo a melhor doutrina, a substância do dever de informar é propiciar ao consumidor, no caso ao paciente, a verdade sobre as circunstâncias que estão adstritas à contratação, para que haja consentimento claro e consciente dos termos do pacto celebrado.

Neste sentido, Cavalieri Filho traz especificamente o dever de informar aos casos médico-paciente:

“O conteúdo do dever de informar do médico compreende, segundo a unanimidade da doutrina, todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, conseqüências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes” (CAVALIERI, 2010, p.394).

Não por outro motivo a informação é o fator determinante de todo e qualquer paciente a respeito das questões que envolvem sua saúde e vida, sendo elemento de grande importância na relação médico-paciente e, portanto, sua ausência capaz de ensejar Responsabilidade civil. Pois bem. Convém esclarecer que existe o risco inerente à própria atividade médica, assim entendido como o risco intrinsecamente ligado ao serviço médico e ao seu modo de prestação.

Sobre o risco inerente, a regra é que o médico não pode ser responsabilizados. Ora, até os mais simples procedimentos cirúrgicos produzem um risco inerente, inevitável, que não decorre necessariamente do defeito do serviço. Há tratamentos, inclusive, que não podem se dissociar de seus efeitos, ainda que sejam realizados com toda a técnica científica, a exemplo dos enjoo e queda de cabelos decorrentes da quimioterapia.

Certo, não podem os médicos e instituições *lato sensu* de saúde serem responsabilizadas pelos riscos inerentes. No entanto, até pelos riscos inerentes tem o dever de informar aos pacientes sobre todos os riscos reais do tratamento, sob pena de serem responsabilizados pela falta de informação devida.

Veja-se, pois, que a informação é direito do paciente, ao passo em que é dever do médico, tendo por finalidade conceder ao paciente elementos suficientes da realidade que lhe permitam dar ou não o consentimento consciente para a prestação dos serviços médicos. Nas palavras de Cavalieri Filho, “é o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente” (CAVALIERI, 2014, p. 440), razão por que passamos a analisa-lo.

4.4.2 CONSENTIMENTO INFORMADO

Existem dissertações de mestrado, teses de doutorado e livros que se dedicam ao estudo do consentimento informado na relação médico-paciente.

O consentimento informado nada mais é que a exposição, pelo médico assistente, de informações detalhadas ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a que vai se submeter, informando-lhe os riscos e benefícios em linguagem acessível, para que o paciente livremente possa escolher se quer ou não se submeter àquele determinado tratamento.

É que o direito de informação do paciente, fruto de uma evolução normativa e jurisprudencial, lhe permitiu conhecer o estado de sua saúde, o diagnóstico de eventuais males, os tratamentos possíveis e os riscos inerentes. O passo seguinte é nada mais que escolha: cabe ao paciente receptor da informação, livre e conscientemente, escolher o tratamento e avaliar os riscos associados.

O dever de informar tem vigência durante toda a vida do contrato, perdurando da fase pré-contratual à pós-contratual. A informação a que o médico-fornecedor está obrigado a prestar deve ser verdadeira, correspondendo à realidade, completa, ao tempo que dispõe todos os elementos determinantes para o consentimento e clara, com linguagem acessível compreensível para o paciente-consumidor.

Prudente que, para resguardar o direito das partes, o consentimento informado seja realizado na forma escrita, especialmente quando tratar-se de intervenção médica de risco. Quando o paciente estiver impossibilitado de consentir, a doutrina admite que os familiares mais próximos o façam.

Citado por BOMTEMPO (2012), Carlos Nelson Konder conceitua consentimento informado, livre e esclarecido da seguinte forma:

“[...] é possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizadamente sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda” (KONDER, 2003, p.61).

Carlos Roberto Gonçalves, trazendo elementos do Código Civil, destaca:

“O art.15 do Código Civil consagra importante direito de personalidade [...]. A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vale ressaltar, *in casu*, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a ser observado, para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes” (GONÇALVES, 2010, p.260).

Em breves palavras, consentimento informado é consentimento consciente.

Registre-se, inclusive, o dever de informar e o consentimento informado é necessário inclusive nas hipóteses em que o médico assume obrigações de resultado, tal qual é na cirurgia plástica.

Na jurisprudência, os tribunais brasileiros entendem que a falta do dever de informar, realizado por vezes através do consentimento informado, causa sérios danos ao paciente que não detêm os conhecimentos técnicos necessários para fazer a escolha livre e consciente da melhor forma de garantir a integridade da sua saúde.

Entendem, inclusive, a falta do consentimento informado como violação ao dever de informar do médico, sendo-lhe imputada responsabilização civil:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. SENTENÇA MANTIDA. I - De acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da CF, o Estado responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem. II - Em que pese o fato de a autora ter desistido da produção da prova pericial, a prova testemunhal e os demais documentos carreados aos autos demonstram que houve a necessidade de realização de uma segunda cirurgia

decorrente de complicações advindas da primeira realizada. III - O Estado não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a perda da visão decorreu de particularidades da paciente e que ela foi previamente cientificada acerca dos riscos inerentes ao procedimento. Falta de consentimento informado. Nexos causal demonstrado. IV - Recurso da UFMG e remessa oficial tida por interposta a que se nega provimento. Sentença mantida. (TRF-1 - AC: 15462 MG 2002.38.00.015462-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 04/03/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.213 de 18/03/2013)

Na oportunidade, concluiu-se que há Responsabilidade civil do médico pela violação do dever de informar, consistente na ausência de consentimento da paciente dos riscos inerentes à cirurgia a que foi submetida.

4.5 RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS E CASAS DE SAÚDE

Os estabelecimentos hospitalares, assim como os médicos individuais, são considerados prestadores de serviços, razão por que seus serviços devem ser analisados de acordo com as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, mas com um diferencial.

As instituições de saúde, por serem prestadoras de serviço, respondem objetivamente pelos danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do CDC, quer se tratem de serviços decorrentes de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamentos; quer se tratem de serviços técnico-profissionais. Havendo a falha na prestação desses serviços, há o que o CDC chama de “fato do serviço”.

Fato do serviço nada mais é que um fato externo ocorrido no mundo fático que causa danos materiais ou morais ao consumidor, decorrentes de um defeito do serviço que coloquem em risco a saúde do consumidor. Trata-se do acidente de consumo disposto no art. 14, §1º do CDC.

Sendo assim, ao contrário do que acontece com a Responsabilidade civil do médico, na dos hospitais e instituições de saúde não há necessidade de comprovação da culpa, o que juridicamente já deixa a vítima em uma posição processual mais confortável no que tange à produção de prova.

Vale dizer que o STJ no julgamento do REsp 696.284/RJ, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, na terceira turma, estabeleceu a Responsabilidade objetiva do hospital quando à atividade do seu médico plantonista, de sorte que se dispensou a demonstração de culpa do

hospital relativamente aos autos lesivos decorrentes da culpa do médico integrante de seu corpo clínico.

Na conclusão do voto o relator entendeu que a Autora da ação procurou o hospital e lá foi atendida por profissional que não escolheu, integrante do corpo clínico do estabelecimento, mas que só prestou o atendimento em razão de integrar os quadros clínicos do hospital, este sim escolhido pela Autora.

Dessa forma, havendo diagnóstico equivocado, por falha de atendimento do médico, é do hospital a Responsabilidade objetiva pelos danos causados ao paciente que escolheu o hospital e foi atendido por profissional médico integrante, a qualquer título, de seu corpo clínico.

Os laboratórios de análises clínicas e centro de diagnósticos por radiologia, assumindo obrigação de resultado, também respondem objetivamente pelos danos causados ao consumidor.

Os planos de saúde, por sua vez, também respondem objetiva e solidariamente por falhas cometidas por hospitais e médicos credenciados, conforme assentado pelo STJ no julgamento do REsp 866.371, de relatoria do Ministro Raul Araújo.

4.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Sinteticamente, entre as causas que excluem a Responsabilidade do prestador de serviços, aqui incluídos os médicos e os estabelecimentos de saúde, dispõe o CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm, acessado em 10/04/2016).

Sendo assim, cabe ao médico, no caso de deferimento de inversão do ônus da prova; ou ao hospital, por força da Responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova decorrente da própria lei; a prova de que o serviço foi prestado de maneira adequada, utilizando-se de todos os meios possíveis ao restabelecimento do estado de saúde do paciente, ou a prova de que a culpa pela falha decorreu de culpa exclusiva do paciente ou por fato de terceiro estranho à relação médica.

Em caso de prova dos aludidos fatores, não haverá Responsabilidade ou obrigação de indenizar.

4.7 ERRO MÉDICO

O manual de orientação ética disciplinar do CREMESC (Conselho Estadual de Medicina de Santa Catarina) assim define o erro médico:

[...] a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo, sem intenção deliberada de cometê-lo. (<http://www.cremesc.org.br/>, acessado em 10/04/2016).

Dáí infere-se: erro médico é o prejuízo provocado no paciente pela ação ou omissão do médico, no exercício da profissão, pela inobservância técnica, produzir um dano à vida ou à saúde de outrem.

Na avaliação da culpa *stricto* sensu, conforme vimos, há três possibilidades de suscitar o dano e, após, configurar o erro médico: imprudência, quando o profissional fez o que não deveria ser feito; imperícia, quando o profissional não observa as regras médicas técnicas; e negligência, pela falta de cuidado ou zelo.

A princípio, o erro médico configura defeito no serviço prestado pelo profissional que não executa de maneira adequada o tratamento do paciente, podendo até agravar o estado de saúde dele.

A doutrina entende, também, que o erro, como manifestação da conduta culposa do profissional, pode ocorrer das seguintes formas: a) falha técnica, b) erro de diagnóstico; c) erro profissional (falha não imputável ao médico, decorrente das limitações da ciência); d) erro técnico (decorrente de falhas estruturais, como escassez de equipamentos).

No entanto, o professor Genival Veloso de França leciona:

[...] Em primeiro lugar, é necessário distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do mal incontrolável. O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência do médico, no exercício regular de suas atividades profissionais. Devem ser levados em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e ou meios empregados (grifo do autor). (FRANÇA, 2012, p. 547)

Cabe destacar que algumas vezes, na medicina, o resultado é incontornável ou imprevisível, posto que a ciência e a competência profissional, por maior que sejam, não dispõem da solução. Esses casos, não deve ser considerada como erro médico, seja porque o profissional assume, via de regra, obrigação de meio, seja porque realizou todos os procedimentos cabíveis, técnicos e adequados ao restabelecimento da saúde do paciente.

O que alarma no erro médico é a frustração de expectativa de quem vai à procura de um bem e, em resposta, alcança um mal. O resultado da conduta danosa do médico por vezes é visível, imediato, irreparável e quase sempre revestido de um sofrimento singular para a vítima e seus familiares.

Muito embora haja a configuração de erro médico, muitas vezes a vítima esbarra na dificuldade de estabelecer liame causal entre a conduta do médico e o resultado danoso suportado, porque não raras vezes o erro médico concorre com o estado de saúde debilitado do paciente.

Nesse sentido, como o Direito pode facultar às vítimas não conseguem vezes por questões técnicas a devida reparação por males sofridos em decorrência de erro médico? Como o Direito, enquanto ciência social, pode permitir que as vítimas de erro médico não esbarrem em questões tão somente jurídicas para obtenção de justa reparação pelo dano sofrido? Como reprimir os agentes de causarem danos severos às vítimas e saírem incólumes sem reparar o mal sofrido?

A resposta para todas essas questões encontramos na Teoria da Perda da Chance aplicada à Responsabilidade civil do médico.

4.8 PERDA CHANCE APLICADA À RESPONSABILIDADE DO MÉDICO: ENSINAMENTOS DO DIREITO COMPARADO E POSIÇÃO DOUTRINÁRIA ADOTADA

A França é referência nos estudos da Teoria da Perda de uma Chance na seara médica, e foi justamente lá que surgiram as primeiras indagações a respeito da natureza jurídica da Perda da Chance na Responsabilidade civil do médico: se espécie de alargamento do nexo causal, sob a explicação do conceito de causalidade parcial; ou se espécie de dano autônomo, independente do resultado final.

Na primeira espécie, isto é, entendendo a chance perdida do paciente sob o conceito da causalidade parcial, tem-se Autores como Jacques Boré, John Makdisi e René Savatier.

Convém esclarecer, entretanto, que Boré e Makdisi apesar de defenderem a causalidade parcial na Perda Chance, se diferenciavam por um aspecto. Vejamos.

Para Savatier a Perda da Chance de cura/sobrevivência, como chamava a chance perdida na área médica, era um ramo específico dentro da “Teoria clássica” da Perda de uma Chance.

Para ele, na “Teoria clássica” da Perda da Chance, a chance, por si só, constituía um dano autônomo, independente do resultado final, posto que o processo aleatório que a vítima percorria foi definitivamente interrompido, privando-a de obter um benefício que, se tivesse percorrido todo o processo aleatório sem interferências do ato ilícito do ofensor, certamente alcançaria.

No entanto, na visão de Savatier a “Teoria clássica” não se aplicava na seara médica, uma vez que o processo aleatório prosseguia mesmo após a incidência do ato ilícito que privou a oportunidade do ofendido. Defendeu, então, que a Perda da Chance de cura/sobrevivência, deveria ser analisada sob os fundamentos da causalidade parcial, sustentando que o agressor seria condenado na porcentagem que a chance representava para obtenção do resultado final.

Já para Boré e Makdisi, todos os casos de chances perdidas estariam relacionadas à ideia de causalidade parcial. Assim, ao invés de considerarem a chance perdida como dano autônomo, utilizavam a Teoria da Perda da Chance para quantificar o nexos causal entre a ação do agente e o resultado final.

Boré argumentava:

diante deste quadro, o magistrado pode optar por dois tipos de solução. A primeira acredita que o prejuízo final não possui carga de certeza requerida pelo ordenamento, estando ausentes as presunções sérias e concordantes, necessárias para se fazer o “salto do desconhecido ao conhecido” para que a prova respalde a indenização do dano final. Como segunda alternativa, o magistrado pode reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com o erro do ofensor. (BORÉ *apud* PETEFFI, 2012, p. 51)

Makdisi, corroborando o entendimento de Boré, afirmava que a reparação do dano causado pela privação da chance deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade da causalidade provada. Assim, se um médico não efetua um procedimento técnico adequado, retirando 60% das chances de vida do paciente, o dano será quantificado em 60% do prejuízo total sofrido.

Os Autores, no mesmo caso do médico, perguntam se ainda haveria que se falar em indenização se, não obstante o erro médico praticado, o paciente não sofreu qualquer tipo de seqüela. Eles respondem que não, pois a chance perdida não é espécie de dano autônomo, não

havendo portanto que se falar em dano. Nesse aspecto, rebatem o entendimento defendido por Joseph King Jr e Georges Durry.

Para King e Durry, as variadas aplicações da Perda da Chance, inclusive na seara médica, estavam relacionadas a um conceito amplo de dano. A perda definitiva da vantagem existe, interrompido ou não o processo aleatório, e de toda sorte ninguém seria capaz de responder se a vítima poderia escapar do dano se a conduta do ofensor deixasse o processo aleatório seguir naturalmente.

King, em artigo publicado em 1981, defende a noção tradicional do nexo de causalidade:

(..) pois a Teoria da Perda de uma Chance somente seria admitida se a vítima provasse que a conduta do réu constituiu condição necessária (*but for*) para a diminuição de probabilidade da vítima de auferir condição melhor e para desconhecimento do resultado natural do processo aleatório em que encontrava. (PETEFFI, 2012, p. 98).

Aqui, nos filiaremos ao entendimento de King e Durry, defendendo a tese de que tanto na seara médica quanto nas demais áreas a chance perdida constitui espécie de dano autônomo.

Ora, em que pese o respeitável entendimento de que a chance perdida deve ser analisada sob o conceito de causalidade parcial, entendemos que a chance, uma vez mitigada, configura dano que pode ou não ser passível de indenização, independente se o processo aleatório foi ou não interrompido.

Convém esclarecer, entretanto, que o dano correspondente à chance perdida deve ser avaliado com referência ao resultado final pretendido, isto é, mesmo que dele não dependa, a chance para ser tida como séria e concreta – conforme avaliamos no tópico correspondente – deve ter como referência, e não dependência, o resultado final que a vítima almejaria ao fim do processo aleatório.

Advogamos a tese, portanto, que muito embora a chance perdida seja independente do resultado final, deve o resultado final ser usado de paradigma para o julgador, no caso concreto, para fins de aferição se a chance perdida configurou ou não espécie indenizável de dano.

Exemplificando: Supondo que determinada pessoa, professora, estivesse rouca por 30 dias. Suspeitando de alguma moléstia, dirigiu-se até o médico especializado e, após a realização de alguns exames, foi diagnosticada com faringite. O médico, portanto, prescreveu o procedimento técnico adequado para o tratamento da doença e restabelecimento da voz da paciente, medicando-a com antiinflamatórios e antibióticos. No entanto, no dia seguinte, em

conversa com um amigo médico, a professora comentou que há anos fora diagnosticada com calos nas cordas vocais, mas que à época fora devidamente tratada, o que fez com que o médico amigo informasse à professora que o problema que sua rouquidão poderia ser resultado de um grave quadro de calo nas cordas vocais, sugerindo, assim, que voltasse ao médico que lhe diagnosticou com faringite. Lá chegando, o profissional insistiu no diagnóstico de faringite. Após decorridos alguns dias, ao terminar de tomar os remédios indicados pelo médico, a professora voltou a ficar rouca. Inconformada, procurou outro médico que, ao realizar os exames, a diagnosticou com grave quadro clínico de calo nas cordas vocais, passando o tratamento adequado. Em que pese ser tardiamente diagnosticado, o médico esclareceu que, dado a natureza da moléstia, depois do tratamento, a professora restabeleceria 100% de sua voz, não tendo qualquer sequela. Caracterizou-se, pois, o erro de diagnóstico como um prejuízo autônomo pela chance perdida de cura?

No nosso sentir, não. Se o processo causal chegou a seu fim e paciente se restabeleceu, em que pese a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha retirado do paciente uma chance de cura. Dado os elementos fáticos e a natureza da doença, a vítima restabeleceu/restabelecerá 100% de sua voz, ou seja, as chances de cura da professora sempre foram integrais.

Diferente é o caso em que um paciente é diagnosticado tardiamente de um câncer. Vejamos um exemplo.

Joana, jovem mulher de 30 anos, ao realizar exames de rotina, percebe a alteração de suas taxas de hormônio, notadamente nos hormônios TSH e T4, afeitos, via de regra, à função da tireoide. Em consulta aos sistemas de busca na *internet*, descobriu que a alteração nos referidos hormônio pode estar relacionado a um quadro clínico de câncer de tireoide. Preocupada, procura Fernando, médico endocrinologista conceituado na região onde mora. Ao avaliar os exames de Joana, o médico Fernando informa que não há razões para preocupação, visto que a taxa de hormônio verificada, apesar de alterada, não o leva a crer na possibilidade de câncer na tireoide. Joana, apreensiva, solicita ao médico exame de punção no órgão, para que pudesse tranquilizá-la. Fernando, peremptoriamente, reafirma que não há razões para Joana se preocupar, dizendo com certeza que não há qualquer suspeita de câncer de tireoide, receitando-lhe alguns remédios para normalização dos hormônios. Acreditando na credibilidade e reputação de Fernando, Joana volta para casa tranquila.

Depois de 3 meses, sentindo-se fraca e com grande queda de cabelo, Joana refaz os exames hormonais. Para sua surpresa, a taxa de hormônios TSH e TS4 continuam alteradas, até mais ainda do que quando do primeiro exame. Joana, então, retorna ao médico Fernando

que, após exames de punção e biópsia na tireoide, descobre um câncer em grau de estágio evoluído, com metástase nos linfonodos.

Inconformada com o feito, Joana vai ao médico Pedro, que confirma o quadro avançado de câncer na tireoide com metástase nos linfonodos, receitando-lhe cirurgia para a retirada total do órgão, chamada de tireoidectomia total, bem para a extração dos cistos malignos dos linfonodos. Pedro chega a dizer, ademais, que o câncer de tiroide, se diagnosticado em tempo hábil, tem 90% de chance de cura. Diz ainda que pelo estágio em que encontrava o moléstia, possível que já estivesse instalada desde o primeiro exame e possivelmente, se o diagnóstico fosse lá realizado, não seria preciso a retirada total do órgão e a metástase certamente não teria acontecido.

Graças à competência de Pedro, a cirurgia foi um sucesso, e Joana, muito embora tenha sobrevivido ao fato, porque retirou a tireoide terá que tomar remédio pelo resto de sua vida.

No caso de Joana, houve a Perda da Chance? Sim, houve a Perda da Chance de cura. Entendemos que a chance, como bem jurídico autônomo, foi subtraída da paciente Joana, sendo direto o nexos causal entre a conduta do médico Pedro e Perda da Chance visualizada. Na hipótese, não há que se avaliar se o bem final (a vida) foi tolhido de Joana, pois o que importa para fins de aplicação da Teoria da Perda da Chance na seara médica é que a chance de cura foi subtraída da vítima.

Em situações como a de Joana, portanto, o grande desafio é quantificar o dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

Fundamentado no art. 944 do Código Civil, o julgador deve arbitrar a indenização pela extensão do dano, reduzindo-a equitativamente se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Nesse sentido, Joseph King Jr ensinou 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 (PETEFFI, 2012, p. 97).

Então, *in casu*, se Joana tinha 90% de chances de cura, a indenização deve ser baseada nessa porcentagem.

Independente da corrente a que se filie, na França houveram diversos casos na Perda da Chance aplicada na seara médica, citados por Rafael Peteffi, dos quais transcreve-se dois. O primeiro, caso julgado pela Corte de Cassação que admitiu os casos de Perda de uma Chance na seara médica:

O caso julgado em 8 de julho de 1997 em que um paciente sentiu fortes dores na perna, mas somente procurou uma clínica 24 horas depois. Após chegar na clínica, os médicos responsáveis ordenaram que fosse procedido um tratamento que acabou não dando resultado, terminando em uma cirurgia três dias depois. Os peritos concluíram que a cirurgia deveria ter sido feita no período entre 10 e 15 horas após os primeiros sintomas, caracterizando a conduta culposa dos médicos. No entanto, como o paciente procurou a clínica somente 24 horas após os sintomas, mesmo praticado imediatamente, a cirurgia poderia resultar em sequelas para o paciente. Assim, os médicos foram condenados pela Perda de uma chance de sofrer sequelas menores. Ao comentar o acórdão citado, Pierre Sargos afirma que essas decisões não estão em conflito com a Teoria causal clássica, tendo em vista que foi modificado o objeto do vínculo causal. Com efeito, não é necessário provar o vínculo entre a falha e o dano final, mas entre essa mesma falha e as chances de cura que foram perdidas de forma certa e direta. Com esse comentário, Sargos confirma que a Corte de Cassação passou ao largo das críticas doutrinárias endereçadas à aplicação da noção de Perda de uma Chance no terreno médico. (PETEFFI, 2012, p. 157)

No caso, os conselheiros da Corte aplicaram a Teoria da Perda de uma Chance como espécie uma categoria de dano específico.

Outro, citado por Peteffi, dá conta de uma decisão da Corte de Cessação, julgada em 28 de janeiro de 2010, que concedeu a reparação requerida por uma criança e seus pais pela Perda da Chance de evitar as graves sequelas neurológicas que a criança apresentou depois do parto, já que correto procedimento de obstetrícia poderia ter evitado o dano sofrido (PETEFFI, 2012, p. 157).

No Brasil, a Teoria da Perda da Chance aplicada à Responsabilidade civil do médico tem ganhado repercussão nos tribunais estaduais, especialmente do sul e sudeste.

4.9 TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICADA À RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL NÚMERO 1.254.141/PR DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em outubro de 1994 uma paciente apresentou sintomas que denotavam a presença de um tumor maligno em um de seus seios. Ao procurar ajuda médica, o médico que lhe assistiu, assegurando-lhe a possibilidade de 100% de cura, recomendou-lhe a suspensão do anticoncepcional e, em seguida, prescreveu 3 sessões de quimioterapia, 20 de radioterapia e, ao fim, uma cirurgia chamada de “quadrantectomia”.

Após a realização de todos os procedimentos, inclusive após a cirurgia para retirada do tumor em maio de 1997, o médico não solicitou novos exames, nem realizou outros procedimento, limitando-se à realização do exame CA 15.3, utilizado para triagem do câncer de mama, insuficiente para o diagnóstico de eventual recidiva da doença.

Tempos depois, desavisada sobre o alto risco de uma possível gravidez, a paciente engravidou. Mesmo sabendo da gravidez, o médico continuou solicitando apenas o exame CA 15.3, cujo resultado sempre foi negativo.

Dez meses após o nascimento da criança, a paciente descobre um nódulo no mesmo seio, no mesmo local do primeiro tumor, razão por que o médico assistente recomendou sessões de radioterapia. Após a realização das radioterapias, o médico considerou que a paciente estivesse curada, mesmo sem a requisição de exames complementares laboratoriais ou por imagem.

Já em maio de 1998, a paciente, ao sentir fortes dores na coluna, procura um médico ortopedista que, na oportunidade, lhe requisita um exame de cintilografia óssea, necessário à investigação mais aprofundada de seu estado de saúde, devendo o resultado do exame ser analisado por um médico oncologista.

Ao levar o exame da cintilografia o médico que lhe acompanhava, o profissional considera sem relevância o resultado apresentado pelo exame.

No entanto, as dores na coluna da paciente só aumentaram. Foi quando procurou uma clínica de dor e, lá chegando, diagnosticaram-na com metástases ósseas. A paciente então procurou o médico que lhe assistia, em outubro de 1998. Na data, o médico discordou do diagnóstico feito pela clínica de dor, afirmando que a dor na coluna e a perda peso da paciente eram sequelas das sessões de radioterapia que fizera, solicitando, mais uma vez, o exame CA 15.3.

A paciente sentia tantas dores que usava morfina para cessá-las. Quando a medicação deixou de fazer efeito, a paciente procurou oncologista que, após a realização de minuciosos exames, concluiu o caso tratava-se de um câncer ósseo de difícil controle, prescrevendo a realização de novas sessões de quimioterapia.

Ajuizada ação cautelar de produção antecipada de prova, ficou constatada, através de prova pericial, a prescrição e execução incorreta de procedimentos médicos por parte do oncologista que assistiu a paciente, posto que deveriam ser realizados exames prévios de mamografia, de ultrassonografia da mama antes da biópsia, seguindo-se de erros na escolha na quadrantectomia no lugar da mastectomia total, na prescrição de quimioterapia em momentos e em doses inadequadas, e na ausência de exames como mamografia, ultrassonografia total, RX do tórax e cintilografia óssea nos dois primeiros anos subsequentes à realização da cirurgia.

Não resistindo ao tratamento realizado pelo segundo médico, a paciente veio à óbito.

Inconformados com o caso, os filhos da paciente ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais na comarca de jurisdição competente.

O juiz singular entendeu, na oportunidade do julgamento, pela procedência da demanda, acatando a tese dos Autores de ocorrência de erro médico.

Inconformado, recorreu o médico Réu, aduzindo, em síntese, que: jamais prometeu a cura à vítima; na área médica não há uma única resposta para tratamento de uma doença; a vítima tinha sido atendido por outro médico antes de chegar a ele; a vítima abandonou o tratamento indicado por ele, retomando só em maio 1999; o exame CA 15.3 era suficiente para o diagnóstico e acompanhamento da doença; a inexistência denexo de causalidade entra a sua conduta e o dano sustentado, posto que a vítima morreu em decorrência da agressividade natural da doença; e, por fim, a inexistência de prova de culpa.

No segundo grau, o tribunal avaliou que os termos do mérito da causa colocado pelos Autores tratavam-se de Perda de uma Chance: para os Autores da ação, se o tratamento dedicado à vítima fosse o adequado, a vítima teria mais chances de sobreviver ou ao mesmo desfrutar uma sobrevida sem intensos sofrimentos. Sustentaram os Autores, segundo o relatório, que o comportamento do médico impediu a falecida de alcançar um resultado mais vantajoso. (Apelação Cível n. 415873-4, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Relator Desembargador Albino Jacomel Guerios, julgado em 04/06/2009).

O tribunal acatou a tese de incidência da Perda da Chance de cura ou sobrevivência, negando provimento à apelação interposta pelo médico Réu.

O caso chegou ao STJ, sendo distribuído como o REsp 1.254.141 – PR (2011/0078939-4), sob a relatoria da Ministra Nancy Andriahi.

Note-se que a situação exposta é um típico caso de Responsabilidade civil do médico sob o fundamento da Teoria da Perda da Chance. Vejamos.

De maneira geral, a Perda de uma Chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a Chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável, ao menos em tese.

Na Responsabilidade médica, na qual podemos encontrar vários exemplos de Perda de uma Chance, muitos são casos em que a morte do paciente, ou o agravamento de seu estado, podem ser atribuídos ao médico. Na França, a hipótese ficou conhecida como Perda da Chance de cura ou de sobrevivência.

Por derradeiro, tem-se que para a caracterização da Perda da Chance na seara médica, devem ser observados os seguintes parâmetros: 1) o dano, autônomo que é, consistente na Perda de uma vantagem esperada (a cura ou a sobrevida digna); 2) a ação ou omissão do

médico tenha nexos causal com a Perda da oportunidade, sendo desnecessário que o liame se estabeleça diretamente com o objeto final; 3) seja séria a chance perdida, fruto de um juízo de probabilidade, não de mero risco ou esperança; 4) a culpa do agente, nos casos de Responsabilidade subjetiva do médico.

Avaliemos o caso.

Na hipótese, os peritos designados aos caso, concluíram que os exames e procedimentos realizados pelo médico mostraram-se inadequados quanto às técnicas terapêuticas vigentes à época para tratamento da vítima, posto que exames como ultrassonografia e mamografia sequer foram solicitados após a realização do procedimento cirúrgico.

Ademais, dado o grau e tamanho do tumor, identificados através da análise de diagnósticos técnicos, os peritos chegaram à conclusão de que a cirurgia adequada seria a mastectomia, enquanto que a realizada pelo médico na paciente foi a quadrantectomia.

Sendo assim, o médico não só realizou o tratamento inadequado, como errou na escolha do procedimento cirúrgico que fosse mais benéfico à paciente, prejudicando o restabelecimento de sua saúde.

Os peritos designados também emitiram parecer no sentido de que a recomendação de suspensão do anticoncepcional foi uma atitude correta, mas errou o médico em não orientar à paciente sobre os riscos de uma gravidez no estado de saúde em que se encontrava a vítima, já que uma gestação poderia estimular o crescimento de um câncer de mama.

Veja-se, pois, que o médico se omitiu no dever de informar, olvidando-se em prestar todos os esclarecimentos à paciente sobre os riscos e resultados do tratamento da doença, o que, devido à falta de informação, agravou o estado de saúde da vítima.

Ainda, esclareceram os peritos que houve inadequação no tratamento quando da recidiva da doença, posto que não foram prescritas sessões de quimioterapia em tempo hábil, desprezando o médico, com essa atitude, o tratamento sistêmico fundamental que deveria ter sido realizado.

Portanto, a culpa do médico, no caso em apreço, residiu em erro médico consistente na escolha de técnica médica não só não recomendada como inadequada para o tratamento da doença da paciente, tudo apurado por prova técnica realizada em Juízo. A culpa está, então, configurada.

Mais que isso, os peritos informaram que se o tratamento adotado fosse a mastectomia total, seguida de quimioterapia e radioterapia em doses certas e determinadas, teria menor probabilidade de terem acontecidos as metástases. Vão além: se o tratamento recebido fosse o

adequado e recomendado, e se mesmo assim as metástases surgissem, a probabilidade de cura da paciente seria muito baixa, mas com maior qualidade de vida.

Ao fim, arremataram dizendo que conduta diversa da adotada pelo médico poderia ter trazido a cura à vítima, posto que 20 a 30% dos pacientes com doenças neoplásicas de mama recidivas morrem da doença.

Além da culpa, está configurada a Perda de uma Chance de cura ou sobrevida.

Mas não só basta a configuração da culpa do médico e a identificação da chance perdida. Imprescindível que se vislumbre se a chance perdida era séria e real.

Sobre a seriedade concreta da chance perdida pela vítima, os peritos afirmaram que se o procedimento cirúrgico adotado fosse a mastectomia radical, se se houvesse todo um procedimento posterior à feitura da cirurgia, as chances de reaparecimento da doença, embora não totalmente excluídas, seriam menores. Se constatada a recidiva, houvesse uma mastectomia seguida de sessões de quimioterapia e radioterapia, as chances de metástase óssea seriam menores.

Isto é, a vítima tinha chances sérias de cura, ou ao menos uma sobrevida mais digna, se o médico tivesse tomado algumas medidas relacionadas à boa técnica médica. As chances da paciente/vítima não eram escassas, nem mínimas, eram boas e, assim sendo, eram sérias.

Agindo com culpa na realização de procedimentos médicos inadequado, controversos quanto à boa técnica, o médico acabou não por impedir a morte da paciente, mas por tolher a chance, séria, probabilística e real, de cura. O médico não causou a morte da paciente, mas impediu que ela pudesse viver, tolhendo-lhe a chance de se curar.

Analisando o caso, no relatório do REsp, aduziu a Ministra Nancy Andrighi:

Da leitura do acórdão recorrido, pode-se extrair que: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até de cura da paciente era real e concreta; (ii) que há uma relação direta entre o tratamento inadequado e a Perda da oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompe o referido nexos de causalidade, entre o tratamento inadequado e a chance perdida. (iv) o dano final está provado, com a morte da vítima. (STJ - REsp: 1.254.141 PR 2004/0081715-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, TERCEIRA TURMA)

Configurou-se, pois, a Perda da Chance na seara médica, mormente pela privação da vítima de obter a cura ou uma sobrevida digna, com melhor qualidade de vida, gerando, com isso, a obrigação de indenizar o dano.

A respeito da chance como dano autônomo, faça-se ligeira digressão para dizer que ao decorrer do trabalho perfilhamos ao entendimento da ministra Andrighi, sobre ser a chance perdida espécie de dano autônomo. Observe-se o que ela fala sobre os ensinamentos firmados

por Joseph King Jr, ao defender a autonomia do dano decorrente da Perda da chance na área médica, no acórdão do REsp debatido:

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a *chance*, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a Perda desse bem e a conduta do agente torna-se *direto*. (STJ - REsp: 1.254.141 PR 2004/0081715-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, TERCEIRA TURMA)

Ainda, rebate a impossibilidade de mitigação do nexo causal:

Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper como princípio “*conditio sine qua non*”, que é pressuposto inafastável da Responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica. (STJ - REsp: 1.254.141 PR 2004/0081715-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/12/2012, TERCEIRA TURMA)

Com isso, além de admitir a Perda de uma Chance na seara médica como uma espécie de dano autônomo, filiou-se, para a análise do caso, à Teoria da causalidade adequada.

Resta somente a questão da quantificação do dano suportado pela Perda da Chance de cura/sobrevida.

Na quantificação do dano Andrighi reformou o acórdão proferido pelo tribunal de origem, que na oportunidade confirmou o arbitramento de danos morais em favor dos autores no importe de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Citando o renomado Miguel Kfoury Neto, a relatora sustenta que “em se tratando de Perda de uma Chance, a indenização jamais poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão somente à chance perdida” (ANDRIGHI *apud* KFOURI, 2010).

A relatora entendeu que, na ocasião, o tribunal não reconheceu ao médico Responsabilidade integral pela morte do paciente, não podendo, desta feita, fixar reparação integral.

Ponderando a conclusão da prova pericial, Andrighi avaliou que a vítima teria 80% de chance de cura ou de sobrevida digna, devendo a reparação do dano ser proporcional a essa porcentagem. Assim, reduziu o conteúdo econômico do dano a 80% do valor fixado no acórdão recorrido, a título de indenização final.

Concluindo, deu-se parcial provimento ao recurso para reduzir em 20% a indenização fixada em sentença e mantida pelo tribunal de origem.

Por tudo o que relatou a ministra Andrighi, concluímos que, trazendo conceitos do direito estrangeiro, o Brasil fez justiça e, avançando em matéria de Responsabilidade civil,

consagrou a Responsabilidade civil do médico sob o fundamento da Teoria da Perda da Chance.

O STJ solidificou em acórdão histórico a aceitação da Teoria da Perda de uma Chance na Responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando indenização justa às vítimas de eventos danosos que antes não tinham a reparação pelos males sofridos.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, verificou-se que, diferente do que ocorria antes da aceitação da Teoria da Perda de uma Chance, passou-se a imputar aos agentes de condutas danosas a responsabilidade por prejuízos probabilísticos causados às vítimas.

Aplicada como espécie de dano autônomo, a perda da chance constitui grande avanço no instituto da responsabilidade civil, ao buscar que a indenização para vítimas que tem cessada ou interrompida pelos agentes causadores a oportunidade de obter uma situação mais benéfica.

A Teoria da Perda da Chance, nascida na França, hoje ganha grandes proporções e passa a ser aplicada em tribunais de todo o mundo, assim como no Brasil.

No Brasil, especificamente, viu-se a necessidade de aplicar a Teoria da Perda da Chance na seara médica, tendo em vista os crescentes números de casos de erro médico que, em que pese a atuação danosa do médico, dada a natureza do caso e o estado de saúde gravoso do paciente não era possível imputar ao profissional a responsabilidade pelo erro cometido, seja porque era difícil fazer prova da culpa, seja porque era difícil traçar o nexo de causalidade.

Entretanto, os inúmeros casos de erro médico postos à apreciação do Judiciário não poderiam ficar incólumes, razão por que, fundados nos preceitos traçados pelo americano Joseph King Jr., os tribunais brasileiros corretamente passaram a aplicar a Teoria da Perda da Chance na Responsabilidade Civil do Médico, como espécie de dano autônomo independente do resultado final.

Foi quando o STJ, em acórdão datado de 2012, consagrou a Responsabilidade Civil do Médico sob o fundamento da Teoria da Perda de uma Chance, acrescentando ao Brasil importante julgado no que tange à justa e necessária reparação das vítimas constrangidas por erros médicos decorrentes da frustração da chance de obter cura ou sobrevida mais benéfica.

Com isso, a Corte Superior confirmou o ideal solidarista de intuito primordial, qual seja a reparação do prejuízo suportado pelas vítimas de evento danoso, admitindo o pagamento de indenizações por médicos a pacientes, mesmo que não fosse possível com toda certeza afirmar o resultado final dos fatos.

Concluimos, então, que a Responsabilidade Civil do Médico sob o fundamento da Teoria da Perda de uma Chance, confere aos pacientes/vítimas a possibilidade de obterem indenizações justas, porque por meio de conduta médica foram tolhidas da oportunidade de cura, de sobrevida digna e, em casos mais graves, da vida.

Entendemos que esse trabalho foi singelamente enriquecedor para demonstrar que o Direito não só se ocupa de técnicas ou patrimônios. A Responsabilidade Civil do Médico sob o fundamento da Teoria da Perda de uma Chance veio para tutelar situações em condutas médicas inadequadas retirem do paciente a chance de desfrutar do mais precioso bem jurídico protegido: a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Dalvaney. **A Responsabilidade Advinda da Perda de Uma Chance**. Disponível em www.aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/550/R%20DJ15%20com%20civil-%20dalvaney.pdf?sequence=1

BRASIL, Constituição da Republica Federativa do. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: dez 2014.

BOMTEMPO, Tiago. **O dever de informar na relação médico-paciente inserido no código de defesa do consumidor**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13169&revista_caderno=10

CREMESC. Ética médica: o erro médico. 2000. Disponível em: <http://www.cremesc.org.br/erro.htm>.

FERREIRA, Carla. **A Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance do Direito Brasileiro**. Disponível em <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/501/3/20727430.pdf>

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**, 1ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**, volume 3. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**, volume 3. 4ª Edição São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **Novo curso de direito civil**, volume 3. 12ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

Gomes JCM, França GV. Erro médico. In: Conselho Federal de Medicina. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998.

GOMES, Júlio César Meirelles; **Erro Médico: reflexões**, disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: Teoria da Perda de Uma Chance**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

HENRICI, Flávia. **A Perda da Chance e a Responsabilidade Civil Médica**, Rio de Janeiro: Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUCAS, Laís. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: Análise de sua Aplicabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro a Partir de um Estudo Comparado**. Disponível em http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Direito/72034-LAIS_MACHADO_LUCAS.pdf

MACRI, Simoni; BERTOLLO, Eny; BERTELLI, Erika; ABBUD, Mario. **Avaliação e características do erro médico na região de São José do Rio Preto**. Disponível em http://repositorio-racs.famerp.br/racs_ol/Vol-11-1/ac03.pdf

MORAES, Nereu. **Erro médico: aspectos jurídicos**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbccv/v11n2/v11n2a02.pdf>

NAARA, Wanderley. **A Perda da Chance como uma Nova Espécie de Dano Indenizável**. Disponível em <http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao09/convidados/A-PERDA-DE-UMA-CHANCE.pdf>

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Flávio. **Análise da natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2014, disponível em <https://jus.com.br/artigos/28378/analise-da-natureza-juridica-da-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance/3>

PETECCI, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, M. T. C. **Erro médico sob a ótica do direito civil constitucional: estudo de casos**. 2014. Rio de Janeiro, 2014, disponível em: <http://tauil.jusbrasil.com.br/artigos/114413885/erro-medico-sob-a-otica-do-direito-civil-constitucional-estudo-de-casos>

ROCHA, Nuno. **A Perda de Chance como Nova Espécie de Dano**. Disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/63889/2/APERDADECHANCECOMONOVAESPECIEDEDANO.pdf>

ROSÁRIO, Grácia Cristina. **A perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica**. Revista da ERMJ, v. 11, nº 43, 2008.

SANTOS, Neliane. **A Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance**. Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Neliane%20Alves%20dos%20Santos.pdf>

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª edição. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5ª edição. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Maria Cláudia. **Atividade médica, responsabilidade subjetiva e perda de uma chance**. Revista científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, 2010.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 de abril de 2016.

_____. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: dez. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459 - BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 669.258 - RJ. Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 25/03/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 1.254.141 - PR. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/12/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598.069.996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/6/1990.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70.005.635.750, 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 17/11/2003.

<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1061643/o-que-se-entende-por-principio-do-consentimento-informado>, acessado em 16 de abril de 2016.

http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1821811/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-415873-4#integra_1821811, acessado em 16 de abril de 2016.

www.stj.jus.br, acessado em 16 de abril de 2016.