

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DIANTE DO ERRO MÉDICO

RIBEIRO, Isabela¹
HOFFMANN, Eduardo²

RESUMO

O presente estudo objetiva compreender a responsabilidade dos médicos pela perda de uma chance devido aos erros nos diagnósticos. Nesse sentido, adentrou-se na lacuna deixada entre o nexos causal e a efetividade do dano, o que redundou na conclusão de que apesar da responsabilidade civil pregar que o dano, seja ele moral ou material, não pode ser presumido, devendo, ser atual, efetivo e real, o direito brasileiro, acompanhando o desenvolvimento cultural, social e intelectual da sociedade, sentiu necessidade de estender sua base para conseguir atender as situações geradas por aquele que sofreu um prejuízo apenas pela perda da oportunidade de obtenção de uma vantagem, ou então meramente evitar um prejuízo. Dessa forma, criou-se um instituto denominado pela maior parte da doutrina como “perda de uma chance”. A teoria é sustentada pela tese de que o impedimento de se realizar uma ação ou uma omissão que como consequência, poderia trazer benefícios, equivale a um dano, mesmo que não se classifique como dano moral, lucro cessante ou dano emergente. Insta salientar que o estudo destinado a presente teoria é muito relevante ao ordenamento jurídico pátrio, isto porque, o dano gerado devido à chance frustrada deve ser indenizado. Levando em conta uma ampla propagação da tese, clama-se que o emprego de tal instituto seja implementado de forma correta.

PALAVRAS-CHAVE: Indenização; Erro médico; Perda de uma chance.

THEORY OF A LOST OPPORTUNITY BEFORE THE ERROR DOCTOR

ABSTRACT

The present study aimed at deepening the responsibility of physicians for the loss of a chance due to errors in diagnosis. In this way, it entered in the gap left between causation and the effectiveness of the damage that was done, to conclude that despite the liability preach the damage, be it moral or material, it cannot be presumed and must be current, effective and real, the Brazilian law, following the development of cultural, social and intellectual society, felt the need to extend its bases to be able to meet the situations generated by one who has suffered the injury only by the loss of the opportunity to obtain an advantage, or merely avoid harm generated by third party act. Thus, it has been created an institute called for most as "loss of a chance". The theory is supported by the argument that the impediment to perform an action or omission, that could bring benefits, is equivalent to an injury, even if it does not classify as moral damages, lost profits or consequential damages. Note that the study of this theory is very relevant to the national legal system, because the damage generated frustrates a chance to be indemnified, to compensate the victim for the damage sustained. Taking into account a wide spread of the thesis, it's expected that it's correct and accurate use, so that the importance that will be generated by the compensation be reconciled to the value that lives up to the victim.

KEYWORDS: Indemnification; Medical error; Loss of a chance.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar como funciona a aplicação da teoria da perda de uma chance diante do erro médico. Sendo o seu assunto inserido no ramo do Direito Público, mais especificamente atinente ao Direito Processual Civil e Direito Civil.

Diante do fato que vivemos em um mundo onde as ações ou omissões de alguns, podem vir a frustrar a chance de realização de objetivos ou até mesmo sonho de outros, nasceu à teoria da perda de uma chance.

Com intuito tão somente de indenizar a chance perdida e não o objeto esperado, pelo fato de que não se tem como comprovar a extensão do dano, a tese foi fixada em nosso país, apesar de ainda não possuir uma base sólida ou mesmo previsão legal.

Pretende-se através do presente estudo realizar uma análise a respeito da matéria em questão com o intuito não de esgotar o assunto, mas sim de averiguar como o instituto é realizado dentro da seara médica, em específico quando do erro de diagnóstico.

A teoria da perda de uma chance é tema recente no ordenamento jurídico, dessa forma, apesar de já ser utilizada, ainda não se encontrou um apoio conceitual sólido. Para tanto, os doutrinadores buscam embasamento em países como a Itália e França que já fortaleceram o assunto de uma forma muito mais relevante.

Ressalta-se, mais uma vez, que a teoria prega a indenização da chance que se perdeu, sendo o mesmo calculado através de meios probabilísticos aptos a chegar até a chance real da vítima em alcançar o benefício desejado. A chance do agente em chegar até o desejado deve ser séria e real, não podendo ser uma simples expectativa.

A área médica foi escolhida para análise do presente devido ao fato das chances de curas eliminadas através de erros de diagnósticos.

Vale lembrar que a matéria em questão obteve maior notoriedade na área médica, o que levou alguns autores a afirmarem que a perda de uma chance teve seu conceito levantado pela primeira vez em uma eloquente decisão sobre a

¹ Isabela Ribeiro – Faculdade Assis Gurgacz. isabela.sr@hotmail.com

² Eduardo Hoffmann – Faculdade Assis Gurgacz Curso de 2014.

responsabilidade médica, em meados de 1967 na França. Tal decisão fundidora da tese ocorreu perante um recurso sobre a responsabilidade de um médico que emitiu um diagnóstico errado, levando a vítima a retirar suas chances de cura.

O que se pretende é a indenização do âmbito médico quando o mesmo, ao diagnosticar erroneamente, retira do paciente as chances de cura ou até mesmo de sobrevivência.

Pode-se ainda, caracterizar a perda de uma chance como um tipo especial de dano. E, além disso, vale lembrar que a teoria em tese não necessita que o nexos causal, entre culpa e dano, seja demonstrado, pois a culpa já se encontra disposta pela ocorrência da ausência da chance dada ao paciente.

Assim, na linha de pensamento de Miguel Kfoury Neto (2010, p. 50), vê-se que a dúvida é suficiente para aplicação da teoria, não tendo relevância se o juiz não se encontra convencido sobre o fato de que a culpa tenha gerado o dano, basta ter a dúvida eminente. Dessa forma, os tribunais conseguem comportar a relação de causalidade no meio da culpa e do dano, já que a culpa é diretamente não ter possibilitado todas as “chances” ao paciente, designando assim uma suspeita de culpa contra o médico.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

A teoria da perda de uma chance consiste na cessação, devido a um fato antijurídico, de um meio que geraria a uma pessoa o cenário de vir a obter, no futuro, algo que seria benéfico, e que, devido a esse fato, essa oportunidade se tornou inviável. Ou seja, define-se devido a um comportamento ilícito – ação ou omissão - que acaba fazendo desaparecer a oportunidade da incidência de um acontecimento que poderia gerar uma vantagem futura para a vítima ou então obstaria o risco de ocorrer algum prejuízo a ela.

A tese se baseia na probabilidade de que se tal fato estipulado acontecesse ou fosse reprimido ocorreria um estado de melhora ou, no mínimo, um desvio de um prejuízo maior para a situação da vítima.

Deve-se haver um prejuízo de ordem moral ou material, de possível realização de prova e que seja originário de um ato ilícito não enganoso. A vantagem adquirida através desse artifício será arbitrada através de um cálculo que diagnosticará o quanto essa possibilidade era concreta e séria para que chegasse a êxito, e não pela vantagem em si.

Segundo Rafael Pettefi da Silva (2012, p 43),

[...] para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Devem ser analisados requisitos básicos como os de que as chances sejam sérias e reais, bem como a quantificação das chances perdidas, onde a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

De acordo com Silva (2009, p.12), sempre será possível visualizar, nos casos de responsabilidade pela chance perdida, uma “aposta” abandonada pelo agente, era a vantagem esperada pela vítima, a expectativa de ganho.

A vítima antes do episódio que gerou o dano, contava com a possibilidade de ser favorecido por um privilégio futuro, caso nada paralisasse a continuidade natural dos fatos. Assim, caso haja um ato ilícito que venha lhe causar a perda dessa possibilidade de chegar ao esperado, terá o direito de adentrar com o pedido de indenização, uma vez que por meio de cálculos matemáticos estatísticos, chegará à valoração da chance perdida.

Para Cavalieri Filho (2009, p.15) é essencial para caracterizar a teoria em questão que não haja a probabilidade de um evento que concederia um ganho futuro para a vítima, em virtude do comportamento de outrem, como progressão de carreira militar ou artística, angariar um melhor emprego, etc. A chance deve ser entendida como a hipótese de se conseguir um lucro ou conter uma perda.

De acordo com a teoria em questão, o que se indeniza não é a vantagem que se perdeu, visto que não se há uma certeza de que ocorreria o resultado desejado ou não, mas sim a oportunidade perdida de se alcançar a vantagem desejada ou o prejuízo que se quer evitar caso o ato omissivo ou comissivo não tivesse sido realizado.

Dessa forma, para que haja a indenização, além de ter que se comprovar a oportunidade perdida de alcançar o resultado esperado, deve-se provar que a perda em questão trata-se de uma perda séria e real, pois ao imputar o agente o papel de reparar o dano, deve-se alegar que o dano em questão causou mesmo um prejuízo à vítima e que se o mesmo não tivesse ocorrido a vítima teria chances certas de realizar o resultado esperado.

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Existe uma grande divergência entre os doutrinadores no tocante da natureza jurídica da relação existente entre médico e paciente.

Há os que defendem que se trata de uma prestação de serviço e existem aqueles que defendem a tese de que se trata de um contrato *sui generis*, isto porque os médicos não se fixam apenas no oferecimento de serviços especificamente técnicos, colocam-se também em um posicionamento de conselheiro, guardião e protetor do adoentado e seus familiares.

Porém, mesmo os defensores do entendimento de que a natureza da relação médico-paciente seja contratual, não discordam da idéia de que poderá haver responsabilidade médica sem ter origem no contrato, por exemplo, o médico que atende um indivíduo desmaiado na rua.

Já os defensores da outra corrente, que não admitem a contratualidade, se baseiam nas situações aptas a alterar a natureza da responsabilidade médica, transmitindo-a para a área da extracontratualidade.

Por fim, deve-se lembrar de que mesmo sem contrato algum, a partir do atendimento, o médico passa subitamente a ter dever contratual com o paciente, devido aos seus encargos morais e da ética profissional, vindo assim nitidamente que a relação médico-paciente deve ter sua natureza jurídica voltada para o entendimento que não há necessidade de um contrato para que o médico seja responsabilizado.

2.3 APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar da tese não ter embasamento legal em nosso ordenamento pátrio a mesma não é vedada e, dessa forma, é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), porém exige-se que o dano gerado seja real, atual e certo e, além disso, deve-se haver um juízo de probabilidade, não podendo o dano em questão tratar-se de mera possibilidade, pois o dano incerto, na dimensão da responsabilidade civil, não é indenizável.

Conforme Savi (2006, p.45) preceitua o primeiro julgado concernente à perda de uma chance, no Brasil, tratando da área médica, referia-se ao ressarcimento em consequência de um erro médico, em que um paciente se submeteu a uma cirurgia de miopia a qual veio a resultar uma hipermetropia de segundo grau, além de cicatrizes na córnea que gerou névoa no olho operado. Em 1990, o acórdão foi emitido pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Junior. Nesta ocasião, conclui-se que a teoria não era cabível para o caso em questão.

Existem ainda alguns julgados em nosso ordenamento que determina que a chance não desperdiçada seja real e séria e ainda que proporcione ao ofendido oportunidades próprias de pleitear a situação futura desejada, como demonstrado a seguir:

[...] TJ-RS - Apelação Cível AC 70057281180 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 18/03/2014

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MANDATO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. AGRAVO RETIDO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa no processo, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa. Primeiro apelo prejudicado e segundo provido. (Apelação Cível Nº 70057281180, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 12/03/2014)

Ainda assim:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70056445208 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 07/11/2013

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. PRESCRIÇÃO TRIENAL RECONHECIDA. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa no processo, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa. Primeiro apelo prejudicado e segundo provido. (Apelação Cível Nº 70056445208, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 30/10/2013)

Segundo o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 34), os tribunais de nosso país já vem adaptando o regime da perda de uma chance no que diz respeito à indenização por morte do filho menor aos pais, como se demonstra a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA- TEORIA DO RISCO - ACIDENTE NA LINHA FÉRREA - MORTE DA VÍTIMA - FILHO ÚNICO - MAIOR - DEFICIENTE AUDITIVO - CULPA CONCORRENTE - AUSÊNCIA DE OFENDÍCULOS E SINALIZAÇÃO PARA PEDESTRES - DANOS MATERIAIS - LUCROS CESSANTES - PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Nexo de causalidade entre o dano e o ato omissivo da companhia caracterizado. Teoria do Risco. 2- Os fatos ainda demonstram a existência de culpa concorrente, elisiva da culpa exclusiva da vítima. 3- Deficiência auditiva da vítima não é suficiente para excluir a responsabilidade de manutenção de cercas, passarelas e sinalização adequada. 4- Filho único de família de baixa renda, em idade produtiva, presunção de dependência em relação ao filho. Dano material por lucros cessantes, pela perda de uma chance. Dano moral configurado. 5 - Honorários deve obedecer a condenação. 6- Recurso parcialmente provido. TJES - Apelação Cível nº14050013482, 24/03/2006, Segunda Câmara Cível – Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. (Apelação Cível nº 014.05.001348-2, Relator Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Relator Substituto Desembargador Fernand Estevan Bravin Ruy, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 24.05.2006).

Ainda de acordo com Venosa, os tribunais ao indenizarem os pais pela morte do filho menor até que o mesmo completasse 25 anos de idade, é porque acreditam que nessa idade o falto se casaria, constituiria sua própria família, deixando assim, da casa de seus pais, deixando de contribuir nas despesas da morada. Circunstância essa, de compensação do dano, aplicada pela teoria da perda da chance.

Tal conclusão é muito congruente, pois os tribunais consolidam a recompensa “presumindo” que a vítima geraria um quinhão da parte financeira dos pais até que chegasse a completar 25 anos de idade. Ou seja, tal situação é apenas uma mera suposição, colocada dentro do campo das probabilidades, não da certeza.

Ademais, é plausível e correto apurar a teoria no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma análise extensiva da legislação civil, visto que a diretriz pátria apresenta uma disposição geral de responsabilidade civil e adota o princípio da reparação integral do dano.

Ainda pode-se dizer que, a própria evolução da entidade da responsabilidade civil abrange o amparo da teoria da perda de uma chance, baseada na força dos princípios constitucionais que situam a vítima do dano abusivo no ponto central do assunto, fazendo jus da absoluta dedicação do magistrado.

2.4 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NA PERDA DE UMA CHANCE

Uma das questões mais debatidas no campo doutrinário e jurisprudencial que rege a teoria da perda de uma chance é o valor que deve ser atribuído como título de indenização pela chance perdida, tendo em vista a dificuldade para ser realizado o cálculo do mesmo, vez que se trata da privação da obtenção de um resultado que é apenas esperado e não de um resultado concreto, o que atrapalha na mensuração.

O quantum da indenização deve ser mensurado tendo como base o valor integral do resultado esperado e, partindo disso, analisar as porcentagens ou probabilidades das chances que se tinha e como elas ficaram após o evento danoso. Tendo assim, a partir do cálculo, o valor efetivo e razoável da indenização.

Nas palavras do ilustre doutrinador Cavalieri Filho (2008, p.75) temos:

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Ainda nesse cenário da teoria, nota-se que o valor da indenização jamais poderá ser idêntico ao de que seria caso a vítima não tivesse perdido a chance e estivesse realizado o resultado útil esperado, devendo assim, ser sempre inferior ao quantum esperado.

Vê-se também o pensamento de Savi (2006, p.63):

O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a esse ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

Dessa forma, vale lembrar que o quantum indenizatório da teoria da perda de uma chance é uma dos estágios mais importantes, por ser o último, aquele que ligara a chance perdida ao valor pecuniário. Não é praticável esgotar, neste artigo, o total de possibilidades de indenização da perda de uma chance. Então, conclui-se que as ocasiões sempre

variam de acordo com o caso concreto e, conseqüentemente, seu critério de quantificação e sua valoração apresentaram alteração de perspectivas.

2.5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DIANTE DO ERRO MÉDICO

O conteúdo ganhou maior notoriedade devido ao âmbito médico. Isto por que, acredita-se que a primeira vez que a perda de uma chance foi utilizada foi em meados de 1967 numa importante decisão sobre a responsabilidade médica diante de um erro de diagnóstico que acabou tirando as chances de cura da vítima.

Baseando-se nos ensinamentos da Ministra Nancy Andrichi (2013) no caso de erro médico, a teoria em tela apresenta algumas distinções da aplicação tradicional, pode-se observar isso ressaltando que a teoria tradicional ocorre quando o agente frustrou a possibilidade da pessoa conseguir uma vantagem, já a teoria por erro médico, se realiza quando o médico, devido a um erro, faz com que a pessoa não tenha um tratamento de saúde adequado para curá-la e evitar sua morte. Outro ponto que distingue uma da outra é que na teoria clássica, existe sempre uma convicção em relação a autoria do fato que gerou a frustração da oportunidade, porém existe a incerteza em relação à extensão dos danos. Já na teoria relacionada com o erro médico, a extensão do dano já se definiu, pois a vítima morreu ou então sofreu uma lesão capaz de medir a extensão, restando apenas saber se esse dano teve como concausa à conduta do réu.

A matéria pode ser utilizada como método para a investigação da responsabilidade civil gerada pelo erro médico no cenário em que o erro tenha sintetizado as chances autênticas e efetivas de melhora do paciente que venha a falecer devido ao tratamento impróprio da doença.

Insta lembrar que nenhum médico, independente de sua competência, tem como assumir a obrigação de curar o paciente ou de garantir que irá salvá-lo, em casos graves ou terminais. Mesmo com toda tecnologia e desenvolvimento, a medicina apresenta ainda várias limitações.

Dessa forma, a obrigação assumida pelo médico, é a de assegurar ao enfermo os cuidados necessários e oportunos, de acordo com suas limitações, ou seja, o profissional médico não garante a cura, mas sim a prestação dos seus afazeres conforme as normas e recursos do cargo.

Nessa linha de raciocínio, Melo (2008, p. 25) dispõe acerca da aplicação da teoria aos casos médicos, transcrevendo que a teoria da perda de uma chance, de cura ou sobrevivência, faculta a vítima o amparo jurídico oportuno para litigar ressarcimento em caso de fracasso do auxílio médico, que possa ter vindo a destituir as chances de alcançar ou levantar a cura. Para que isso aconteça é essencial, que esteja preeminente disposto a austeridade da viabilidade da cura e seu nexos de causalidade direta com os feitos exercidos pelo médico desidioso.

Porém, é válido lembrar que em alguns casos de ações comissivas ou omissivas dos profissionais médicos são capazes de motivar as ações de ressarcimento (ação de reparação de danos) pela perda de uma chance. De acordo com essa diretriz, Schmitt (2010, p. 82), tem-se:

Na seara médica, o indivíduo pode perder as chances de cura de sua moléstia porque o médico-assistente, quando lhe examinou, não o encaminhou para algum tratamento específico, não lhe receitou o medicamento adequado, deixou de pedir exames, preferiu um diagnóstico equivocados, agindo com desídia indesculpável etc.

Temos como exemplo clássico na doutrina da aplicação da teoria a medicina, quando o agente ao procurar auxílio médico este não diagnosticou o câncer que o mesmo possuía, vinda a ser constatado apenas após algum tempo por outro profissional da mesma área. Vê-se nesse caso que as chances de cura, se diagnosticado no tempo da primeira consulta eram muito maiores, levando a eliminar chances de sobrevivência do doente a imperícia do profissional.

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.
2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. (...). (STJ, 3ª Turma, REsp 2011/0078939-4, Min. Nancy Andrichi, j. em 4/12/2012)

O que se perde, nos casos que envolvem a medicina a teoria da perda de uma chance, não é a chance de continuidade da vida, mas sim, a oportunidade de lograr a cura. E, nessa área, o que se tira, quando praticado o fato que

enseja a aplicação da matéria, é exatamente a falta de possibilidade de cura do paciente, todas as possibilidades ou até mesmo chances de sobrevivência.

Porém, conforme Rosário (2009, p.7) nos afirma, a chance deve ser séria e possível de se realizar, assim sendo, o corriqueiro cenário de melhora não justifica a responsabilidade civil médica.

A jurisprudência brasileira vem adotando parecer equivalente ao da Core de Cassação francesa, isto é, tem aplicado a teoria em questão para a área médica sem realizar nenhuma diferenciação relacionada aos casos que acomodam a definição do dano específico, quando ação do acusado cessa o processo incerto em que se encontra vítima, como demonstrado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 19/12/2007 – VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (PERTE DUNE CHANCE), QUE ALARGA O NEXO DE CAUSALIDADE, POSSIBILITANDO A RESPONSABILIDADE MÉDICA, AINDA QUE NÃO OCORRA O ERRO MÉDICO PROPRIAMENTE DITO, SENDO SUFICIENTE A OCORRÊNCIA DE CONDUTAS NEGLIGENTES OU FALTA DE DIAGNÓSTICO PRECISO. NO CASO, HOUVE FALTA DE UM DIAGNÓSTICO PRECISO, ALÉM DE TER HAVIDO ERRO DE PROCEDIMENTO, QUANDO A TRAQUÉIA FOI LESIONADA NA INTUBAÇÃO, EMBORA A INFECÇÃO CAUSADA PELA LESÃO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS DO PACIENTE, MOTIVO PELO QUAL A SENTENÇA FOI DE IMPROCEDÊNCIA. PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, AINDA QUE O ERRO NO PROCEDIMENTO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MORTIS, O FATO DE O PACIENTE NÃO TER TIDO A CHANCE DE SOBREVIVER, EM RAZÃO DA FALTA DE SEGURANÇA DA EQUIPE DAS RÉS EM CONCEDER UM DIAGNÓSTICO PRECISO, JÁ IMPORTA NA CONDENAÇÃO DO HOSPITAL PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA ESPOSA DO FINADO, EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DESTA. VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE FIXA EM R\$ 40.000,00. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

Assim, torna-se possível a utilização da teoria no âmbito médico, pois se exclui a necessidade de uma forma nova de averiguar o nexo causal, dando oportunidade para sua aplicação na forma preconizada.

A indenização que o médico poderá vir a pagar, caso comprovada a perda da chance pelo erro médico, será calculada através do cálculo da chance de cura ou sobrevivência perdida. Ou seja, o montante deve equilibrar-se na probabilidade que a vítima tinha de cura ou sobrevivência.

Melo (2008, p.27) aborda com relação à indenização nessa seara, alegando que a mesma não acontece de forma integral, pois se trata de uma probabilidade e não de uma certeza, dessa forma a indenização a título de perda de uma chance de cura ou sobrevivência deve ser parcial.

Se tratando do cirurgião plástico, para a viabilidade da aplicação da tese na conduta do mesmo, entende-se que as modificações causadas na aparência da vítima não precisam ser horrendas cicatrizes ou feridas, bastando que o cliente tenha transitado por uma transformação na aparência, que não tenha sido desejada por ela, diferentemente do que tenha sido acordado com o médico cirurgião plástico.

Para que seja viável esse tipo de ressarcimento o dano causado deve ser permanente, pois caso ele seja passageiro ou de pequena duração, a indenização se dará baseada nas perdas e danos tradicionais.

Porém, vale-se lembrar de que, ainda há como o profissional da área plástica não se responsabilizar pelo resultado indesejado, basta que o mesmo comprove que não houve culpa de sua parte ou ainda, certificar a falta de nexo causal entre a ação por ele prestada e o fracasso da operação.

Ainda sobre a indenização, é notório que a perda de uma chance de cura, apóia-se no argumento que conduz a teoria em todos os casos por ela tratados, não apenas nos casos da área médica, isto é, deve seguir o roteiro da perda da oportunidade de conseguir a vantagem desejada e não pela perda da própria vantagem. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2010, p. 395), sistematiza que o elemento determinante da indenização é a perda de uma chance de se obter o resultado benéfico no tratamento.

Silva (2009, p. 207) preceitua ainda que, quanto a aplicação da matéria no âmbito médico no sistema jurídico pátrio, consegue-se assegurar que há resistente disposição jurisprudencial na linha de permitir a aplicação da teoria da perda de uma chance para se indenizar a oportunidade perdida.

De acordo com a 3ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça (2012):

[...] A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a sua apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão de doença tratada de maneira inadequada pelo médico. (STJ, 3ª Turma. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012)

O Superior Tribunal de Justiça usa como exemplo de caso concreto da teoria em questão, o caso onde “R”, viúvo de “V”, ajuizou ação de indenização contra “M”, médico o qual era responsável pelo tratamento da falecida, que possuía câncer de mama.

Alegou o autor que, durante o processo de tratamento da moléstia, “M” realizou uma quantidade excessiva de erros médicos, entre os quais se acentuam os seguintes: posteriormente o tratamento inicial da doença não foi indicado

que se realize a quimioterapia; a mastectomia efetuada foi fracionada (quadrantectomia), quando o ideal seria a mastectomia radical; não foi passado a informação para a paciente para não mais engravidar; com o desvanecer da doença, mais uma vez o tratamento foi sem total efetividade; o aparecimento da metástase não foi reconhecido pelo médico; etc.

Assim sendo, o laudo da perícia alegou que, de fato, houve erro médico.

Dessa forma, o réu foi condenado por danos morais e materiais, com embasamento legal na teoria da perda de uma chance.

3 CONCLUSÕES/CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista, que o tema é ainda, relativamente novo no Brasil, há muita discussão e pouco entendimento doutrinário sobre o tema, merecendo varias considerações para que seja evitado o desvirtuamento, adaptações errôneas ou até mesmo que o tema seja utilizado para uma busca desenfreada de indenizações para qualquer situação, caindo na chamada “indústria do dano moral”.

Assim sendo, a teoria da perda de uma chance cabe a sua aplicação em erro de diagnóstico, devendo ser aplicada aos casos nos quais o erro do diagnóstico gera o tratamento descabido e danos irreversíveis ao enfermo, conforme demonstra o julgado abaixo:

0001629-23.2004.8.19.0209 - 1ª Ementa - APELACAO DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 22/09/2010 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL. CABIMENTO. 1. DO AGRAVO RETIDO2. DA RELAÇÃO DE CONSUMO3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL4. DO DANO MORAL5. CONCLUSÃO1. Preliminar de decadência afastada, tendo em vista a hipótese dos autos versar sobre fato de serviço. 2. Evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidora descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como a demandada na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. Outrossim, é objetiva a responsabilidade da apelante. Precedente. 3. Indiscutível o dano causado pela recorrente à autora. Aplicação da teoria da perda de uma chance, pois de acordo com a prova dos autos se o diagnóstico realizado no primeiro momento fosse preciso, possivelmente o procedimento seria mais conservador, sendo desnecessário procedimentos invasivos e danosos como os suportados pela autora.4. Manutenção do dano moral no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), face às peculiaridades do caso concreto.5. Recurso que não segue.

O diagnóstico desacertado pode conduzir o enfermo para uma perda de chance de escapar dos riscos oriundos do erro cometido pelo profissional da área médica. O diagnóstico pode ser definido como a análise do médico sobre o estado atual do paciente ou, até mesmo, sobre o futuro do mesmo, ou seja, é a atividade que define uma doença partindo dos sintomas apresentados.

Sendo assim, se as formas intelectuais e técnicas postas em ação por um profissional cuidadoso e competente da seara médica não forem acionados, a responsabilidade do mesmo pode ser comprometida. Mas, sendo o diagnóstico tem um certo grau de dificuldade para ser definido, não se deve reclamar do médico, exceto se o mesmo tiver se conformado com os elementos obtidos da ciência medical, caso seja necessário chamar terceiros competentes.

Por fim vale a pena lembrar, que a teoria em questão deve ser empregada de maneira extraordinária, devendo ser aplicada apenas se esgotadas as possibilidades do emprego da teoria ortodoxa do nexos de causalidade, excluindo instantaneamente a teoria estudada. Essa obrigação do médico é determinada como obrigação de meio.

REFERÊNCIAS

(1)Busnello, Saul José e Weinrich, Jair. Artigo: Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise doutrinária. Disponível em <<http://www.oab-sc.org.br/artigo.do?artigoadvogado.id=736>>. Acesso em 18 de out. de 2013.

(2) Erro médico e perda de uma chance. Neri Tadeu Camara Souza. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/>>. Acesso em 18 de out. de 2013

(3) Responsabilidade Civil do Médico. 3. Ed., São Paulo: Editora RT. 1998. Acesso em 21 de out. de 2013.

(4) SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Acesso em 21 de out. de 2013.

- (5) KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50. Acesso em 22 de out. de 2013.
- (6) SCHMITT, Cristiano Heineck. Responsabilidade civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. Acesso em 22 de out. de 2013
- (7) MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008. Acesso em 23 de out. de 2013
- (8) VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Acesso em 23 de out. de 2013
- (9) ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Acesso em 25 de out. de 2013
- (10) CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo:Atlas, 2010. Acesso em 25 de out. de 2013.
- (11) SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. Disponível em: <<http://www.vejadireito.com/2012/04/silva-rafael-peteffi-da.html>>. Acesso em: 23 abr. 2013.
- (12) CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- (13) SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006.
- (14) STJ, 3ª Turma. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.
- (15) CAVALIERI FILHO. Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- (16) SAVI. Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.
- (17) Embargos Infringentes Nº 70055118376, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/08/2013
- (18) Apelação Cível Nº 70056445208, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 30/10/2013)
- (19) Apelação Cível Nº 70056445208, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 30/10/2013
- (20) Apelação Cível 0001629-23.2004.8.19.0209, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Jose Carlos Paes, Julgado em 06/10/2010.