



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CURSO DE DIREITO**

RODRIGO FERNANDES LIMA BRITTO

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA
RESPONSABILIZAÇÃO PELO ERRO MÉDICO**

JUIZ DE FORA

2010



RODRIGO FERNANDES LIMA BRITTO

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA
RESPONSABILIZAÇÃO PELO ERRO MÉDICO

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: CLARISSE STEPHAN FARHAT
JORGE

JUIZ DE FORA
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

BRITTO, Rodrigo Fernandes Lima. Aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização pelo erro médico. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), apresentado como requisito à conclusão do Curso de Graduação em Direito, habilitação Bacharelado, da Universidade Federal de Juiz de Fora, realizada no 2º semestre de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Clarisse Stephan Farhat Jorge

Professora Kelly Cristine Baião Sampaio
Membro convidado 1

Professor Pedro do Carmo Baumgratz de Paula
Membro convidado 2

Examinado em: 03/12/2010.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, Professora. Clarisse Stephan Farhat Jorge pela valiosa orientação, a qual possibilitou a realização deste trabalho.

À toda a minha família, pelo suporte e apoio durante todo o curso, principalmente neste período final, sem os quais jamais teria sido possível iniciar esta caminhada, e muito menos chegar ao seu final.

Aos verdadeiros amigos, que ajudaram na elaboração deste trabalho, compartilhando idéias e angústias, dúvidas e opiniões, certezas e incertezas, e que também colaboraram proporcionando momentos de descontração e lazer, em meio ao árduo trabalho realizado.

“O erro dos médicos e dos gatos, a terra
esconde”.

Molière

RESUMO

Neste trabalho buscamos analisar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilização pelo erro médico cometido. A teoria em questão fornece uma nova ótica sobre a concessão de indenização, principalmente no que diz respeito aos danos oriundos dos serviços prestados pelos profissionais liberais. A dificuldade de produção da prova do nexo causal entre a conduta e o dano final nestes casos, acaba por levar ou a uma subresponsabilização dos profissionais, ou até mesmo uma ultraresponsabilização, quando condenados integralmente por um resultado, o qual não causaram sozinhos. Nesse sentido, a aplicação da perda de uma chance, é um avanço essencial, ao transferir a análise da possibilidade de indenização para a oportunidade perdida de alcançar o resultado esperado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Erro médico. Dificuldade de prova do nexo de causalidade. Causalidade parcial. Indenização pela chance perdida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – Teoria Geral da Responsabilidade Civil	
1.1 – <i>Evolução Histórica</i>	10
1.2 – <i>Espécies de responsabilidade</i>	12
1.2.1 – <i>Quanto ao fato gerador</i>	13
1.2.2 – <i>Quanto ao fundamento</i>	14
1.2.3 – <i>Quanto ao agente</i>	17
1.3 – <i>Responsabilidade oriunda de obrigação de meio e resultado</i>	17
1.4 – <i>Responsabilidade civil do médico</i>	19
1.4.1 – <i>Deveres do médico</i>	22
1.4.2 – <i>Dificuldade de produção da prova</i>	24
CAPÍTULO II – Teoria da Perda de uma chance	
2.1 – <i>Desenvolvimento da teoria</i>	27
2.2 – <i>Modalidades de responsabilidade civil por perda de uma chance</i>	31
2.2.1 – <i>Condições gerais de aplicação</i>	32
2.2.2 – <i>Dano autônomo</i>	37
2.2.3 – <i>Causalidade parcial</i>	40
2.3 – <i>Aplicação da perda de uma chance ao erro médico</i>	44
CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	54

INTRODUÇÃO

Inúmeros são os motivos que determinam um aumento no interesse pela responsabilidade atribuída aos médicos em decorrência do exercício de sua atividade profissional.

Durante muitos séculos, a função do médico esteve revestida de uma espécie de caráter religioso, com um cunho de magia por trás de sua atuação, suas escolhas, seus erros e acertos eram atribuídos a vontade de Deus, sendo desarrazoado pensar em sua responsabilização nesse período, uma vez que isto significaria julgar e culpar o próprio Deus.¹

No final do século passado e no início deste, o médico transpôs essa barreira da divindade, acompanhando a evolução da sociedade como um todo, passou a ser visto quase como um membro da família, cuidava do pai, filho e neto, convivia no seio familiar com respeito e admiração, era figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O erro e a morte raramente eram imputados ao médico, mas sim eram fruto da incapacidade do meio hospitalar ou da ausência de medicamento adequado para a cura do paciente.²

Hoje o panorama mudou, houve um distanciamento na relação entre o médico e o paciente, possuindo como motivação diversas circunstâncias: o desenvolvimento da ciência em todos os aspectos possíveis; propiciando o surgimento de novos tratamentos, a evolução tecnológica que permite o emprego de novos meios e equipamentos usados nestes tratamentos, o crescimento populacional e o aperfeiçoamento dos sistemas públicos de saúde que representam um aumento na demanda de atendimentos, o surgimento e a aplicação do conceito de prestação de serviço por parte do profissional.

O crescimento da procura pelos serviços e o aumento dos recursos postos a disposição do profissional foram acompanhados proporcionalmente por um maior número de oportunidades de ação e, conseqüentemente, dos riscos.

Neste novo cenário não é possível manter a mesma visão cultivada no passado a respeito da responsabilidade dos profissionais de medicina, sendo preciso adotar uma nova mentalidade.

¹ VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade civil médica in Revista Júris Síntese nº 19, SET/OUT de 1999.

² Idem.

O presente trabalho foi motivado pelo crescente número de ações que vem sendo impetradas contra os profissionais de medicina, seja no âmbito judicial ou mesmo na seara administrativa, com os processos instaurados perante o Conselho Federal de Medicina (CFM). Segundo matéria publicada no canal eletrônico do IG, em 28/07/2010³ o CFM, considerado o “tribunal superior” do julgamento da medicina, recebeu até junho de 2010, 455 processos contra médicos, acusados de erros, negligência, assédio e propaganda enganosa. O texto informa, ainda, a título de ilustração que apenas no Estado de São Paulo são registradas 4.500 denúncias de erros médicos todo ano, sendo que em 2000 não passavam de 2.300. Nas varas judiciais comuns os casos também tem aumentado, tendo como exemplo o salto de 120 casos em 2002 para 360 em 2008 no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, o que representa um aumento de 155%.⁴

A escolha da área médica em específico, leva em conta a grande importância que tal serviço representa na vida das pessoas. O direito a saúde é constitucionalmente garantido, sendo essencial à existência digna do ser humano e por isso uma prestação obrigatória e essencial do Estado. Encontra guarida em diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo, os artigos 6º e 196.⁵

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Deste modo, levando-se em conta o incomensurável impacto que a atuação destes profissionais exerce tanto sobre um único indivíduo como a própria sociedade como um todo, é preciso estudar a fundo as medidas reparadoras aos danos que os erros cometidos na prestação destes serviços, essenciais e irrenunciáveis, podem causar.

³ ARANGA, Fernanda. Conselho recebe 75 processos contra médicos por mês. Disponível em <www.ultimosegundo.ig.com.br/brasil/conselho+recebe+75+processos+contra+medicos+por+mes/n1237730708510.html> Acesso em 20/08/2010.

⁴ Superior Tribunal de Justiça, Aumentaram em 155% os processos por erro médico no STJ. Disponível em <www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=89939&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro%20médico> Acesso em 05/09/2010.

⁵ BRASIL, Constituição Federal, 1988.

Da mesma forma é preciso levar em consideração que uma responsabilização desmedida destes profissionais levaria a um número de condenações desproporcionais, tendo em vista que os serviços que realizam estão sujeitos a um número infindável de variáveis, que podem alterar e modificar o resultado alcançado, sendo impossível exigir que a regra utilizada para a responsabilização destes profissionais esteja vinculada à obtenção dos resultados, muitas vezes inalcançáveis, pretendidos pela outra parte contratante.

Posto que, seja importante a definição sobre se esta responsabilização deve ser objetiva ou subjetiva, tratada com base em uma obrigação contratual ou extracontratual, uma obrigação de meio ou de resultado, é preciso avançar no estudo do tema, delineando, de forma menos subjetiva, novos limites a serem aplicados em tal responsabilização, através de uma nova visão sobre os danos que efetivamente devem ser indenizados, sobre os quais irão recair o ônus probatório, bem como os critérios de fixação desta indenização. De forma a modificar o atual cenário onde essa prova e essa indenização são praticamente impossíveis.

Estudaremos primeiramente os conceitos introdutórios da responsabilidade civil. Em seguida abordaremos a responsabilidade civil dos médicos, analisando aspectos gerais sobre a conduta, os deveres, as obrigações e responsabilidades assumidas pelos médicos e, por fim, os aspectos relativos à possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, em seus aspectos gerais e nos relativos a sua aplicação a responsabilidade médica.

O estudo tem como objetivo principal determinar a possibilidade de ampliar o sistema de responsabilização vigente, de modo a evitar que se torne impossível a prova da ineficiência do serviço e que sejam deixados de lado, sem solução, os danos provenientes dos erros eventualmente cometidos, evitando que se perpetuem relações jurídicas sem tutela no ordenamento.

I - TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Evolução histórica

A responsabilidade civil surgiu de uma necessidade inerente a própria sociedade, qual seja, a responsabilização daquele que, no bojo de uma relação jurídica, dá ensejo a ocorrência de um prejuízo em detrimento da outra parte da relação.⁶ Da configuração deste prejuízo nasce a idéia de que a parte causadora do dano seja responsabilizada pela lesão causada, através da aplicação de algum tipo de sanção. Ao mesmo tempo em que a parte prejudicada receba uma espécie de compensação, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio violado.

Historicamente podemos determinar que desde o surgimento das civilizações, com a intensificação dos conflitos de interesses, motivados pelo próprio desenvolvimento da convivência em sociedade, foram surgindo métodos de resolução para estes conflitos: como o Código de Hamurabi, que utilizava-se da aplicação da Lei de Talião - instituído pelo Imperador Babilônico - ou a Lei das XII Tábuas surgida em Roma, e levada a cabo pelos seus plebeus.⁷

Embora estabelecessem formas de responsabilização, o disposto nestas Leis era por demais rudimentar para que se possa falar em origem da responsabilidade civil; enquanto a primeira a idéia era de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita na mesma proporção do dano causado, limitando-se à retribuição do mal pelo mal, a segunda concentrava-se em uma idéia de composição, porém, não com o sentido amplo de reparação, mas sim, com intenção de aplicar uma pena ao ofensor.⁸

Surgida em Roma, a Lei Aquília impunha ao patrimônio do ofensor o ônus da reparação em razão do dano causado, introduzindo, porém, uma noção de culpa como fundamento da responsabilidade, permitindo ao agente que se isentasse de qualquer sanção quando não estivesse presente o elemento culpa.⁹ Nesse sentido, deve-se dizer que essa lei teve o objetivo de assegurar a punição à pessoa que viesse a causar dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes.

⁶ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.1.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense 2002, p.4-5.

⁸ DIAS, José de Aguiar, op.cit., p.17.

⁹ DIAS, José de Aguiar, op.cit., p.19.

É através da Lei Aquília que o instituto teve uma evolução extraordinária, a ponto de alguns de seus delineamentos chegarem até os dias atuais, na forma como foram originalmente concebidos.

Vale lembrar que, essa idéia é válida até os dias de hoje no direito brasileiro¹⁰, pois não basta que o agente tenha causado o dano, mas deve fazê-lo com culpa ou abuso de direito.

Temos o Código de Napoleão - Código Civil francês de 1.804 - como a primeira codificação a recepcionar as idéias desenvolvidas pelo espírito romano acrescentando, entretanto, contribuições que enriqueceriam e consolidariam a idéia de responsabilidade civil conhecida por nós atualmente.¹¹

Não só este foi o marco que ratificou como fórmula geral, a responsabilização daquele que, agindo de forma contrária ao direito, causasse um dano, obrigando-o a repará-lo, como representou ainda a tentativa de apreciação por parte do legislador de prejuízo não material, superando a Lei Aquília,¹² limitada apenas ao dano que se exteriorizasse em prejuízo material.

Com a revolução industrial multiplicaram-se os danos e conseqüentemente surgiram novas leis e teorias com o escopo de dar maior proteção às vítimas de eventos danosos.¹³ Desta forma, constatou-se por exemplo a necessidade de se ampliar a proteção às vítimas de acidente de trabalho, acarretando o surgimento da Teoria do Risco¹⁴. A responsabilidade passou a ser encarada sob enfoque objetivo, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa ou dolo.

Com a evolução relativa ao fundamento da responsabilidade civil, vem se ampliando a Teoria do Risco, onde a Teoria da Culpa se revela insuficiente para atender as novas situações advindas do desenvolvimento das relações e dos progressos tecnológicos, porém sem substituir a tradicional Teoria da Culpa, coexistindo as duas teorias, que passaram a influenciar a maioria das legislações.¹⁵

¹⁰ Ver o Artigo 186 do Código Civil. BRASIL, Código Civil, 2002.

¹¹ DIAS, José de Aguiar, *op.cit.*, p.20.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, *op.cit.*, p.4-5

¹³ VINEY, Geneviève, 1995, p.21. apud SILVA, Rafael Peteffi da, *op.cit.*, p.4.

¹⁴ Nesse sentido: “o risco é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a “teoria do risco criado”. STOCCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, p.66, apud, Caio Mário da Silva Pereira, *op.cit.*, p.268.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin, Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. Revista dos Tribunais, 2006, p.19-22.

No Brasil, seguindo a influencia exercida sobre vários povos pelo direito francês, inclusive no que diz respeito a legislação, adotou-se como fonte inspiradora, principalmente no que diz respeito ao Código de 1916, o Código Napoleônico, o que levou a consagração da teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil.

Podemos destacar no Código Civil de 1916 seu famoso artigo 159, que dispunha: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O Código Civil em vigor, em seus artigos 186 e 927, caput, conservou a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundada na teoria da culpa.

O artigo 186 pode ser considerado no ordenamento moderno, como verdadeira cláusula geral de ilicitude ao prever que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁶

Entretanto, o parágrafo único do artigo 927 do novo Código estabelece uma verdadeira cláusula geral ou aberta da responsabilidade objetiva. Inova ao acolher expressamente a teoria do risco criado, ou seja, a obrigação de indenizar ainda que a conduta não seja culposa.

Decorrente destas inovações ocorridas, verifica-se a mudança de paradigma sofrida pela responsabilidade civil: o direito a reparação não é visto mais como uma “punição” àquele que comete o dano, mas sim como uma forma de proteção à vítima, garantindo que esta tenha ressarcido o prejuízo eventualmente sofrido.

É com base nesse cenário que analisaremos a possibilidade de indenização em razão dos erros cometidos pelo profissional da medicina.

1.2 Espécies de Responsabilidade

Podemos definir a responsabilidade civil como a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado, ou nas palavras de Maria Helena Diniz:

¹⁶ BRASIL. Código Civil de 2002 (Lei 10.406). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28/09/2010.

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹⁷

A responsabilidade civil pode ser dividida em: contratual e extracontratual (quanto ao fato gerador), objetiva e subjetiva (quanto ao fundamento) e direta ou indireta (quanto ao agente causador).

1.2.1 Quanto ao fato gerador.

A responsabilidade extracontratual é aquela que fundada na Lei, resulta do inadimplemento normativo, não existindo vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional.

Por sua vez, a contratual se origina, justamente, da inexecução de um contrato. Pode ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação.

Segundo Silvio Rodrigues¹⁸ a responsabilidade contratual ocupa um campo mais limitado em relação à responsabilidade extracontratual, porque ela fica concentrada nos termos da convenção. A responsabilidade extracontratual permite uma maior amplitude investigativa embasada nos termos do art. 186 do Código Civil.

Na responsabilidade contratual o ônus da prova competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar¹⁹, na extracontratual, por sua vez, caberá à vítima provar a culpa do agente.

Veremos em tópico específico sobre a responsabilidade do médico, que no que diz respeito ao erro médico, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual não encontra grande relevância, tendo em vista que será, em regra, subjetiva.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, volume 7. 19. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p.29.

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

¹⁹ Ver o artigo 1056 do Código Civil. Brasil, Código Civil, 2002.

1.2.2 Quanto ao fundamento

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que tem a culpa como seu fundamento. Logo, aquele que age com dolo ou culpa e causa dano a alguém, é responsabilizado a indenizar. Para sua caracterização devem coexistir os seguintes elementos: Ato ilícito praticado através de uma conduta (ação ou omissão), o dano (material ou moral), o nexo causal entre a conduta e o dano, e a culpa ou dolo.

O ato ilícito tem seu cerne na antijuridicidade, que é a própria ação ou omissão voluntária capaz de ofender a norma, e na imputabilidade, qual seja a capacidade do agente praticante da conduta ser responsável e capaz de suportar os efeitos por ela gerados.²⁰

Conforme disciplina, sobre o assunto, Sergio Cavalieri Filho em seu livro Programa de Responsabilidade Civil, ao dispor que:

A partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar. E nem sempre haverá coincidência entre violação de direito e ilicitude.²¹

O dano é a lesão sofrida pelo bem juridicamente protegido pelo ordenamento, sendo possível que da prática de um ato ilícito não decorra a produção de nenhum dano. Pode ser dividido em patrimonial e extrapatrimonial.

O primeiro é aquele que afeta o patrimônio da vítima, atingindo os bens materiais economicamente avaliáveis integrantes de seu patrimônio, podendo ser dividido em dano emergente (decréscimo patrimonial, oriundo dos prejuízos efetivamente sofridos) e lucro cessante (tudo aquilo que a vítima deixou de auferir razoavelmente, também chamado de lucro frustrado).

Quanto ao dano extrapatrimonial, também conhecido como dano moral, consiste em regra na lesão de bens imateriais, os denominados bens da personalidade. Em alguns casos, a violação destes bens, pode refletir diretamente no patrimônio da vítima, o que para alguns autores pode ser considerado uma espécie de dano patrimonial indireto.

²⁰ Para uma análise mais ampla sobre o tema ler: CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2003, p.42 a 48.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2000, p.29.

Pode-se destacar ainda, quanto à possibilidade de caracterização do dano, a teoria da perda de uma chance, que será objeto de capítulo a parte no presente trabalho.

O terceiro elemento caracterizador da responsabilidade subjetiva é a necessidade de se fazer presente um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, este nexo causal diz respeito a quem atribuir a responsabilidade e a que extensão deve-se dar esta atribuição.

Ausente essa relação de causalidade, não pode existir a obrigação de indenizar. Se, porventura, ocorreu o dano, mas, a sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, por conseguinte, inexistente a relação de causalidade, bem como, embora presente o nexo de causalidade estejam presentes uma de suas causas excludentes (caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e legítima defesa) inexistindo a obrigação de indenizar em ambos os casos.

O elemento nexo de causalidade, se afigura como de extrema importância na aferição da responsabilidade do médico, por eventual erro cometido, e a delimitação das penalidades que pode, ou não, sofrer, será analisado de forma mais minuciosa no decorrer deste trabalho.

Por fim, o quarto, e principal, elemento responsável pela identificação da responsabilidade subjetiva, é a presença da culpa ou dolo.

Neste ponto, cumpre destacar que ao falarmos sobre o ato ilícito inserimos dentro de seu conceito a idéia de imputabilidade, que diz respeito a capacidade do agente que pratica o ato, ser responsabilizado por sua conduta. A análise da imputabilidade do agente pode ainda ser inserida dentro do estudo da culpa, em seu aspecto subjetivo.²²

Na verdade não é possível analisar a culpa ou o dolo separados da existência, ou não, de uma conduta (ação ou omissão), por isso nas palavras de Sergio Cavalieri²³ parece mais correto falar em conduta culposa.

Desta forma, podemos conceituar a culpa como sendo a conduta voluntária que se verifica contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento capaz de gerar danos involuntários, que poderiam, no entanto, serem

²² CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.23 a 31.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2005, p.30.

previstos ou previsíveis a luz dos olhos do homem médio (critério objetivo, homem diligente e cauteloso), levando-se em conta suas condições pessoais (critério subjetivo).

A culpa é, portanto, caracterizada pela atuação voluntária afastada das normas de conduta e cautela necessárias para a atuação do ser humano comum. O agente age de forma perigosa sob a síndrome de uma das figuras que compõem a culpa, tal qual, imprudência (falta de cautela por conduta comissiva), negligência (falta de cautela por conduta omissiva) ou imperícia (falta de habilidade no exercício de atividade técnica).

O dolo, por sua vez, cuida-se de forma de atuação voluntária em que o agente deseja a produção o resultado ou assume o risco de que este venha a ocorrer. Segundo conceito de Sergio Cavaliere seria “a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito.”²⁴

A doutrina costuma indicar duas modalidades de dolo, afirmando que este pode ser direto e indireto ou eventual, o qual muitas vezes se confunde com o conceito de culpa consciente.

Direto é o dolo que anima a atuação do agente, com a manifestação de vontade livre e consciente de produzir o resultado. O agente quer o resultado e atua neste sentido. Já o dolo indireto ou eventual se dá quando o agente, muito embora não queira o resultado, assume o risco de produzi-lo; diverge da culpa consciente no sentido de que esta é representada pela crença possuída pelo agente de que embora prevendo o resultado, suas habilidades evitarão que este aconteça, não aceita em nenhum momento, em sua mente, o risco de produzi-lo.

Nesta obra, não abordaremos com profundidade o erro médico cometido com dolo, uma vez que este necessita de trabalho específico, pois a intenção de produzir o efeito negativo no tratamento, envolve a análise de requisitos próprios.

A necessidade da presença do dolo ou culpa é justamente a diferenciação entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva, enquanto naquela, estes configuram, como já visto, elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade, nesta não se fazem presentes.

²⁴ Ibidem, p.50.

A responsabilidade civil objetiva caracteriza-se portanto, com a presença dos outros três requisitos já abordados: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigido, portanto, a demonstração da culpa do agente.

Isto não quer dizer, entretanto, que na responsabilidade civil objetiva não exista culpa, o que ocorre na verdade, é que não se exige que a vítima prove a culpa do causador do dano. Nestes casos, poderá o causador do dano, se ver livre da necessidade de repará-lo, se comprovar que quem agiu com culpa foi à própria vítima, ou nos casos em que se fizerem presentes uma das excludentes de ilicitude (culpa de terceiro, caso fortuito, força maior e legítima defesa).

Embora possa-se considerar a atividade médica como de risco, não se configura a responsabilidade civil objetiva, pois isto geraria uma insegurança muito grande no atendimento realizado por este profissional, devendo esta exclusão ser tema de trabalho próprio, pelo que no presente, abordaremos a atividade médica sempre com base na responsabilidade subjetiva.

1.2.3 Quanto ao agente

Em relação ao agente será direta ou simples, se oriunda de ato da própria pessoa imputada, que, então, deverá responder por ato próprio, sendo regra geral, a pessoa diretamente ligada ao fato responder pelo ressarcimento dos prejuízos causados a terceiros. Somente em casos excepcionais, é que terceiro responderá por ato praticado por outrem, sendo chamado a responder pelo dano, nestes casos a responsabilidade será indireta ou complexa, por resultar de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade de fato, também o será se o dano for causado por animais ou por objetos inanimados sob a guarda do agente²⁵.

1.3 Responsabilidade oriunda de obrigação de meio e de resultado

A responsabilidade civil pode diferenciar-se ainda, quanto a natureza da obrigação que lhe dá origem. Nas relações ditas contratuais, pode-se visualizar dois tipos de obrigação, uma que diz respeito a um resultado específico que busca ser alcançado e outra que fornece apenas a promessa de utilização de todos os

²⁵ RODRIGUES, Silvio, op.cit., p.16.

recursos disponíveis para a obtenção de um resultado que, embora específico, afigura-se como imprevisível por diversos fatores. Para determinar a extensão da responsabilidade contratual, é preciso distinguir aquela oriunda de uma obrigação de meio, da oriunda de uma obrigação de resultado.

Na obrigação de meio, o devedor (profissional) se obriga a empreender sua atividade, garantindo apenas a utilização de todas as diligências normais, pautadas numa atuação prudente, prestando o serviço segundo as melhores técnicas, sem contudo, garantir ou se obrigar a obter o resultado esperado, seja a cura – no exercício da atividade médica – ou o provimento jurisdicional favorável – no exercício da atividade advocatícia.

Ao contrário do ocorrido na obrigação de resultado, onde o prestador do serviço se obriga a atingir um objetivo específico, se compromete ao realizar sua atividade, a produzir o resultado almejado pelo credor.

É o que ocorre na obrigação oriunda de um contrato de transporte, em que o prestador de serviço se obriga a levar determinada carga, com segurança, até o seu destino. Inadimplida a obrigação, ressalvadas hipóteses de quebra do nexo causal por eventos fortuitos (uma enchente), não terá alcançado o objetivo a que se comprometeu, devendo indenizar o outro pólo da relação contratual.

Tanto nos contratos oriundos de uma obrigação de meio, quanto daqueles provenientes de uma obrigação de resultado, estará presente uma responsabilidade civil subjetiva, sendo extremamente relevante a prova da culpa pelos danos causados. Diferença presente e marcante no que tange a aferição desta culpa, faz-se presente na distribuição do ônus da prova em decorrência da obrigação assumida.

Na obrigação de resultado ocorre uma inversão do ônus desta prova, estando presente a presunção da culpa do devedor, que só a afastará demonstrando que não agiu culposamente. Já na obrigação de meio, a responsabilização, ou melhor, a configuração da culpa, somente será possível se o credor comprovar que a atuação do profissional se deu de forma pouco diligente, prudente e leal, restando comprovado um erro grave, motivado pelo “desleixo” do obrigado, que não só deixou de utilizar os meios necessários a obtenção do resultado, como o fez claramente de forma negligente, imperita ou imprudente.

Desta forma, analisaremos a seguir a responsabilidade civil do médico, em seu panorama atual majoritário, ou seja, uma responsabilidade contratual subjetiva, proveniente de uma obrigação de meio.

1.4 – Responsabilidade civil do médico

Como já se fez presente, o trabalho em questão tem por objetivo enfrentar a problemática relativa à responsabilidade civil no âmbito do exercício regular da medicina, analisando as aplicações tradicionais da doutrina e jurisprudência nos casos destinados ao erro médico e avaliando a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos em questão.

No código civil de 1916, a atividade médica foi tratada pelo legislador de forma expressa, prevendo em seu artigo 1.545 a responsabilidade proveniente pelos danos oriundos de atos ilícitos: “Os médicos, os cirurgiões farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

O referido dispositivo despertou dúvidas a respeito da natureza jurídica possuída pelos profissionais elencados no artigo, seria derivada de uma responsabilidade contratual ou teria natureza delitual?

O Código civil de 2002 optou por colocar no capítulo referente aos atos ilícitos as regulamentações atinentes a responsabilidade médica, entretanto uma vez preenchidos os requisitos profissionais necessários ao exercício da medicina, não há que se falar em atividade ilícita por parte do prestador do serviço, sendo nítido nestes casos o caráter contratual firmado entre o médico e o paciente.

A atividade exercida pelo médico ao tratar de um enfermo, embora, revista-se de um caráter especial, devido às peculiaridades inerentes a própria profissão configura sem sombra de dúvida uma relação jurídica de natureza contratual entre o médico – prestador do serviço – e o paciente – usuário. Desta forma, como regra geral, a responsabilidade civil dos médicos é vista como contratual, ressalvados

alguns casos de responsabilidade civil em sentido estrito, quando será extracontratual²⁶.

A necessidade pratica da distinção entre essas duas espécies, diz respeito ao fato de que sendo a responsabilidade contratual, é dentro dos limites fixados neste contrato que será apura a culpa e sua extensão relativamente ao seu inadimplemento ou ao descumprimento parcial. Considerando como responsabilidade extracontratual, não existindo, portanto contrato, a culpa será proveniente de um dever geral de conduta, com base no qual a responsabilidade deverá ser apurada.

A responsabilidade, portanto, será excepcionalmente extracontratual, quando não existir entre médico e paciente vínculo contratual²⁷, são circunstâncias que colocam ambos em contato, cabendo a este o dever de prestar assistência, ou na emergência de intervenção quando em favor de incapaz, bem como o médico da rede pública que age em razão de sua função.

Convém destacar que existe divergência acerca da natureza contratual ou extracontratual possuída pelos médicos que realizam atendimento através da rede pública de saúde, não cabendo neste trabalho aprofundar referida discussão, uma vez que isto envolve conceitos que dizem respeito a própria natureza da prestação estatal de serviços.

Assim, a menos que se faça presente uma destas hipóteses, ou se verifique infração capaz de produzir um ilícito penal através de violação das normas regulamentadoras da profissão de medicina, da produção negativa de resultado não deve-se resultar um vício de natureza delitual. O que teremos neste caso é a inexecução de uma obrigação, oriunda não do fato de o médico não obter a cura do doente, mas de não haver utilizado adequadamente todos os recursos necessários a satisfazer tal obrigação.

Desta forma a responsabilidade civil do médico, segue em linhas gerais, atualmente, os mesmos contornos dos profissionais liberais em geral, isso porque da

²⁶ LEITE, Gisele. Esclarecimentos sobre a responsabilidade civil dos médicos. Disponível em < www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6490/Esclarecimentos_sobre_a_Responsabilidade_Civil_dos_Medicos > Acesso em 20/10/2010.

²⁷ Sobre o tema Maria Helena Diniz esclarece em seu livro Curso de Direito Civil Brasileiro que “se em relação ao serviço médico, se cogitar da extensão do tratamento e de sua remuneração, do descumprimento desses deveres resultará uma responsabilidade contratual. Se um médico fez uma operação altamente perigosa e não consentida, sem observar as normas regulamentares de sua profissão, o caso será de responsabilidade extracontratual, visto que não houve inadimplemento contratual, mas violação a um dever legal sancionado pela lei”. DINIZ, Maria Helena, op.cit., p.33.

mesma forma que outros profissionais, o exercício de seu ofício pressupõe, em condições normais, a realização de um negócio jurídico, em que o profissional prestador de determinada atividade, se obriga a atividade pactuada.

Como já foi abordado no tópico anterior, a compreensão desta responsabilização, passa pela diferenciação entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado.

Neste aspecto, torna-se de pouca relevância a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. A superação desta dicotomia pode ser observada no texto do §4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que prevê uma clara exceção à regra da responsabilidade objetiva, determinando que no que diz respeito a responsabilização dos profissionais liberais será sempre apurado mediante culpa.

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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.²⁸

Sobre o assunto Sergio Cavalieri Filho se posiciona no sentido de que:

“O Código não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de suas responsabilidades continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo continuam a ser-lhes aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assumem *obrigação de meio*, e as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem *obrigação de resultado*”.²⁹

A obrigação assumida pelo médico, como visto anteriormente, é em regra uma obrigação de meio, visto que ele não está vinculado à obtenção de um determinado resultado.

Comprometem-se os médicos a tratar o paciente com o máximo zelo possível, não só utilizando-se dos recursos adequados, mas também dando conselhos ao seu cliente, e abstendo-se do abuso ou do desvio de poder, informando ao paciente dos

²⁸ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor 1990 (Lei 8.078). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15/09/2010.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2003, p.493.

riscos corridos, dos cuidados necessários antes e após sua intervenção, das precauções exigidas pelo seu estado. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar comprovado o dolo, ou qualquer das modalidades de culpa: imprudência, imperícia ou negligência.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves³⁰ o médico não possui portanto o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina, procurando sempre obter seu consentimento prévio e esclarecido.

1.4.1 Deveres do Médico

Segundo a doutrina de José da Aguiar Dias³¹, as obrigações impostas implicitamente pelo contrato médico podem ser divididas em: Dar conselho ao seu cliente, cuidar do enfermo com zelo e abster-se do abuso ou do desvio de poder, estando, inclusive, de acordo com o disposto no texto do novo Código de Ética Médica, que começou a vigorar em 13 de abril de 2010.³²

Segundo o dever de informação, o médico estaria obrigado a esclarecer ao paciente sobre a sua doença, as conseqüências e possibilidades relativas a mesma, as prescrições a seguir antes, durante e após o tratamento, aconselhando não apenas o paciente, mas ainda os seus familiares, podemos citar com exemplo o artigo 13 do capítulo III do Código de Ética Médica que dispõe que será responsabilizado o médico que “Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”.

O médico deve, portanto, manter o paciente ciente de sua condição, mesmo quando as informações prestadas indiquem que a doença a ser tratada possui elevada gravidade; é preciso, entretanto, que concilie esse dever com a necessidade de manter a esperança do paciente, para não levá-lo à angústia ou ao desespero.

A falta de informação, porém, não pode ser causa autônoma do dano, é preciso que a informação fosse relevante e possível, uma vez que em casos de emergência, pode ser que a intervenção se afigure necessária, por si só, não

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007., p.

³¹ DIAS, José de Aguiar, op.cit., p.290-292.

³² BRASIL. Código de Ética Médica – Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em < www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_1.asp > Acesso em 15/11/2010.

havendo que se falar na responsabilização do médico que atuou sem que o paciente ou seus familiares tivesse conhecimento da situação.

Outro dever do profissional de medicina é cuidar do enfermo com zelo, ou no disposto no próprio Código de Ética Médica no capítulo destinado aos princípios fundamentais do exercício da atividade: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”³³. É dever do profissional sempre buscar a atualização relativa às técnicas terapêuticas mais recentes, de modo que ao paciente seja proporcionado não apenas o tratamento mais adequado, mas precipuamente o mais eficaz, sem deixar de lado questões de segurança.

Derradeiramente tem-se a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica. Significa dizer a vedação a atitudes de excesso ou abuso de poder por parte do médico, que poderiam causar um gravame ao paciente.

Sob este mesmo argumento, não poderá o médico utilizar-se de seu paciente como pretexto para realizar experiências médicas sobre o corpo humano quando tal inovação não for imprescindível para enfrentar o mal que acarreta no risco a vida do paciente.

Condutas como exagero na gravidade do diagnóstico, número excessivo ou diminuto de visitas, intervenções abusivas e desnecessárias, devem ser a todo custo evitadas, como podemos observar em algumas das previsões constantes no Novo Código de Ética Médica³⁴:

“VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”

“XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”

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

³³ Idem.

³⁴ Idem.

A falta de informação e o abuso ou desvio de poder por parte do médico, apresentam discussões específicas quanto à sua responsabilização, sendo que para o presente trabalho, partiremos da premissa que o médico agiu corretamente dentro dos seus deveres básicos, tendo cometido um erro (negligência, imperícia ou imprudência) nos métodos empregados para o tratamento do paciente, no próprio diagnóstico em si.

1.4.2 Dificuldade de produção da prova

Como já foi visto, a atividade médica assume, do ponto de vista da responsabilidade, uma obrigação de meio, não estando, portanto, vinculada à obtenção de um resultado determinado.

O erro médico quando presente dá-se, quase sempre, por culpa do profissional³⁵, que sem intenção, coloca em risco a vida ou a integridade do paciente, devido a sua imperícia, negligência ou imprudência.

Olhando por esse prisma, não caberia falar em responsabilidade do médico, senão através de prova de que agiu com flagrante imprudência, imperícia ou negligência.

A conduta médica consiste na adequação à doença, da escolha da espécie de tratamento adequado.

Em linhas gerais, segundo os ensinamentos de Miguel Kfour³⁶, ocorre negligência através da omissão no atendimento ou da inobservância de um dever por parte do médico, já a imprudência decorre da falta de cautela ao realizar um procedimento, muitas vezes causando um risco desnecessário. Por fim, a imperícia, ocorre através da deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, sendo os casos de imperícia, sem dúvida os mais difíceis de se atribuir um grau de responsabilidade, pois muitas vezes estão ligados ao próprio diagnóstico realizado pelo médico, revestindo-se de um caráter de subjetividade muito grande.

O maior empecilho para provar o ato imprudente está no corporativismo da classe médica que age, erroneamente, se solidarizando com os companheiros de

³⁵ O dolo, é certo, também caracteriza a responsabilidade civil, mas a questão principal do presente trabalho diz respeito à atuação “normal” do profissional, onde não se pressupõe a intenção de cometer um ilícito prejudicando um paciente, por isso não nos ateremos aos casos de dolo do médico em sua conduta.

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77/80.

profissão que cometem erros passíveis de julgamento³⁷. Referida situação pode ser verificada, por exemplo, nos casos em que o médico, na condição de perito judicial, convocado pelo magistrado para esclarecimento sobre os fatos, é tentado a não revelar a falta cometida pelo colega. Além do mais, há os peritos mal preparados que proferem laudos equivocados³⁸.

Desta forma, a produção de uma prova que já é por si só extremamente difícil, acaba se tornando algo praticamente impossível. Não bastasse a árdua tarefa de estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta subjetiva do médico e o evento danoso, ainda é preciso enfrentar o corporativismo da profissão, bem como a dificuldade de se obter uma prova técnica e precisa. Devido a esta precariedade, acabam ocorrendo muitas absolvições, não porque o profissional não tenha agido com culpa, mas sim pela dificuldade em se comprovar os fatos.

Portanto, nos moldes atuais, para configuração da responsabilidade civil do médico, deve-se comprovar o nexos causal entre o dano e o ato, além da prova da culpa em uma das modalidades aludidas.

Esclarece-nos Miguel Kfoury³⁹ que os meios costumeiros de prova são os habituais: o depoimento pessoal do médico, a inquirição de testemunhas, prova documental, informes em geral, inspeção judicial, presunções, prova pericial, a convicção e o convencimento do juiz. Entretanto, esses meios probatórios, mostraram-se insuficientes para responder as perguntas referentes ao liame causal entre conduta e dano, na relação entre médico e paciente, levando-se em conta sua natureza contratual fundada numa obrigação de meio, como já abordamos nos tópicos anteriores. É preciso, na nova concepção solidarista da responsabilidade civil, buscar outra perspectiva para a produção da prova nesta relação, no que se afigura pertinente transcrever trecho da obra do supracitado autor⁴⁰:

“É preciso inovar na questão da produção da prova médica em ações que tratam da responsabilidade dos profissionais da área da saúde (art. 1545 do CC\1916 – *informe nosso*). A culpa, elemento fundamental da responsabilidade civil, passou a ser questionada e tende a sofrer um colapso pela tendência do direito contemporâneo, muito mais realista e próxima dos das vítimas do injusto. O direito do cidadão de obter um

³⁷ COELHO, Eduardo de Souza. Erro médico e erro pericial. Disponível em < www.erromedico.org/erro_pericial.htm > Acesso em 15/11/2010.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg.157.

⁴⁰ *Idem*, pg.167-168.

atendimento qualificado para a sua saúde deixou de ser discurso constitucional (art. 196 da Constituição da República) e passou a integrar a cartilha do consumidor que, indefeso, reclamava pela mudança do jogo de cartas marcadas que caracterizava, quase sempre, processos movidos contra médicos e hospitais.

Nesse contexto, mostrar-se-á de grande valia, a teoria objeto central deste estudo, que será analisada no próximo capítulo.

Mediante a dificuldade em apresentarmos novos meios de prova, capazes de impedir que as vítimas dos erros cometidos pelos profissionais da medicina restem desamparadas, surgem duas possibilidades, quais sejam a inversão do ônus da prova e uma nova ótica à respeito do dano e do nexo causal nestes casos.

Quanto à primeira solução, já vimos previamente que, embora as relações dos profissionais liberais estejam enquadradas como relação de consumo, não se aplicam a estas a teoria da responsabilidade objetiva, por força do parágrafo único do artigo 14 do CDC, deste modo não seria razoável inverter o ônus da prova, determinando que o médico fosse o responsável por se desincumbir de provar em todos os casos que atuasse, a ausência de nexo causal entre sua conduta e o resultado indesejado.

Nesse diapasão, o respeitado jurista RUI STOCO, *in verbis*:

“Como a responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviços deve ser apurada mediante culpa, por força da regra de exceção do art. 14, §4º, do CDC, a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual, para esse efeito, como antes enfatizado, perde o significado e a razão de ser, posto que ampliou-se, para o médico, o espectro probatório, cabendo ao reclamante provar-lhe a culpa, ainda que o serviço prestado tenha supedâneo em contrato entre eles firmado”⁴¹.

Desta forma, a responsabilidade de produzir o ônus da prova permanece para o ofendido nestes casos, e como solução para a enorme dificuldade que este encontra para provar a relação entre a conduta do médico e o resultado indesejado, se faz presente a análise de uma nova teoria: a perda de uma chance, que fornece uma nova ótica tanto sobre o dano realmente sofrido e indenizável quanto sobre a relação de causalidade existente.

⁴¹ STOCO, Rui, Tratado de responsabilidade civil, 6º Ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2004, P. 545.

II - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Desenvolvimento da teoria

Em alguns casos, dentre os quais o já abordado caso da responsabilização pelos erros cometidos no bojo da atuação do profissional de medicina, a análise dos elementos da responsabilidade civil demonstra-se extremamente difícil, mitigando o dever de reparação. Nestas hipóteses, consegue-se identificar o prejuízo sofrido pela vítima, porém, não é possível vislumbrar o dano certo e determinado.

Além dos casos presentes na seara médica, vale mencionar a título de exemplo, a inegável perda do direito do cliente pela inércia desidiosa do advogado que deixa transcorrer o prazo para interpor um recurso de apelação; o dono de um cavalo premiado que perde a oportunidade de que seu animal participe de um grande prêmio tendo em vista a incorreta inscrição realizada por terceiro para a prova ou o concursando que deixa de prestar a prova porque o sistema de transporte contratado falhou.

Todos os casos apresentados, dentre outros da mesma natureza, não exibem, em um exame superficial, a existência de um dano que possa ser caracterizado como certo e determinado, de maneira suficiente para ensejar uma eventual reparação, o que termina por inviabilizar qualquer tipo de ressarcimento dessas violações.

Se não é possível observar a existência de um dano certo e determinado, é inegável que existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa possuída de angariar um benefício ou evitar um prejuízo.

Salienta-se que não se busca o ressarcimento pela vantagem perdida, uma vez que a falta de causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido, impede a reparação do dano final. Busca-se nos casos tradicionais a reparação pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo, totalmente desvinculada do resultado final, no caso, o provimento jurisdicional ou a vitória do cavalo no Grande Prêmio.⁴²

Nessa linha de pensamento, discorre Savi, referindo-se à indenização da perda da chance:

⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p.19-21.

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem. Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.⁴³

É preciso considerar o fato de que, a perda da oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo sob o aspecto do dano material, exige que a chance seja séria e real, excluindo-se as meras expectativas e possibilidades hipotéticas, devendo representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.⁴⁴

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance, que deve ser traduzida numa oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, excluída a mera possibilidade, surgindo neste contexto a Teoria da Perda de uma Chance.

Foi a França, onde houve uma maior dedicação ao tema por parte da doutrina e jurisprudência, considerada a precursora na adoção da teoria da perda de uma chance, como instituto capaz de atribuir responsabilidades, onde passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, ao invés de admitir-se ou não a indenização pela perda da vantagem esperada.⁴⁵ O primeiro caso julgado na França data de 17 de julho de 1889, onde a Corte de Cassação Francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento.⁴⁶

No sistema da Common Law, a primeira aplicação do instituto versou sobre a chance perdida por uma candidata a miss, impedida de participar da etapa final do concurso em questão.

O caso da miss (Chaplin v. Hicks), traz como relevante a aplicação de um cálculo estatístico para a apuração do quantum indenizatório, pela primeira vez se fez um cálculo estatístico para apurar o quantum indenizatório. Os julgadores entenderam que, como havia 12 (doze) prêmios a serem conferidos as ganhadoras, a chance da candidata impedida de participar, de auferir um desses prêmios era de

⁴³ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2ª edição. São Paulo, Atlas, 2009, p.3.

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.38

⁴⁵ SAVI, Sérgio, op.cit., loc.cit.

⁴⁶ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.10-11

somente 25% (vinte e cinco), não podendo a sua indenização ser superior a este montante.⁴⁷

O reconhecimento da chance perdida na Itália se deu em 1966, através de Adriano de Cupis. Ao contrário de outros autores italianos como Giovanni Pacchioni e Francesco Busnelli⁴⁸, foi o primeiro a vislumbrar um dano independente do resultado final, vinculando a chance perdida a um dano emergente e não aos lucros cessantes.

Através de estudo de casos quem englobavam um jogador que por sua culpa exclusiva não consegue participar de uma prova no Grande Prêmio, um pintor que vê seu quadro não chegar a uma exposição por culpa exclusiva do correio e um advogado que deixa passar o prazo para interpor um recurso de apelação⁴⁹, concluiu que em todos eles a vitória não era certa, mas que existia uma possibilidade de vitória., que seria um dano jurídico passível de indenização. Assim, restou elucidada a questão da certeza do dano e do nexo de causalidade, pois se passou a considerar o dano como a perda da chance da vitória. e não a perda da vitória., esta sim, incerta.

Cumprido destacar trecho da obra do citado autor que representa a essência da fundamentação que permite admitir a indenização nos moldes da teoria da perda de uma chance.

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.”⁵⁰

A produção doutrinária brasileira vem se desenvolvendo nos últimos anos, após um passado não distante, onde o tema era tratado de forma tímida, a perda de uma chance caminha para tornar-se teoria de presença obrigatória em qualquer obra que trate a respeito da responsabilidade civil.⁵¹

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Maior esclarecimento sobre o tema em SAVI, Sérgio, op.cit., p.8 e 9.

⁴⁹ Nesse sentido SAVI, Sérgio, op.cit., p.10 e SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.189.

⁵⁰ DE CUPIS, 1996, p.264, apud SAVI, Sérgio, op.cit., p.11

⁵¹ SAVI, Sérgio, op.cit., p.37

Podemos destacar a posição adotada em alguns estudos mais antigos, que já mencionavam a possibilidade de indenização em decorrência da chance perdida.

José de Aguiar Dias em sua obra realiza uma análise de dois julgados que parecem acolher a teoria da perda de uma chance. Em um julgado de 1936 do Tribunal de Justiça de São Paulo criticou a decisão que negava a possibilidade de indenização de um cliente que se sentiu prejudicado por seu advogado, que não recolheu devidamente o preparo para o recurso interposto, deixando este de ser analisado⁵², apesar de reconhecer a necessidade de responsabilização do advogado, ao comentar esse caso, o autor acaba por afirmar, que devido a dificuldade de prova, não se poderia falar em condenação⁵³. Se este caso deixa dúvidas quanto a posição do autor, o mesmo não ocorre quando analisamos as críticas realizadas em razão de uma sentença proferida por magistrado carioca em 1.929, a qual vale transcrever parte desta análise:

“Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, como votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque este fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se o *an debeat* e o *quantum debeat*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a coisa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não podia.”⁵⁴.

Dentre os autores clássicos podemos ainda citar exemplificativamente, o trabalho de Agostinho de Alvim, datado de 1995, onde o autor ao analisar a possibilidade de ganhar uma causa em segunda instância, conclui que esta possibilidade, consistiria em “uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos”⁵⁵, e o eminente Caio Mario da Silva Pereira que em sua obra de Responsabilidade Civil ao tratar do tema, afirma que “é claro, então, que se a ação se fundar em um mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta

⁵² DIAS, José de Aguiar, op.cit.,p.296.

⁵³ SAVI, Sérgio, op.cit., p.39.

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar, op.cit.,p.297.

⁵⁵ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 3ª edição. Rio de Janeiro e São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p.190.

será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder-se situar-se a certeza do dano.”.⁵⁶

Quanto a posição jurisprudencial brasileira, o primeiro acórdão a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance é de 1990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se analisava o pedido de indenização em decorrência de possível erro médico em razão de cirurgia realizada para correção de miopia, da qual resultaram uma hipermetropia e cicatrizes na córnea operada.⁵⁷

O acórdão está assim ementado:

“CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NÉVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance.”⁵⁸

2.2 Modalidades de Responsabilidade civil por perda de uma chance

É preciso no entanto, para os fins a que se propõe esse trabalho que se faça uma divisão da teoria da perda de uma chance, em duas concepções distintas, uma delas é a clássica, que se consubstancia na adoção da chance perdida, como um dano autônomo em relação ao dano final, de outro lado existem situações, como as oriundas do erro médico, em que a chance perdida é verificada no momento em que o dano final se apresenta, portanto não há uma ruptura entre a conduta e o dano final⁵⁹, existem dessa forma, duas “modalidades” que tratam da responsabilidade civil pela perda de uma chance “ A primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final.”⁶⁰

Nas palavras de Jean Penneau:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (une faute) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva, op.cit., p.42.

⁵⁷ SAVI, Sérgio, op.cit., p.48

⁵⁸ BRASIL¹. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 58906996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 12/06/1990. Disponível em <
http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versoao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=58906996&num_processo=58906996 > Acesso em 12/11/2010.

⁵⁹ SAVI, Sérgio, op.cit., p.5

⁶⁰ SILVA, Rafael Peteffi da, 2007, p.220-221

nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pode apresentar-se ao exame, um cavalo não pode participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que esta diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.⁶¹

Com base nestes conceitos iniciais é possível observar que a segunda concepção da teoria esta diretamente relacionada com a possibilidade de responsabilização pelo erro médico, tema central do presente trabalho, entretanto não é prudente ignorar uma análise a respeito da possibilidade de aplicação da teoria clássica aos casos referentes ao erro médico, uma vez que é preciso analisar a possibilidade de que o ato praticado pelo médico consubstancie-se em verdadeira ruptura do processo, ocasionando um dano autônomo e independente do dano final.

Nos tópicos seguintes abordaremos temas específicos referentes a aplicação das duas concepções da teoria da perda de uma chance, com o objetivo de delinear quais parâmetros devem balisar a aplicação da teoria nos casos que dizem respeito ao erro médico.

Antes de adentrar na diferenciação e nas particularidades das duas concepções da teoria, faz-se conveniente realizar um estudo dos aspectos comuns a ambas.

2.2.1 Condições gerais de aplicação

No capítulo 2 já tecemos breves comentários acerca das condições necessárias para que uma demanda de responsabilidade civil seja considerada procedente, aqui abordaremos apenas os aspectos que diferenciam a teoria da perda de uma chance, daquelas hipóteses oriundas da responsabilidade civil em geral, dentre os quais destacaremos a presença de chances sérias e reais, bem como o método de quantificação destas chances.

Estes são requisitos gerais da teoria da perda de uma chance, presentes em ambas as concepções da teoria, tanto a clássica – onde é possível isolar o dano

⁶¹ PENNEAU, Jean, 1990, p.537 apud, SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.86-87.

causado, como um dano autônomo, quanto a que aplica a teoria como um dos elementos constantes do nexo causal entre a conduta e o dano final.⁶² (Peteffi, 2009, p.138).

Para a aplicação da teoria em questão, não podemos considerar meras expectativas ou apenas esperanças aleatórias, é preciso que a oportunidade perdida, esteja revestida de significativa probabilidade de obter um lucro, ou evitar uma perda.

Os ordenamentos que adotam e admitem a teoria da perda de uma chance, embora de diferentes maneiras, levam em consideração a seriedade e a realidade das chances perdidas como elementos essenciais a caracterização da responsabilidade com base na teoria analisada.

Nesse sentido, Rafael Peteffi ao analisar a jurisprudência francesa no que tange aos limites a aplicação da perda de uma chance leciona que:

“[...] 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”⁶³

Da mesma maneira os ordenamentos da common Law também exigem a demonstração da seriedade das chances perdidas, o citado autor em sua obra, baseia-se na análise de casos concretos do direito anglo-saxão para demonstrar a necessidade da existência da perda de uma chance substancial, uma vez que, “como bem salientou Philippe Le Torneau, a verificação da seriedade das chances é uma questão de grau e não de natureza”.⁶⁴

Entre os exemplos citados pelo autor, podemos destacar o caso *Davies v. Taylor*⁶⁵, em que o tribunal ao julgar o pedido de reparação de uma viúva, conclui pela não indenização requerida pela vítima, uma vez que a chance requerida era por demais hipotética, haja vista que no momento da realização do dano, a autora encontrava-se separada do marido, não havendo indícios de uma reconciliação futura.⁶⁶, outra importante decisão trazida pelo autor diz respeito a decisão da Suprema Corte de Nevada, que no julgamento do caso *Perez v. Lãs Vegas Med. Ctr*

⁶² SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.138.

⁶³ Idem

⁶⁴ Ibidem, p.139

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Idem

(p.140), estabeleceu que “ na maioria dos casos, uma chance que represente uma probabilidade inferior a dez por cento de auferir a vantagem esperada pela vítima não seria considerada substancial, isto é digna de reparação.”⁶⁷

Enquanto a doutrina francesa de um lado admite uma grande variedade de aplicações da teoria, passando pela seara empresarial, judicial, de jogos de azar entre outros, a doutrina e jurisprudência norte-americanas, acaba por restringir a aplicação da teoria aos casos em que a perda da chance seja relativo aos casos de erros médicos, em razão da ausência de estatísticas seguras nas outras áreas, dificuldade esta que não passa despercebida pela jurisprudência francesa.⁶⁸

A corte de cassação italiana, como pode ser muito bem observado no trabalho realizado por Sergio Savi, ao analisar a leitura italiana da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, possui entendimento peculiar em relação aos ordenamentos supra comentados, ao considerar que o requisito de seriedade e certeza da chance somente seria atingido se a vítima demonstrasse possuir, ao menos, 50 % de probabilidade de conseguir o resultado almejado, de obter a vantagem esperada, ou evitar o prejuízo sofrido.⁶⁹

Como bem observado pelo autor, a seriedade em questão, aplicável a todas as doutrinas mencionadas, não se confunde com a certeza de obtenção da vantagem final, uma vez que:

“Se fosse possível estabelecer, com absoluta certeza, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final (p.ex., a vitória na corrida ou no processo judicial), e, com isso, o ofensor seria condenado ao valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial.”⁷⁰

Quanto a posição italiana, cumpre destacar no presente trabalho, que não nos filiamos a esta corrente no que diz respeito à restrição de aplicação da teoria somente aos casos em que as probabilidades superem os 50%, uma vez que isso limitaria excessivamente a possibilidade de reparação. Nesse sentido concordamos com a posição e as críticas adotadas por Rafael Peteffi⁷¹, as quais não teceremos maiores comentários, uma vez que o objeto central do trabalho é aplicação da teoria com intuito de permitir a responsabilização pelo erro médico, seja nas probabilidades

⁶⁷ Ibidem, p.140

⁶⁸ Ibidem, p.141-142.

⁶⁹ SAVI, Sérgio, op.cit., p.21-25.

⁷⁰ Ibidem, p.4.

⁷¹ SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.142.

superiores ou inferiores a 50%⁷², bastando que configurem chances reais e sérias, e evitem as ultracompensações ou subcompensações.

Outra particularidade à respeito das chances perdidas, diz respeito a sua quantificação, uma vez que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada nos casos em que não é possível demonstrar o nexo causal exclusivo entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada.

Desta maneira, pode-se afirmar que a outra regra fundamental na aplicação da teoria estudada, prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.⁷³

A quantificação das chances perdidas será abordada de forma mais profunda nos próximos tópicos, uma vez que esta quantificação exerce papel diferenciado no que tange as concepções da teoria da perda de uma chance, embora esteja obrigatoriamente presente em ambas.

Destacamos a seguir duas decisões jurisprudências de tribunais estaduais brasileiros, que se fazem valer dos elementos aqui analisados, a fim de verificar a seriedade da oportunidade almejada para fins de responsabilização e a quantificação desta reparação, sem contudo entrar no mérito da correta aplicação da teoria por parte da jurisprudência pátria, fator este a ser analisado posteriormente.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO.

1 – Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juízes federais, e conseqüente dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante.

2 - Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela Câmara.

3 – Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art. 511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência da comprovação da

⁷² Da mesma forma, não levaremos em consideração as particularidades do sistema causal norte-americano, onde a retirada de mais de 51% das chances, configura nexo causal entre a ação e o dano, tornando inaplicável a aplicação da teoria da perda de uma chance, em virtude da responsabilização integral pelo dano final sofrido. Silva, Rafael Peteffi da, op.cit., p.141.

⁷³ SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.143

necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do co-réu Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do co-réu Guaraci.⁷⁴

Em que pese o enquadramento da chance no conceito de dano moral, como bem assevera Sergio Savi é “pertinente transcrever o trecho da sentença em que se estabelece, adequadamente, a forma de aplicação da teoria na responsabilidade civil do advogado”⁷⁵:

*“A respeito do tema, oportuno transcrever trecho do artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 21, pág. 136, escrito por Ênio Santarelli Zuliani: **“Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde o prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos (art. 5º, XXXV, da CF). Não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance.”***

Na mesma linha, temos o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná⁷⁶ que possui a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E APELAÇÕES INTERPOSTAS FORA DO PRAZO LEGAL – DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE DILIGÊNCIA – PERDA DE PRAZOS – NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS – DANO – EXISTÊNCIA – FORMA DE LIQUIDAÇÃO – AÇÃO PROCEDENTE.

Da leitura do voto do relator podemos extrair a premissa de quantificação do dano em decorrência da perda de uma chance, embora não tenha sido realizada a análise a respeito de sua seriedade.

⁷⁴ BRASIL².Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 70006606487, 10ª Câmara cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 6/11/2003. Disponível em < http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=395044 > Acesso em 22/10/2010.

⁷⁵ SAVI, Sérgio, op.cit., p.61-62.

⁷⁶ BRASIL³.Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação cível nº 45.988-1, 5ª Câmara cível, Rel. Des. Carlos Hoffmann, j. em 19/03/1996. Disponível em < <http://portal.tjpr.jus.br/web/jurisprudencia> (somente a ementa cadastrada)> Acesso em 22/10/2010

“[...] O prejuízo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o mérito da causa na instância superior. Não se configurando qualquer causa de exclusão de responsabilidade civil do advogado, impõe-se a procedência do pedido indenizatório, com fixação da indenização através de arbitramento em liquidação de sentença, levando-se em conta que o dano corresponde apenas à perda de uma chance.”

2.2.2 Dano autônomo (Teoria clássica)

Como analisado em tópico anterior, embora existam doutrinas divergentes⁷⁷, existem duas modalidades da teoria a serem aplicadas; a concepção clássica que diz respeito a conduta que retira da vítima todas as chances de alcançar a vantagem almejada ou de evitar um prejuízo – é preciso que o processo aleatório seja interrompido antes que atinja o seu fim – a outra modalidade por sua vez, analisa os casos em que o processo aleatório foi concluído configurando-se em um prejuízo para vítima, da qual tem parte uma conduta anterior que interferiu nas chances possuídas, este é o caso dos danos produzidos em virtude da perda de uma chance na seara médica.⁷⁸

É possível identificar em todos os casos em que se faz mister a aplicação da teoria da perda de uma chance a presença de um dano final, qual seja, a perda da vítima de uma vantagem que pretendia alcançar. Com base nos exemplos já citados ao longo do trabalho esse dano final pode ser a perda do processo judicial, a perda do Grande Prêmio, ou a perda do concurso pelo candidato.

Entretanto, esta vantagem final almejada não pode ser indenizada, uma vez que a conduta do réu, nos casos de perda de uma chance, não se caracteriza como uma condição *sine qua non* para a ocorrência do dano final.⁷⁹

No presente tópico, abordaremos alguns aspectos referentes à concepção clássica da teoria, onde é possível identificar a existência de um dano autônomo: o da chance perdida, que independe do prejuízo definitivo.

⁷⁷ Em sua obra sobre responsabilidade civil pela perda de uma chance, Rafael Peteffi discorre sobre os autores que defendem a corrente unitária da natureza jurídica da perda de uma chance: “ Com efeito, Jacques Boré e John Makdisi fundavam toda e qualquer aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance no instituto da causalidade parcial. Em sentido oposto, doutrinadores como Joseph King Jr. E Georges Durry consideravam que as inúmeras aplicações da teoria da reparação das chances perdidas estavam vinculadas a um conceito alargado de dano”. SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.83.

⁷⁸ SAVI, Sérgio, op.cit.,p.5.

⁷⁹ SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.45

É importante ressaltar que mesmo em se tratando da aplicação clássica, existe a necessidade da ocorrência do dano final. Contudo como bem observado por Rafael Peteffi:

“[...] nesses casos, todas as chances são destruídas pelo ato do ofensor, restando inexorável o dano final. Destarte, difícil imaginar como um advogado que não apresenta o recurso dentro do prazo poderia vir a ganhá-lo, da mesma forma que o proprietário do cavalo que não disputou uma competição devido ao atraso do transportador não poderá vir a ganhar o prêmio correspondente. Assim, existe a independência dos prejuízos representados pela perda da vantagem esperada (dano final) e a perda das chances.”⁸⁰

Conclui-se que a chance perdida possui também natureza patrimonial, tal qual a vantagem esperada. Considerando ainda que o dano pode ser verificado no momento em que o processo aleatório foi interrompido, e não corresponde ao prejuízo definitivo, se “está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”.⁸¹

A partir desse entendimento, observamos que para a caracterização da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance, serão analisados os pressupostos gerais da responsabilidade civil perante a chance perdida como um dano e não perante o resultado final.

“[...] deverão estar presentes: o dano, representado pela chance, a conduta que o causou e o nexo causal entre essa e o prejuízo, entendido como a perda sofrida. Portanto, da mesma forma, como ocorre nos demais casos da responsabilidade civil quando são necessários: a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos”.⁸²

Além desses requisitos deverão estar ainda presentes os requisitos específicos a caracterizar a oportunidade perdida como passível de indenização, quais sejam a seriedade da chance perdida, bem como sua correta quantificação.

Atualmente no direito brasileiro verifica-se que a jurisprudência tem se valido da aplicação da teoria da perda de uma chance para conceder indenização em razão de oportunidades perdidas, entretanto, muitas vezes acaba por alternar a

⁸⁰ Ibidem, p.88

⁸¹ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale deçça responsabilità civile*, 2. ed., v.2. Milano: Giuffrè, 1966. apud SAVI, Sérgio, op.cit.,p. 22.

⁸² GONDIM, Glenda Gonçalves, *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*, 2010, p.74. Disponível em < <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/23451/1/dissertacao%20perda%20chance.pdf> > Acesso em 10/11/2010.

classificação correta da teoria, ora considerando-o uma espécie de dano moral, ora de lucro cessante e, ainda, como um meio termo entre estes.⁸³

Traçaremos a seguir algumas distinções entre o dano da chance perdida e os lucros cessantes e o dano moral.

O lucro cessante compreende a indenização integral do que a vítima razoavelmente deixou de auferir, se baseia na frustração da expectativa de um lucro futuro considerando o prosseguimento normal de suas atividades.⁸⁴

Nos casos de perda de uma chance, a indenização é concedida não pela vantagem perdida, mas pela perda da oportunidade de se atingir a vantagem esperada, sendo inviável a comprovação da certeza do dano definitivo, bem como a reparação integral deste.

Alguns acórdãos nacionais confundem o dano patrimonial da chance perdida com o dano moral.⁸⁵ No entanto, devemos considerar que as vantagens almejadas pelas vítimas nos casos de perda de uma chance, possuem valor de mercado, sendo tendo portanto uma natureza patrimonial, que diverge da reparação conferida a título de indenização fundada em danos extrapatrimoniais.⁸⁶

Além de não se enquadrar na correta quantificação da chance perdida, a condenação por danos morais quando se tratar de danos patrimoniais enseja uma reparação injusta, tanto para o réu, que pode indenizar em valor superior ao efetivo, quanto para a vítima, que pode receber quantia inferior à da chance perdida.

Nada obsta, no entanto, que a reparação da chance perdida tenha natureza de dano moral, o que ocorrerá nos casos em que a natureza do bem jurídico pretendido seja de caráter extrapatrimonial, como por exemplo, quando o advogado deixasse de recorrer em demanda que visasse a obtenção da guarda dos filhos.

A perda da chance pode ensejar, ainda, a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por danos materiais e morais cumulados.

Nesse sentido Sergio Savi conclui que:

“haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da expectativa frustrada. Frise-se mais uma vez: o que não se pode

⁸³ SAVI, Sérgio, op.cit., p.47.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2003, p.72.

⁸⁵ SAVI, Sérgio, op.cit., p.50

⁸⁶ SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p. 209.

admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo exclusivamente moral, já que presentes os requisitos descritos nesse livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente”.⁸⁷

Portanto, o dano da perda da chance é autônomo e pode ser considerado um dano emergente, o qual será reparado de acordo com o valor da chance perdida.

2.2.3 Causalidade Parcial

No que tange as hipóteses em que o processo causal chegou até o final, o dano da perda da chance é indissociável do prejuízo final, e as chances perdidas não existem autonomamente em relação a este.

Nesses casos, para que se admita a responsabilização pela perda da chance, é preciso considerar o nexos causal existente entre a chance e o dano final sofrido, do contrário poderíamos atingir a absurda situação em que

O nexos causal em questão, não diz respeito a um fato simples, mas sim daquele decorrente de uma cadeia de condições que contribuíram para o dano final, pelo que nos encontramos diante de um problema de causalidade múltipla.⁸⁸ A seguir teceremos breves comentários acerca das principais teorias à respeito do nexos de causalidade⁸⁹, a fim de determinar a possibilidade de aplicação de alguma delas para preencher a causalidade entre a chance perdida e o dano final, bem como a distribuição do prejuízo auferido, uma vez que a perda da chance não representa a indenização pela vantagem final, mas apenas pela oportunidade perdida.

Entre as teorias tradicionais sobre o tema, podemos destacar a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

⁸⁷ SAVI, Sergio, op.cit., p.60.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. op.cit., p. 66.

⁸⁹ De acordo com a classificação adotada por Gisela Sampaio da CRUZ as teorias são divididas em generalizadora, na qual está inserida a teoria da equivalência das condições, e nas teorias individualizadoras, nas quais estão incluídas a (i) teoria da causa próxima, (ii) teoria da causa eficiente e teoria da causa preponderante; (iii) teoria da causalidade adequada; (iv) teoria do escopo da norma jurídica violada; (v) teoria da ação humana; e (vi) teoria do dano direto e imediato. Não são todas essas teorias que serão aqui mencionadas, visto que o objetivo não é esgotar o tema, apenas pinçar pontos específicos para melhor compreensão da reparação pela perda de uma chance. CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexos Causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.33-111).

Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais, todos os eventos que foram necessários para a ocorrência do dano são considerados como causas equivalentes, não fazendo distinção entre causa e condição.⁹⁰

Embora de grande valor, essa teoria tem sido abandonada pela doutrina e jurisprudência⁹¹, pelo fato de conduzir a uma regressão ao infinito do nexu causal.

A teoria da causalidade adequada por sua vez, identifica a causa não só como antecedente necessário, mas também como aquele adequado à produção do resultado, diferencia a causa da condição, admitindo como causa apenas aquela condição que se demonstre essencial e mais apropriada a produzir o evento. “O problema reside em saber qual, entre várias condições será adequada”.⁹²

Esta teoria foi alvo de críticas por não apresentar definições concretas e precisas de como devem ser procedidas as “avaliações de normalidade e probabilidade”, deixando ao livre critério e apreciação do magistrado⁹³ avaliar o que pode ser considerado como causa.

A teoria do dano direto e imediato, busca estabelecer critérios mais objetivos para a verificação da causa do que a teoria da causalidade adequada. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves “Das várias teorias sobre o nexu causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art.403”.⁹⁴

O artigo 403 dispõe que, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.⁹⁵

Segundo Gustavo Tepedino um dos maiores inconvenientes da interpretação gramatical da locução “direto e imediato”, seria a limitação do dever de reparar do ofensor apenas e tão somente àquilo que der causa, com a exclusão do que decorre de causas extraordinárias.⁹⁶

Diante desta dificuldade passou-se a considerar a construção evolutiva da teoria do dano direto e imediato, denominada de subteoria da necessariedade da

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. op.cit., p.67.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, 1993, p. 78

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. op.cit., p. 68.

⁹³ CRUZ, Gisela Sampaio, op.cit., p.83.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade civil. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 524.

⁹⁵ BRASIL, Código Civil.op.cit.

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexu de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, 2001, p.7.

causa⁹⁷, a qual considera causa de suposto dano aquela que lhe for próxima ou remota, mas que se ligue diretamente ao dano em questão.⁹⁸ “Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas”.⁹⁹

Mesmo que a subteoria da necessidade da causa seja a que melhor explica “a doutrina do dano direito e imediato, adotada pelo Código Civil brasileiro”¹⁰⁰, também, não é suficiente para resolver todos os problemas da verificação do nexo causal. Para Fernando Noronha, por exemplo, a causalidade necessária restringe demais a obrigação de indenizar.

“Todavia, se falar em efeito necessário é melhor que ficar com efeito direto e imediato a que alude o art. 403, ainda assim uma “causalidade necessária”, mesmo que entendida nos termos amplos propostos por A.Alvim, continua restringindo demais a obrigação de indenizar”.¹⁰¹

Nesse cenário a indenização em razão da perda de uma chance, quando não representar um dano autônomo, mas apenas uma das condições, um dos fatores concorrentes para a produção de um dano, não encontraria em nenhuma das teorias acima referidas o suporte necessário para caracterizar o nexo de causalidade, uma vez que é da própria característica da teoria a impossibilidade de reparação do dano final. “Deste modo, o ato do agente ofensor não se consubstancia em uma *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano final”.¹⁰²

Sendo requisito indispensável para todas as teorias estudadas, a presença de uma condição necessária para formar o liame causal entre a conduta e o dano sofrido, é necessário para efetuar a resolução dos casos em análise que se faça valer de uma visão alternativa do nexo de causalidade.

Com intuito de resolver essa questão, Fernando Noronha utiliza-se dos conceitos de causalidade alternativa¹⁰³ e causalidade concorrente.¹⁰⁴

A primeira fundamenta-se na incerteza à respeito de quem foi o responsável pelo dano, “Há causalidade alternativa quando o dano pode ter sido acusado e o foi

⁹⁷ Idem, p.8

⁹⁸ CRUZ, Gisela Sampaio, op.cit., p.103.

⁹⁹ Ibidem, p.103.

¹⁰⁰ Ibidem, p.111.

¹⁰¹ NORONHA, Fernando, Direito das obrigações, São Paulo: Saraiva, 2003, p.597.

¹⁰² SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., p.20.

¹⁰³ NORONHA, Fernando, op.cit., p. 652.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 682.

pelo ato de A ou B, sem poder determinar com certeza qual dos dois o causou”,¹⁰⁵ não se sabe por exemplo se a morte de uma pessoa ocorreu pela evolução natural da doença que sofria, ou devido a um erro médico, essa teoria baseia a responsabilização do agente de acordo com um sistema de presunções que acaba por atuar mitigando a prova do nexu causal, ao presumir que um dos dois fatores atuou como *conditio sine qua non*.¹⁰⁶ Quanto a causalidade concorrente diz respeito aos casos em que para a ocorrência de um dano se faz presente a contribuição de um caso fortuito ou força maior, determinando que a pessoa só será responsável pela proporção para qual sua conduta houver contribuído.¹⁰⁷

Para facilitar o entendimento vale transcrever trecho da obra de Fernando Noronha:

“Nesses casos, mesmo que não se saiba qual foi a causa do dano, ele só pode ter acontecido em uma das duas situações: ou foi devido simultaneamente ao ato terapêutico inadequado e a evolução endógena da doença, ou resultou somente de um destes fatores, sem saber qual. No primeiro caso teremos uma situação típica de causalidade concorrente, no segundo uma de causalidade alternativa”.¹⁰⁸

Em contraponto a este entendimento, Rafael Peteffi, apresenta a idéia de uma nova teoria, uma vez que segundo este a causalidade alternativa e a concorrente não se adéquam a correta interpretação do instituto da perda de uma chance, a primeira por acabar na utilização das presunções indenizando na verdade o dano final, com uma suavização do ônus probatório da *conditio sine qua non*¹⁰⁹ e a segunda pois os institutos do caso fortuito e da força maior devem ser utilizados apenas como excludentes do vínculo causal (relativos portanto ao dano final) e não como “dirimentes da causalidade”.¹¹⁰

Segundo o autor, a perda de uma chance nos casos em que o processo foi até o fim, deve-se valer, quando não for possível a aplicação de um conceito ortodoxo de nexu causal, de uma causalidade parcial, que identificará corretamente o liame entra a conduta, o dano e a quantificação adequada da responsabilidade de cada fator que contribuiu, essencialmente ou não, para a produção do resultado.¹¹¹

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.192.

¹⁰⁶ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.47-49

¹⁰⁷ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.28-30.

¹⁰⁸ NORONHA, Fernando, op.cit., p. 681.

¹⁰⁹ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.235-236.

¹¹⁰ Ibidem, p.236-237.

¹¹¹ Ibidem, p.259-241.

A teoria da causalidade parcial, permite que caso a conduta do agente não possa ser considerada como causa totalmente apta a gerar o prejuízo final, ou seja, se não representar uma *conditio sine qua non*, seja possível, a concessão da reparação para um prejuízo “parcial e relativo, consubstanciada na perda das chances”. Por ela, a reparação é arbitrada de acordo com a probabilidade de causalidade provada.¹¹²

A utilização do padrão “tudo ou nada” para caracterizar a responsabilidade civil na aplicação do nexo causal, isto é, a impossibilidade de graduação causal geraria subcompensações ou ultracompensações. Por sua vez, com a utilização da causalidade parcial, a indenização compreende o dano que, segundo as estatísticas¹¹³, se espera que tenha sido causado.

Tanto Rafael Peteffi¹¹⁴ quanto Sergio Savi¹¹⁵ em suas análises a respeito da aplicação da teoria da perda de uma chance na jurisprudência brasileira, chegam a conclusão de que embora está a aplique, salvo raras exceções¹¹⁶, não existe diferenciação entre sua natureza jurídica. Frequentemente tem-se aceitado a indenização em casos nos quais o processo aleatório atingiu o seu fim com base em argumentação que diz respeito a concepção clássica da teoria¹¹⁷, tanto em casos médicos quanto em outros.

2.3 Aplicação da Perda de uma chance ao erro médico

Como já abordado em tópico anterior, a dificuldade encontrada para se conceder indenização referente aos erros cometidos pelo profissional de medicina

¹¹²BORÉ, Jacques. 1974. apud SILVA, Rafael Peteffi da., 2009. p. p.51

¹¹³ Rafael Peteffi leciona que o desenvolvimento estatístico juntamente com a nova concepção solidarista são os principais fatores para as novas teorias da responsabilidade civil, em relação a perda de uma chance, a utilização de dados da estatística, nesta concepção menos ortodoxa do nexo causal, torna os eventos aleatórios previsíveis, fornecendo uma segurança para o reconhecimento da causalidade. SILVA, Rafael Peteffi, op.cit.,p.8-10.

¹¹⁴ Ibidem., p.194-195.

¹¹⁵ SAVI, Sergio, op.cit., p.47.

¹¹⁶ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.195-196.

¹¹⁷ De maneira exemplificativa: (BRASIL4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019804335. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 23/08/2007. Disponível em < Tribunal+de+Justi% E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70019804335&num_processo=70019804335 > Acesso em 20/10/2010. BRASIL5. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº70031673221. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 28/10/2010). Disponível em < ibunal+de+Justi% E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70031673221&num_processo=70031673221 >. Acesso em 18/10/2010.

decorre justamente da fragilidade estabelecida entre a conduta praticada e o dano final sofrido.

Posto que, esteja latente referida dificuldade, o número de julgados pátrios que trata sobre o tema é bastante elevado, inclusive no que tange a aplicação da teoria da perda de um chance. Entretanto, na maioria das vezes ela é aplicada de modo incorreto, seja por ignorar qual seria de fato a natureza jurídica das chances perdidas, seja por afastar sua aplicação devido a impossibilidade de comprovar que a conduta analisada é *conditio sine qua non* para o dano final sofrido.

A perda da chance de cura ou de sobrevivência de um paciente pode decorrer de diversos fatores¹¹⁸, desde condições inadequadas das instalações de tratamento a erros grosseiros cometidos pelo médico responsável, sendo certo que não é possível analisar todos estes elementos no presente trabalho.

Com base na divisão proposta por Miguel Kfoury Neto em: a) perda de uma chance e erro de diagnóstico (nesta inclui uma subcategoria para os casos que são discutidos câncer); b) perda de uma chance e ausência de exames pré-operatórios; e c) perda de uma chance e ausência de anestesista qualificado,¹¹⁹ analisaremos no presente tópico a perda de uma chance decorrente do erro de diagnóstico cometido pelo médico, uma vez que é neste caso onde afigura-se a maior dificuldade em determinar a responsabilização da conduta, tendo em vista que tanto o médico não pode ser responsabilizado objetivamente pela cura de um paciente¹²⁰, como não pode se ver isento indistintamente desta.

Nesse sentido:

“(…) Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais -, bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática”.¹²¹

118 Como afirma Miguel Kfoury: “O exercício da arte médica envolve os médicos em freqüentes riscos para combater as doenças. O resultado do tratamento não depende apenas de seus conhecimentos científicos e competência. Depende, igualmente, das características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de toda sorte de fatores imprevisíveis inerentes à atividade curativa. O dano resultante do ato médico não é necessariamente decorrente de culpa médica. KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102/103.

¹¹⁹ Ibidem., p.105-110.

¹²⁰ Ver tópico 3.1.

¹²¹ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.89-91.

Ao contrário das hipóteses que se enquadram a teoria clássica da perda de uma chance, nos casos em que tratamos do erro de diagnóstico, não é possível falar na chance como um dano autônomo, uma vez que ela esta vinculada ao resultado final. Enquanto o cavalo que não participa de uma corrida ou o advogado que não interpõe um recurso eliminam imediatamente as possibilidades de obtenção de um resultado favorável, o médico que comete um erro não elimina imediatamente as chances de sobrevivência do paciente, estas não sobrevivem de forma separada, sendo indissociáveis do dano final. De outra forma, poderíamos acabar condenando o médico por um dano inexistente, quando apesar do diagnóstico errôneo o paciente obtém a cura de sua doença sem qualquer seqüela ou transtorno amais. Assim, enquanto a perda de uma chance atinge o nexo de causalidade na seara médica, refere-se ao dano autônomo, nas demais áreas da responsabilidade civil¹²².

“Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado, constitui **perda de uma chance** de cura ou sobrevivência – e abre ao paciente e familiares a possibilidade de reparação, nos limites da perda da chance considerada. [...]A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade”¹²³.

Como já exposto no presente trabalho, a presente responsabilização dependeria de uma aplicação menos ortodoxa do nexo de causalidade no direito brasileiro, restando responder a possibilidade jurídica de admitir tal flexibilização no ordenamento nacional.

Analisaremos a seguir algumas jurisprudências que tratam da responsabilização por erro de diagnóstico e a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

“Ação de indenização por danos materiais e morais proposta em face do Município do Rio de Janeiro, tendo por causa de pedir suposto erro médico no diagnóstico do marido e pai dos apelantes. Sentença que julga improcedentes os pedidos. Recurso dos autores. Recurso que merece prosperar em parte. Comprovado que houve inicialmente erro de diagnóstico apontando os médicos que atenderam o marido e pai dos apelantes a ocorrência de morte cerebral, que se revelou inexistente, e demonstrado ainda que procedimentos cirúrgicos não foram de imediato feitos em razão deste diagnóstico, resta evidenciada, ante a perda da

¹²² SAVI, Sergio, op.cit., p. 8.

¹²³ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, P. 126.

chance, a obrigação do Município de indenizar aos apelantes os danos materiais e morais causados. Apelação a que se dá parcial provimento"¹²⁴.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexo causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria”¹²⁵.

"Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. voto vencido”¹²⁶.

Pelo exposto, verifica-se que embora, a teoria adota em nosso país quanto ao nexo de causalidade, pela maioria da doutrina, seja a da causalidade adequada¹²⁷, é possível observar nos julgados acima, a aceitação da responsabilização pela perda de uma chance, ainda que inexistente nexo causal direto e imediato entre a conduta praticada e o dano sofrido.

Em todos os casos apresentados, a teoria foi aplicada no sentido de que o paciente perdeu uma possibilidade de alcançar um tratamento melhor e mais adequado do que aquele oferecido. Não existe a certeza de que o tratamento mais recomendado tivesse a capacidade de cura, ou de aumentar a expectativa de vida

¹²⁴ BRASIL6 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.43786. 4ª Câmara Cível. Rel. Horácio dos Santos Ribeiro Neto. 25/11/2008. Disponível em < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F3157520E1537B1F0A99FBB4A61FC625A9C402142837> > Acesso em 12/11/2010.

¹²⁵ BRASIL7 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n.º 70020554275 – 5ª Câmara Cível – Rel. Umberto Guaspari Sudbrack – 07/11/2007. Disponível em < http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020554275&num_processo=70020554275 > Acesso em 15/11/2010.

¹²⁶ BRASIL8 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível n.º 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96. Disponível em < http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=596070979&num_processo=596070979 > Acesso em 15/11/2010.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, op.cit., p. 524.

do enfermo, entretanto os tribunais entenderam que havia uma oportunidade significativa de que o tratamento adequado alcançasse melhores resultados.

O problema encontra-se na fundamentação utilizada para aplicar a teoria¹²⁸. Incorreto seria aplicá-la devido à existência de um nexo causal entre a conduta e a própria chance perdida como dano autônomo, uma vez que como já vimos, nos casos da seara médica, não conseguimos mensurar esta autonomia em razão do dano final.

Desta feita, a única possibilidade de aplicação da teoria, tem por base a mitigação da causalidade. O cabimento da indenização em razão da chance perdida seria aplicada fora do sistema de “tudo ou nada de responsabilização”, através de uma idéia de causalidade parcial, que dividiria o nexo causal em varias partes, onde para conduta que contribui para a produção do resultado final é atribuído o grau de responsabilidade que lhe corresponde.¹²⁹

Desta forma, se um determinado paciente que teve diminuída de 60% para 20% sua possibilidade de cura, por ocasião de um remédio incorretamente indicado por seu médico, vem a falecer, este será responsabilizado pelo resultado final, na medida em que contribuiu para sua ocorrência, ou seja, em 40% de chances perdidas de cura do doente. O mesmo caso decidido pelo sistema do “tudo ou nada” poderia apresentar como solução a responsabilização integral do médico, uma vez que em sendo de 60% as chances de cura, a atuação do médico foi o fator mais relevante para a ocorrência do dano final. Desta forma, estar-se-ia utilizando a perda da oportunidade de cura para responsabilizar o agente pelo dano final ocasionado, situação que não se coaduna com os requisitos de aplicação da teoria.

No mesmo sentido, incorreto seria encarar a perda de uma chance, no presente caso, como um dano autônomo; uma vez que caso o paciente, mesmo tendo suas chances diminuído, alcançasse o resultado esperado, sua cura, não haveria que se falar em responsabilização pela perda de uma oportunidade.¹³⁰

¹²⁸ “A jurisprudência brasileira [...] aplica a teoria da perda de uma chance na área médica sem fazer qualquer distinção em relação aos casos que aplicam o conceito de dano específico, quando a conduta do réu interrompe o processo aleatório em que se encontrava a vítima” SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.240

¹²⁹ SILVA, Rafael Peteffi, op.cit., p.60-62

¹³⁰ No mesmo sentido, o alcance da cura ou do resultado esperado, através de um tratamento mais custoso, seja financeiro ou psicológico, também poderia ser encarado como uma chance perdida, no entanto seria preciso uma análise de outros requisitos, não se aplicando a possibilidade geral de aplicação, a qual escolhermos abordar no presente trabalho, onde o resultado esperado, não foi alcançado.

Assim, para a correta aplicação da teoria em relação ao erro médico, é preciso admitir a possibilidade dessa fragmentação do nexos causal, a fim de evitar que ela seja aplicada de modo a justificar subcompensações ou ultracompensações.

“Da argumentação efetuada tira-se uma conclusão invencível: a aplicação da categoria de perda de uma chance na qual o processo aleatório foi até o final (**erro médico por diagnóstico incorreto**) não pode prescindir da noção de causalidade parcial e, portanto, constitui uma exceção ao modelo atual de responsabilidade civil existente no Brasil.

Posto isso, a discussão ficará doravante centrada nos possíveis benefícios e malefícios que podem advir da noção de causalidade parcial, possibilitando a realização de um juízo de valor sobre a utilidade e a conveniência da aplicação da referida categoria de responsabilidade civil pela perda de uma chance, de acordo com o novo paradigma solidarista da responsabilidade civil” (Inserção e grifo nosso).¹³¹

No ordenamento jurídico brasileiro não se faz presente nenhum óbice a adoção da teoria da perda de uma chance como dano autônomo¹³², restando analisar a presença de dispositivos que impeçam a utilização da segunda concepção da teoria, levando-se em conta a aplicação da noção de causalidade parcial.

Miguel Kfourri Neto, em seu trabalho sobre a responsabilidade médica, reconhece que a teoria da perda de uma chance atinge a causalidade nos casos referentes à seara médica, tendo consciência da sua natureza jurídica. Entretanto, não vê nenhuma inadequação à aplicação da teoria ao direito brasileiro.¹³³

Para que tal aplicação seja possível a inteligência do artigo 403 do código civil brasileiro deve ser no sentido de que a perda da chance em si, representa uma certeza, embora a chance nunca seja certa. Nas palavras de Judith Martins Costa:

“Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”¹³⁴.

Desta forma, cabe a vítima provar a adequação causal, entre a conduta ilícita e a chance perdida; no caso proveniente de um erro de diagnóstico, incube ao ofendido demonstrar que o erro cometido influenciou no resultado final insatisfatório,

¹³¹ SILVA, Rafael Peteffi da, op.cit., 2009, p.238.

¹³² Ibidem, p.233.

¹³³ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.111.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil Volume V, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 362.

através da perda da chance de um tratamento mais adequado, formando um nexo de causalidade parcial entre a chance perdida e o prejuízo final, e um nexo causal adequado entre a conduta e a chance perdida, sendo esta a única que deve ser indenizada.

CONCLUSÃO

Durante o presente trabalho procuramos analisar alguns pontos dentre os principais aspectos relativos a indenização em decorrência de um erro médico.

Inicialmente traçamos parâmetros gerais da responsabilidade civil, podendo concluir que a evolução do instituto, no que se refere a mudança de paradigma para o solidarista que visa a reparação integral do dano e a satisfação da vítima.

Dentro deste novo paradigma, podemos observar mediante análise da responsabilidade civil do médico, que os meios utilizados, atualmente, não são capazes de resolver satisfatoriamente as questões relativas à responsabilidade decorrente do erro médico. Foi possível estabelecer o principal problema desta responsabilização, se encontra na dificuldade de provar onexo causal, entre a conduta dos profissionais e o resultado final indesejado. Em se tratando de uma relação contratual, oriunda de uma obrigação de meio, configura-se inadequada a responsabilização pelo resultado não atingido, o que somada à já mencionada dificuldade em estabelecer-se uma causalidade, tornaria praticamente impossível a concessão de qualquer espécie de indenização decorrente de um erro médico.

Neste cenário, na busca por uma solução que evitasse deixar desamparadas estas vítimas, analisamos a aplicação de uma nova teoria, surgida na França e amplamente utilizada atualmente em diversos ordenamentos, inclusive no ordenamento jurídico pátrio.

Esta nova teoria introduz uma nova visão no que tange a responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito às relações oriundas dos serviços prestados pelos profissionais liberais, dentre os quais, obviamente, encontra-se a atuação do médico. Não se busca mais analisar a possibilidade de se indenizar o dano final integralmente, mas sim a indenização da perda de uma probabilidade real de atingir este resultado; busca-se a reparação pela perda de uma chance, que nunca será igual a reparação integral da vantagem almejada, consistindo em um verdadeiro dano autônomo e independente do resultado final.

Vimos porém, que na maioria dos casos que envolvem o erro médico, a aplicação desta concepção clássica, não se enquadraria perfeitamente, pois nos casos da seara médica, ao contrário dos tradicionais exemplos citados do advogado que perde o prazo do recurso, ou do cavalo que não participa do grande prêmio, o processo aleatório chega ao seu final, não sendo rompido previamente mediante a

criação de um dano autônomo do resultado final; nesses casos é preciso que o processo termine para que seja possível determinar a existência da perda da chance.

Desta forma, para a possível aplicação da teoria nestes casos, é necessário que nos façamos valer de sua segunda concepção, através da qual o dano indenizável continua sendo a chance perdida, no caso específico, a oportunidade de um tratamento mais adequado, devendo nestes casos ser levado em conta o resultado final. Em geral, não é possível traçar um liame entre a conduta praticada e o resultado final nos casos de erro médico, pelo que, de acordo com as teorias tradicionais da causalidade, não seria possível aplicá-la a estes, mas através de um novo conceito, que prega a existência de uma causalidade parcial, entre a conduta e o resultado, existiria uma chance a ser indenizada, que não representa o dano final, mas sim a parte que cabe a conduta praticada na produção deste dano final, buscaríamos uma indenização proporcional, que nem deixaria de ressarcir a vítima pelo dano sofrido, nem oneraria o ofensor além daquilo a que realmente deu causa.

Verificamos que não existe óbice na legislação brasileira à aplicação da teoria, que inclusive já vem sendo adotada em diversos julgados, embora na grande maioria das vezes, seus conceitos não sejam aplicados corretamente, uma vez que o instituto ainda é novo, e encontra-se ainda em desenvolvimento, tendo somente iniciado seu debate na doutrina e na jurisprudência.

Nos filiamos a opinião de Rafael Peteffi, que defende a aplicação da teoria, quando não for possível, mediante as concepções ortodoxas da causalidade, reparar os danos sofridos pelas vítimas do erro médico, principalmente os que envolvem as questões de erro no diagnóstico, onde a prova do nexo causal entre conduta e resultado é praticamente impossível.

No direito moderno, não podemos admitir a ausência de reparação desta espécie de dano, simplesmente pela dificuldade de sua configuração. É certo que a atividade médica está vinculada a uma obrigação de meio, e portanto, a uma responsabilidade subjetiva, o que não exclui, de forma alguma, as idéias apresentas aqui. O que se propõe não é que os profissionais sejam responsabilizados pelos resultados não alcançados, mas sim pela diminuição das chances de se obter o resultado almejado, devendo estar presente, da mesma maneira, o dolo ou a culpa na sua conduta. Não se pode imputar integralmente o resultado negativo de uma cura não alcançada a um médico que devido a sua imperícia acaba errando um

diagnóstico e diminuindo em 40% a chance de obter aquela cura, da mesma maneira que não seria justo eximi-lo de ter diminuído consideravelmente a chance de sobrevivência do paciente.

É justamente neste ponto que entra a aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo possível concluir do exposto até aqui, que esta é a solução mais equânime para esta situação, evitando que se façam presente subcompensações ou ultracompensações.

Ao aplicar esta idéia de causalidade parcial, torna-se possível responsabilizar o médico na medida em que contribui para o resultado final indesejado, calculando a indenização não em razão deste resultado, mas sim da chance perdida; que representa sua parcela de culpa na diminuição da possibilidade de se atingir o resultado desejado.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 3ª edição. Rio de Janeiro e São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

ARANGA, Fernanda. Conselho recebe 75 processos contra médicos por mês. Matéria do canal IG, publicada em 28/07/2008. Disponível em <www.ultimosegundo.ig.com.br/brasil/conselho+recebe+75+processos+contra+medicos+por+mes/n1237730708510.html > Acesso em 20/08/2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/09/2010.

BRASIL. Código Civil de 2002 (Lei 10.406). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28/09/2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor 1990 (Lei 8.078). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15/09/2010.

BRASIL¹. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 58906996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 12/06/1990. Disponível em <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=589069996&num_processo=589069996 > Acesso em 12/11/2010.

BRASIL².Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 70006606487, 10ª Câmara cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 6/11/2003. Disponível em <
http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2003&codigo=395044 > Acesso em 22/10/2010.

BRASIL³.Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação cível nº 45.988-1, 5ª Câmara cível, Rel. Des. Carlos Hoffmann, j. em 19/03/1996. Disponível em <
<http://portal.tjpr.jus.br/web/jurisprudencia> (somente a ementa cadastrada)> Acesso em 22/10/2010

BRASIL 4. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019804335. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgado em 23/08/2007. Disponível em <
[Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70019804335&num_processo=70019804335](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2007&codigo=70019804335) > Acesso em 20/10/2010.

BRASIL⁵. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº70031673221. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 28/10/2010). Disponível em <
[ibunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70031673221&num_processo=70031673221](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2010&codigo=70031673221) >. Acesso em 18/10/2010.

BRASIL⁶ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.43786. 4ª Câmara Cível.Rel. Horácio dos Santos Ribeiro Neto. 25/11/2008. Disponível em <
<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F3157520E1537B1F0A99FBB4A61FC625A9C402142837> > Acesso em 12/11/2010.

BRASIL7 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70020554275 – 5ª Câmara Cível – Rel. Umberto Guaspari Sudbrack – 07/11/2007. Disponível em <
http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70020554275&num_processo=70020554275 > Acesso em 15/11/2010.

BRASIL8 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96. Disponível em <
http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=596070979&num_processo=596070979 > Acesso em 15/11/2010. CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2003.

_____. Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora. 2000.

COELHO, Eduardo de Souza. Erro médico e erro pericial. Disponível em <
www.erromedico.org/erro_pericial.htm > Acesso em 15/11/2010.

CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo Causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Vol. 1. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, volume 7. 19. edição. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007

GONDIM, Glenda Gonçalves, A reparação civil na teoria da perda de uma chance, 2010. Disponível em <
<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/23451/1/dissertacao%20perda%20chance.pdf> > Acesso em 10/11/2010.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

LEITE, Gisele. Esclarecimentos sobre a responsabilidade civil dos médicos. Disponível em <
www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6490/Esclarecimentos_sobre_a_Responsabilidade_Civil_dos_Medicos > Acesso em 20/10/2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil Volume V, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2003

MIRANDA, Pontes de Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.192.

MORAES, Maria Celina Bodin, Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando, Direito das obrigações, São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2006.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2ª edição. São Paulo, Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui, Tratado de responsabilidade civil, 6º Ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2004

Superior Tribunal de Justiça, Aumentaram em 155% os processos por erro médico no STJ. Disponível em <
www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=89939&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=erro%20médico > Acesso em 05/09/2010.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, 2001

VIEIRA, Luzia Chaves. Responsabilidade civil médica in Revista Júris Síntese nº 19, SET/OUT de 1999.