

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
JOÃO VICTOR THOMAZ MEDINA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NA
RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO EM DIREITO
RIO DE JANEIRO

2021

JOÃO VICTOR THOMAZ MEDINA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NA
RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ).
Orientador: Professor Dr. RAFAEL ESTEVES.

CIP - Catalogação na Publicação

Ta THOMAZ MEDINA, JOÃO VICTOR
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE
CURA NA RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE
JANEIRO / JOÃO VICTOR THOMAZ MEDINA. -- Rio de
Janeiro, 2021.
78 f.

Orientador: Rafael Esteves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Teoria da perda de uma chance de cura. 2.
Responsabilidade civil . 3. Responsabilidade
médica. I. Esteves, Rafael, orient. II. Título.

JOÃO VICTOR THOMAZ MEDINA

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NA
RESPONSABILIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Monografia apresentada junto à Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de Direito Processual Civil, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel, sob orientação do Prof. Dr. RAFAEL ESTEVES.

Data da Aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2021

RESUMO

Medina, JV. T. A aplicação da teoria da perda de uma chance de cura na responsabilização por erro médico à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 80 p. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

No presente trabalho busca-se analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura na responsabilidade civil por erro médico, com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O método utilizado nessa monografia é o dedutivo. A técnica utilizada é a pesquisa, principalmente a doutrinária e a jurisprudencial. Em um primeiro momento é realizada uma análise sobre o início do desenvolvimento e aplicação da teoria em ordenamentos estrangeiros, e então sua implementação pelo ordenamento pátrio, discorrendo sobre sua natureza jurídica. Posteriormente é abordada a responsabilidade civil dos médicos, sendo necessário esclarecer pontos acerca do conceito de erro médico, deveres desses profissionais e a formação da culpa médica. Também foi fundamental a pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da teoria pelo Tribunal do estado, para enfim analisarmos se essa aplicação vem acontecendo de forma satisfatória nos casos concretos segundo os princípios da teoria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Perda de uma chance; Responsabilidade dos médicos.

ABSTRACT

In the present work, I try to analyze the application of the theory of loss of a chance of cure in the civil responsibility for medical malpractice, with emphasis in the Brazilian legal system and jurisprudence of the Court of Justice of Rio de Janeiro. The method used in this monograph is the deductive. The technique used is research, especially doctrinal and jurisprudence. At first, an approach is taken to analyze the beginning of the development and application of the theory in foreign legal systems, and then it's application in the Brazilian legal system, highlighting it's legal nature. Subsequently the civil responsibility of Doctors is addressed, being necessary to clarify points about the concept of medical malpractice and the duties of these professionals. The doctrinal and the jurisprudence researches about the application of the theory by the state court were also fundamental to finally analyze if this application is happening in a satisfactory manner in the concrete cases.

Key-words: Civil responsibility; Loss of a chance of cure; Liability of Doctors.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	13
1.1 Origem da teoria no direito estrangeiro	18
1.2 Modalidades de perda de uma chance	19
1.2.1 Perda de uma chance clássica	21
1.2.2 Perda de uma chance de cura ou sobrevivência	23
1.2.3 Sistematização: Perda de uma chance clássica x perda de uma chance de cura ou sobrevivência	25
1.3 Natureza jurídica	25
1.3.1 A confusão entre perda de uma chance e lucro cessantes	26
1.3.2 Perda de uma chance como dano emergentes	27
1.3.3 Perda de uma chance como dano autônomo	28
1.3.4 Perda de uma chance como dano moral	29
1.3.5 A natureza jurídica da perda de uma chance de cura ou sobrevivência	30
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	34
2.1 Origem e desenvolvimento	34
2.2 Conceito da responsabilidade civil médica	37
2.3 Natureza jurídica	38
2.4 Erro médico e culpa médica	39
2.5 Direitos e deveres do médico e do paciente	43
2.6 Responsabilidade de hospitais, médicos e poder público à luz do Código de Defesa do Consumidor	46
3 A PERDA DE UMA CHANCE DE CURA NA RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO	51
3.1 Hipóteses de aplicação	51
3.2 Pressupostos	52
3.2.1 Chance real e séria	52
3.2.2 Quantificação	57
3.3 Análise de temas frequentes	65
3.3.1 Morte	68
3.3.2 Criança natimorta e falecimento de feto na gestação	69
3.3.3 Sequelas	71
3.3.4 Erro de diagnóstico	71

4. Conclusão

74

REFERÊNCIAS

77

INTRODUÇÃO

O tema em destaque foi escolhido pois o direito à vida e ao bem-estar de saúde tratam-se dos direitos mais básicos de um ser humano. Logo, para cuidar da saúde e preservar a vida a sociedade conta com profissionais capacitados: os médicos. Não obstante, não é incomum nos depararmos no cotidiano com casos de supostos erros médicos que acabam por contribuir com o falecimento ou com sequelas para o paciente. Tal fato motiva o ingresso por parte desse paciente ou familiares no judiciário para buscar reparação civil.

Ocorre que a doutrina tradicional da responsabilidade civil é pautada somente na certeza absoluta do dano e demonstração de culpa, de modo que, como seria impossível afirmar que de fato o paciente seria curado caso não tivesse ocorrido o erro médico, os tribunais não reconheciam o direito à indenização.

Com o desenvolvimento e transformação do campo ao longo dos anos, surgiu na França a Teoria da Perda de uma Chance, que defende que a reparação civil nesses casos deve ser pautada não no dano final em si, mas na perda de uma oportunidade de obter um resultado favorável ou de evitar um prejuízo. No caso do erro médico, a reparação seria em função da perda da oportunidade de se curar ou sobreviver.

Sendo assim, existe debate acerca da aplicabilidade dessa teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro em casos em que o erro médico retira a oportunidade de um paciente de obter uma cura ou de evitar algum resultado desfavorável, como questionamentos acerca dos pressupostos para aplicação e natureza jurídica desse instituto.

No presente trabalho será utilizada como técnica a pesquisa com enfoque na doutrina e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, bem como a análise de outras doutrinas e jurisprudências com a francesa e a italiana, onde a teoria primeiramente se desenvolveu. Será utilizado o método dedutivo.

Com isto, pretende-se aferir se a teoria da perda de uma chance de cura, de acordo com os princípios que a regem, vem sendo aplicada de maneira correta à luz dos seus princípios nos casos concretos envolvendo erro médico que tramitam no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Origem da teoria no direito estrangeiro

Ao longo do século XIX, os ideais de individualismo e voluntarismo que eram característicos do Estado Liberal da época contribuíam para um entendimento de responsabilidade civil baseada em um “indivíduo culpado e responsável”.¹

Sendo assim, a responsabilidade civil passava obrigatoriamente pela demonstração de culpa, uma conduta moralmente repreensível do autor, pautada na negligência, imprudência ou imperícia.²

Com o advento do início do século XX e a industrialização e massificação da sociedade, no entanto, o Estado passou a quebrar os paradigmas liberais e individualistas, polarizando-se para o Estado Social.³

Portanto, as características do sistema liberal e individualista da responsabilidade civil passaram a ser relativizadas, possibilitando o surgimento da responsabilidade civil objetiva, que não mais tinha como condição indispensável para a reparação civil o elemento da culpa.⁴

Tal mudança promoveu uma inversão no eixo da responsabilidade civil, que não mais se preocuparia tanto em encontrar um caráter culposo na conduta do agente, mas sim em reparar o dano sofrido pela vítima.⁵

A partir dessa relativização do requisito da culpa na responsabilidade civil, também houve espaço para o desenvolvimento contemporâneo relativizar outros requisitos tradicionais, como os conceitos de causalidade e dano, novamente com o enfoque de reparação da vítima, em consonância com o avanço da realidade social, econômica e tecnológica.⁶

1 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p.2-3

2 Ibidem, p. 3

3 Ibidem, p.8-9

4 Ibidem, p.10

5 Ibidem, p.4

6 Ibidem

O resultado da transformação desses paradigmas na responsabilidade civil foi a ampliação o conceito de dano reparável. Portanto, para além de somente os danos diretos e tangíveis, também passaram a ser indenizáveis danos que possuem causas intangíveis e emocionais, abrangendo fatos como quebras de expectativa, estresse emocional, e também a perda de uma chance.⁷

O exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance foi na jurisprudência francesa em um caso julgado pela Corte de Cassação em 17 de julho de 1889, no qual a atuação culposa de um oficial ministerial retirou as possibilidades de uma demanda ter êxito.⁸

A partir desse caso, a jurisprudência francesa passou a abranger cada vez mais a aplicação desse conceito, se tornando o sistema mais evoluído da família romano-germânica na utilização da perda de uma chance. Logo, a utilização dessa teoria passou a ser aplicada na França tanto nos danos advindos de inadimplemento contratual, como em naqueles gerados por ilícitos absolutos, bem como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva.⁹

Savi chama atenção para o desenvolvimento da teoria na Itália, em 1940, que começou a ser objeto de estudo por Giovanni Pachioni, professor da Università de Milano, em sua obra *Diritto Civile Italiano*.¹⁰

Pacchioni, a partir de exemplos citados pela doutrina francesa, passou a indagar o que ocorreria nos casos em que alguém privasse um terceiro de possibilidade de lucro mediante conduta culposa.¹¹

Alguns exemplos citados por Pacchioni *apud* Savi, são:

“um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande

7 Ibidem, p.7

8 Ibidem, p.11

9 Ibidem, p.11-12

10 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 7

11 Ibidem, p.7

Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer in albis o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável.”¹²

Para o autor italiano, essas condutas culposas seriam, apesar de gerarem uma situação desagradável, incapazes de ensejar dano patrimonial e portanto uma possível reparação, tendo em vista que, segundo o mesmo, uma possibilidade tem um valor social notável, mas não um valor de mercado.¹³

Já Adriano De Cupis *Apud* Savi, em 1966, reconheceu a existência de um dano indenizável nos mesmos casos citados por Pacchioni. Para Savi, De Cupis foi o responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento italiano. A partir de De Cupis foi possível visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a chance perdida como dano emergente, ao contrário de lucro cessante, como vinha sendo feito, o que permitiu afastar as objeções a respeito da incerteza do dano final.¹⁴

Nas palavras de De Cupis *Apud* Savi:

“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”¹⁵

No entanto, Savi aponta que foi a partir do trabalho de Maurizio Bocchiola, em 1976, também professor da Università di Milano, que ocorreu a adequada compreensão da problemática dessa teoria.¹⁶

Bocchiola, em seu trabalho intitulado “*Perdita di una chance e certezza del danno*” fixou premissas e esclareceu conceitos acerca da teoria, chegando à conclusão de que não

12 Ibidem, p.7

13 Ibidem, p.8

14 Ibidem, p.10

15 Ibidem, p. 11

16 Ibidem, p. 12

havia nenhuma justificativa normativa que impedia a sua aplicabilidade para a indenização por chances perdidas no ordenamento italiano.¹⁷

Já no sistema do *common law*, a primeira aparição da teoria foi durante o caso *Chaplin v. Hicks*, ocorrido em 1911, no Reino Unido. Neste, a autora tratava-se de uma das finalistas de um concurso de beleza promovido pelo réu, que proibiu a mesma de participar da fase final. Como eram 50 finalistas concorrendo a 12 prêmios, a defesa da autora argumentou que a autoria possuiria 25% de chance de ser premiada, de acordo com o cálculo matemático de probabilidade.¹⁸

No caso *Falcon v. Memorial Hospital*, ficou evidente a possibilidade de utilização da perda de uma chance na seara médica. Os fatos versavam sobre uma gestante que adentrou o hospital em trabalho de parto, no entanto faleceu logo após ter dado a luz em decorrência de embolia por fluído amniótico. A família da gestante buscou reparação civil em face do hospital com o argumento de que, apesar do fato de que pacientes que sofrem esse tipo de embolia possuem 37% de chance de sobrevivência, houve negligência do médico responsável que seria responsável por subtrair toda essa chance da gestante em sobreviver a embolia. Na ocasião, a Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação civil para a família.¹⁹

Bocchiola também abordou a questão da perda de uma chance na responsabilidade médica em seu trabalho. Para Bocchiola *Apud Savi*, a perda de uma chance por erro médico era o único problema ainda objeto de controvérsia nos países que admitiam a responsabilidade por chances perdidas, sendo a teoria por vezes corretamente aplicada e outras não.²⁰

O autor italiano apontou que nos casos de perda de uma chance de cura ou sobrevivência, o termo *chance* deveria ser usado com um significado diverso daquele tradicional. Para além, a teoria da perda de uma chance somente seria aplicável na

17 Ibidem, p.19

18 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 11

19 Ibidem, p12

20 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p.23

responsabilidade civil médica se essa *chance* preexistisse, sem que se pudesse ter certeza da cura ou da morte do paciente, decorrente do erro médico.²¹

Savi, para ilustrar essa hipótese, cita como exemplo o caso de um doente que tem a possibilidade de sarar sob a condição de que o médico o trate corretamente, no entanto restou comprovado que o erro médico fez com que o paciente perdesse aquela oportunidade. Logo, o erro do médico não causa a doença, mas faz com que o paciente perca a oportunidade de ser curado. Nesse contexto, a teoria da perda de uma chance poderia ser aplicada, segundo o entendimento de Bocchiola.²²

Já como um exemplo de aplicação ao seu ver equivocada, da teoria, Bocchiola *Apud* Savi cita um caso em que um paciente faleceu na sala de cirurgia, sem que o cirurgião estivesse sendo assistido por um anestesista. Nesse caso, julgado em 1965 pela Corte de Cassação francesa, foi decidido que, mesmo não existindo certeza de que o a causa da morte foi o fato de que o cirurgião operou sem a assistência de um anestesista, foi retirada do paciente uma chance de sobreviver, em decorrência da falta do profissional na ocasião, condenando o cirurgião a uma indenização parcial.²³

Para Bocchiola, em casos semelhantes a esse, não há a perda de uma chance preexistente de cura. É a conduta do médico que provoca originalmente o fato de que decorre o dano. Portanto, o erro médico faria com que surgisse e ao mesmo tempo seja perdida a probabilidade de cura. A conduta do médico, nesse caso, não faria com que o paciente perdesse uma chance, mas causaria ou não o dano integralmente.²⁴

Sendo assim, conclui o doutrinador italiano que em casos semelhantes ao do anestesista, em que a chance ainda não existia no patrimônio do paciente anteriormente à intervenção do médico, o problema seria relativo à causa ou ao concurso de causas na produção do dano, não sendo aplicáveis as indenizações por chances perdidas.²⁵

21 Ibidem

22 Ibidem, p.24

23 Ibidem

24 Ibidem

25 Ibidem, p.25

1.2 Modalidades de perda de uma chance

Rafael Peteffi cita corrente, defendida principalmente por Jacques Bore e John Makdisi, que fundavam qualquer aplicação da responsabilidade por perda de uma chance no instituto da causalidade parcial. Em sentido oposto, Joseph King Jr. e Georges Durry defendiam que a reparação pelas chances perdidas seriam atreladas a um alargamento do conceito de dano.²⁶

No entanto, Peteffi defende uma sistematização, que afirma também ser defendida pela majoritária doutrina francesa, na ruptura radical entre os casos de perda de uma chance na seara médica e os demais casos, que seriam agrupados na denominada teoria “clássica” da perda de uma chance.²⁷

Será feita uma breve explanação acerca do que consistem as duas modalidades, para ao final explicar as principais diferenças e os argumentos que defendem essa classificação.

1.2.1 Perda de uma chance clássica

Savi explana que o termo *chance*, utilizado originalmente pelos franceses, possui o significado jurídico de uma probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. Na visão do mesmo, o sentido jurídico da teoria de perda de uma chance seria melhor traduzido por meio da nomenclatura perda de uma *oportunidade*.²⁸

Para Flávio Tartuce, a perda de uma chance é caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa ou oportunidade futura que, dentro de uma lógica razoável, ocorreria caso os eventos tivessem seguido seu curso normal. Além disso, ressalta a importância de que a chance seja séria e real.²⁹

26 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 83

27 Ibidem

28 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p.3

29 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Método, 2018, p.591

Compreendamos também a perda de uma chance clássica à luz das palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

“Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem. Essas são típicas hipóteses da chamada perda da chance clássica, nas quais a conduta do agente faz a vítima perder a chance. Há certeza quanto a autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto a extensão dos danos decorrentes desse fato.”³⁰

Trata-se da perda de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições de concorrer à situação futura esperada, bem como a chance perdida reparável deve caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado.³¹

Logo, é preciso ser feita em cada caso uma análise fática sobre se a probabilidade de resultado favorável que era esperada seria razoável ou tão somente uma mera possibilidade aleatória. Isso pois a vantagem esperada não poderia consistir em mera eventualidade, suposição ou desejo, sob pena de premiar oportunismos no lugar de reais chances perdidas.³²

A perda de uma chance consiste, dessa maneira, na perda da *possibilidade* de conseguir um resultado ou de se evitar um dano, e não na perda de um resultado certo, uma vez que nunca se poderia ter certeza de que o evento favorável iria se realizar de fato.³³

Para a existência da perda de uma chance não se exige a certeza da vantagem futura, bastando a certeza da probabilidade de que o indivíduo dispunha de auferir o resultado favorável.³⁴

Deve ser feita uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Portanto, a indenização sobre chances perdidas sempre incide sobre a perda da oportunidade de obter a vantagem, e não pela perda da própria vantagem. Levando isso em consideração, o

30 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 98

31 Ibidem

32 Ibidem

33 Ibidem, p.99

34 Ibidem

montante do *quantum* indenizatório sobre a chance perdida sempre é inferior ao montante que refletiria integralmente a própria vantagem.³⁵

Um caso emblemático frequentemente utilizado para ilustrar a teoria da perda de uma chance é o do programa de televisão “Show do Milhão”. O programa consistia em uma série de perguntas que eram feitas ao participante, que se as respondesse corretamente em sequência, poderia chegar a receber até um milhão de reais.

Em determinada edição, uma participante já havia conquistado o montante de quinhentos mil reais, devendo responder corretamente uma última pergunta para alcançar o prêmio máximo de um milhão de reais.

No entanto, a última pergunta formulada pelo programa na realidade não tinha nenhuma resposta correta. Logo, a participante, não sabendo como responder, optou por não fazê-lo, permanecendo com a quantia de quinhentos mil reais que já havia acumulado.

Posteriormente, a participante ajuizou demanda contra a empresa promotora do programa, alegando que caso a última pergunta tivesse sido formulada corretamente, poderia ter conquistado o valor de um milhão de reais.

No caso, ao ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi dada aplicação à teoria da perda de uma chance. A decisão entendeu que, embora não se pudesse ter certeza de que a participante teria respondido a última pergunta corretamente, de modo que não se poderia conferir indenização integral aos quinhentos mil reais adicionais que poderia auferir com o acerto, restou evidente a perda de oportunidade.

Dessa forma, foi concedida indenização pela perda de uma chance no montante de cento e vinte e cinco mil reais, equivalente a um quarto do valor em comento, por ser a probabilidade matemática de acertar a última pergunta.

35 Ibidem

1.2.2 A perda de uma chance de cura ou sobrevivência

É importante frisar que a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência tem uma aplicabilidade um pouco diferente da perda de uma chance clássica, podendo ser considerada como uma situação atípica de chances perdidas.³⁶

A teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência passou a ser adotada na França, a partir de 1965, para resguardar a vítima em casos de danos corporais indenizáveis, evitando entraves proporcionados pela formação de culpa do agente causador do dano.³⁷

Isso se deve ao fato de o agravamento do estado de saúde, invalidez ou morte do paciente poder tanto dever-se à culpa do profissional médico que o tratava quanto à progressão natural das condições patológicas do paciente.³⁸

Portanto, como na maioria das vezes não é possível afirmar que determinado ato ou omissão do médico foi determinante para o resultado final (agravamento de saúde, invalidez ou morte), supõe-se que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura ou sobrevida, com consequente indenização por esta perda. Logo, é presumido que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura ou sobrevida do paciente.³⁹ À luz das palavras de Miguel Kfoury Neto:

“Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre a culpa e o dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente.”⁴⁰

Ataz López *Apud* Kfoury Neto explica que não foi o próprio médico quem, com seus atos, causou o dano. No entanto, em razão de omissão ou por ter adotado medidas ineficazes, não se incumbiu do poder-dever de interromper a enfermidade. Dessa forma, terá violado seu dever jurídico de atuar de maneira eficaz, e portanto, poderá ser configurada uma causalidade

36 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 98

37 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.64

38 *Ibidem*

39 *Ibidem*

40 *Ibidem*

jurídica com o intuito de lhe imputar o dano resultante de uma enfermidade natural do paciente.⁴¹

Ressalta-se que a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência surge justamente para suprir a dificuldade da formação do nexos causal entre a atuação do médico e o dano final sofrido pelo paciente.⁴²

A problemática gira em torno, portanto, do nexos causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso traduzido na perda da chance de sobrevivência ou cura. A falha é não proporcionar ao paciente todas as oportunidades possíveis.⁴³

Logo, para a configuração da perda de uma chance de cura, a conduta médica não pode ter provocado *ab origine* o fato de que decorre o dano, mas tão somente retirado a oportunidade de cura de uma enfermidade originada naturalmente.⁴⁴

As diferenças entre a perda de uma chance clássica e a perda de uma chance de cura ou sobrevivência serão abordadas de maneira mais aprofundada no capítulo a seguir.

1.2.3 Sistematização: Perda de uma chance clássica x perda de uma chance de cura ou sobrevivência

A corrente majoritária aceita na doutrina francesa, berço da teoria, ainda hoje, e defendida por Rafael Pettefi, defende a sistematização da teoria da perda de uma chance em duas modalidades, a “clássica”, que significa o reconhecimento de um dano específico, e da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, aplicada na seara médica.⁴⁵

41 Ibidem, p.65

42 Ibidem

43 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2014, p. 104

44 Ibidem

45 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 84

Sérgio Savi, apesar de tratar quase que exclusivamente da teoria clássica em sua obra, afirma também concordar com essa sistematização defendida por Peteffi.⁴⁶

Na perda de uma chance aplicada na seara médica, a análise da chance perdida necessariamente é feita por meio de uma análise de um fato já ocorrido, pois é fato já consolidado que o paciente restou inválido ou morto. Já na aplicação clássica, a análise da chance perdida passa pela suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se poderá saber.⁴⁷

Portanto, a corrente doutrinária em questão busca fazer uma diferenciação entre a reparação retrospectiva da perda de uma chance pretérita e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro.⁴⁸

Uma das condições básicas para a concessão de indenização nos casos clássicos de responsabilidade civil é o nexo de causalidade entre uma conduta e o dano. Não obstante, na perda de uma chance na seara médica, é possível que no lugar de esmiuçar se a falha médica está em relação de causalidade direta com o dano, os juízes passam a perguntar aos peritos qual a probabilidade de existir nexo de causalidade, com o intuito de conceder uma indenização parcial, na hipótese da causalidade com o dano final não ser definitiva. Exemplo dessa hipótese é citada por Peteffi⁴⁹:

“Em 14 de dezembro de 1965, a Corte de Cassação francesa decidiu um caso no qual um menino de oito anos havia sofrido um acidente e machucado o braço. O menino foi atendido por um médico que constatou uma fratura no braço machucado e passou a tomar as medidas coerentes para curar a fratura. Todavia, certo tempo depois, devido a constantes dores do menino, foi constatado por outros médicos que o menino apresentava problemas no cotovelo, tendo ficado com certas deficiências permanentes nos movimentos do braço. Os peritos concluíram que o primeiro médico havia efetuado um diagnóstico equivocado, originando as sequelas que afligem o menino. Entretanto, a Corte de Cassação entendeu que a falha do médico não apresentava uma relação de causalidade absoluta com o dano final (sequelas), afirmando que o erro no diagnóstico apenas havia subtraído algumas chances de cura.”

46 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 46

47 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013, p.84

48 Ibidem

49 Ibidem, p.85

Portanto, deve-se analisar se as chances de cura perdidas estão localizadas antes ou depois da consolidação do acidente. No primeiro caso, se estaria diante de uma causalidade clássica, do contrário, se utilizaria da causalidade parcial para determinar o dano.

Na perda de uma chance clássica essa utilização da causalidade parcial não pode ser empregada. Nos casos “clássicos”, a perda das chances faz com que o resultado futuro esperado antes do ato culposo reste agora absolutamente impossível. Destarte, o ato culposos encontra em relação de causalidade direta e necessária com a interrupção desse processo, que nunca poderá se saber qual resultado geraria. Exemplo clássico é o de um advogado que perde o prazo para interpor um recurso. Nunca se saberá se o recurso seria provido ou não, mas ocorreu a perda da oportunidade de ver o recurso apreciado pelo tribunal.

À luz das palavras precisas de Jean Penneau *Apud* Peteffi:

“Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (u n efa u te) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde 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 está 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 o 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”

Esse entendimento pode ser traduzido nos dois exemplos citados anteriormente. No caso do advogado que perde o prazo para o recurso, o referido recurso nem chega a ser conhecido, sendo impossível aferir se ele iria ser procedente ou não. A perda de uma chance foi a de ver o recurso apreciado pelo tribunal. O processo foi interrompido pelo ato culposos do advogado e nunca poderá se saber qual final teria ido (procedência ou improcedência). O ato culposos (perda do prazo) tem sempre causalidade direta e necessária com o dano (perda da oportunidade de ter o recurso conhecido).⁵⁰

No caso do médico que atendeu o menino com problemas no braço, o processo já não é mais aleatório, visto que já chegou no seu resultado final: as sequelas de movimento no

50 *Ibidem*, p.87

membro. Logo, a única dúvida que ainda deveria ser esclarecida é a relação de causalidade entre a conduta do médico e o dano final.⁵¹

Jean Penneau *Apud* Peteffi aponta que a perda de chances de cura ou de sobreviver, ao contrário da clássica, não pode constituir um dano específico e independente, uma vez que está necessariamente subordinada à existência do dano final. Mesmo que exista uma prova irrefutável de uma falha médica ao tratar um paciente, mas o paciente sobreviveu sem qualquer sequela ou problema, não pode o médico ser condenado a reparar um dano final inexistente, mesmo que o referido erro possa ter retirado algumas chances de vida do paciente.⁵²

Já na perda de uma chance clássica, existe uma independência dos prejuízos representados pela perda da vantagem esperada (dano final), que no exemplo citado seria o provimento do recurso, e a perda da chance, que seria a oportunidade de ver o recurso apreciado. Ou seja, é um dano específico e autônomo, ao contrário da perda de chance de cura, necessariamente condicionada ao dano final.⁵³

1.3 Natureza jurídica

Feitas essas considerações acerca da origem da perda de uma chance e suas principais noções, é importante tratar de sua natureza jurídica, uma vez que consiste em elemento fundamental para a matéria da responsabilidade civil.

A natureza jurídica da perda de uma chance ainda é um tema bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência. Existe corrente que enquadra as chances perdidas como dano moral. Em outras, a natureza jurídica atribuída é de dano patrimonial, por vezes como dano emergente, lucro cessante, ou até mesmo como um dano intermediário entre os dois anteriores.⁵⁴

51 Ibidem

52 Ibidem

53 Ibidem

54 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p.46

1.3.1 A confusão entre perda de uma chance e lucro cessante

Inicialmente, é primordial salientar, visto que ainda hoje ainda existe confusão nesse aspecto, que a perda de uma chance não pode ser confundida com lucro cessante, tratando-se de dois institutos diferentes.

Carlos Roberto Gonçalves define lucro cessante como a frustração da expectativa de lucro ou perda de um ganho esperado. Cita como exemplo o caso em que um ônibus é abalroado culposamente, devendo o causador do dano ressarcir a empresa proprietária as despesas referentes ao reparo do veículo (dano emergente), bem como com o que a empresa deixou de auferir no período em que o veículo permaneceu na oficina, valor que consistiria o lucro cessante.⁵⁵

Conforme foi mencionado nos capítulos anteriores, Bocchiola, nos primórdios do desenvolvimento da perda de uma chance no direito estrangeiro, já fazia uma diferenciação clara entre os dois institutos. À luz das palavras do autor⁵⁶:

“De um ponto de vista teórico, as duas fattispecies são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito como uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível.”

Destarte, o que diferencia os dois institutos é a certeza dos danos. Enquanto na perda de uma chance nunca se poderia saber se a vítima iria efetivamente obter uma vantagem no futuro caso ausente o ato culposo, portanto não existe certeza do dano, já nos lucros cessantes existe uma certeza, podendo o que se deixou de ganhar ser mensurado e determinado.

55 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**, São Paulo: Saraiva, 2017

56 BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una chance e certezza del danno** Apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

1.3.2 Perda de uma chance como dano emergente

Conforme já foi mencionado, Adriano De Cupis foi pioneiro no Direito Italiano em visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando as chances perdidas no conceito de dano emergente no lugar de lucro cessante, como vinha sendo feito.⁵⁷

A importância que essa interpretação teve foi justamente permitir reconhecer o valor de uma *oportunidade* por si só, o que possibilitou afastar as objeções acerca da incerteza sobre o dano final que impediam a tipificação das chances perdidas como lucros cessantes.⁵⁸

A propósito, esta é a interpretação defendida por Sérgio Sávi em sua obra “*Responsabilidade civil por perda de uma chance*”, trabalho de grande referência e prestígio no estudo desse tema na doutrina brasileira.

Carlos Roberto Gonçalves define dano emergente como o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois.⁵⁹ Tal espécie de dano é consagrada no artigo 402 do Código Civil.

Por essa definição, é possível aferir que o enquadramento das chances perdidas como uma espécie de dano emergente leva em consideração que oportunidade perdida pela vítima já estava inserida em seu patrimônio antes da ocorrência do ato culposos que interrompeu o processo.

O dano emergente, portanto, seria a perda da chance de auferir uma vantagem, chance essa dotada de valor e inserida no patrimônio da vítima, e não a própria vantagem. Caso fosse possível provar que essa vantagem seria com toda a certeza perquirida, o que conforme foi demonstrado em casos de chances perdidas é impossível, estaríamos lidando com um caso de lucro cessante.

57 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p.10

58 Ibidem

59 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**, São Paulo: Saraiva, 2017, p.400-401

No entanto, existem críticas a esse posicionamento, principalmente no que diz respeito a considerar a chance como parte do patrimônio preexistente da vítima.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam o patrimônio como o conjunto de direitos e obrigações pecuniariamente apreciáveis.⁶⁰ Destarte, como a chance, mesmo que real e séria, não representa uma certeza de que viria a ocorrer um acréscimo ao patrimônio da vítima, existem autores que não a consideram como um bem integrante do patrimônio preexistente.⁶¹

O argumento é de que essa interpretação eleva a chance a bem economicamente apreciável, o que não funcionaria na prática. Isso pois se a chance já fizesse parte do patrimônio da vítima, a mesma poderia vir a, em tese, realizar negócios jurídicos levando em consideração o valor da chance a ser transformada em patrimônio propriamente dito no futuro.⁶²

Um exemplo seria um candidato a concurso público que poderia contrair obrigações dando como garantia o salário a ser recebido caso fosse aprovado no certame, negócio jurídico este que seria desprovido de validade, uma vez que o fato de possuir chance de aprovação não pode ser considerado a tal ponto de poder garantir uma obrigação de cunho patrimonial, pois não existe certeza que o candidato seria aprovado.⁶³ Há quem argumente, no entanto, que nesse caso não se trataria de uma chance real e séria.

Destarte, enquanto a tipificação das chances perdidas como dano emergente por um lado pode resolver a problemática que cerca a certeza do dano, existem autores que afirmam que a referida interpretação esbarra na possibilidade de enquadrar a chance como parte do patrimônio preexistente da vítima.⁶⁴

60 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 2021

61 CARVALHO, Leandro Souza de. **Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil por perda de uma chance nos Tribunais Pátrios**. Disponível em https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220 Acesso em: 19 de agosto de 2021.

62 Ibidem

63 Ibidem

64 Ibidem

1.3.3 Perda de uma chance como dano autônomo

Para alguns autores, a natureza jurídica das chances perdidas deve ser considerada como a de um dano autônomo.

Esse é o entendimento de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, que ressalta que apesar de consistir em um dano autônomo, pode apresentar características de dano patrimonial ou de dano moral, a depender de se o caso concreto analisado versar sobre matéria patrimonial ou extrapatrimonial, porém nunca deixando de se tratar de uma espécie autônoma.⁶⁵

Rafael Pettefi segue esta mesma linha, reforçando sua posição, já explicada e utilizada nesse trabalho, acerca da sistematização da teoria da perda de uma chance no sentido de existirem duas modalidades: a primeira utilizando puramente um tipo de dano autônomo, que representaria os casos clássicos, porém embasando a chance de cura ou de sobrevivência na utilização também da causalidade parcial que o ato culposo apresenta em relação ao dano final, conforme foi elucidado nos capítulos anteriores.⁶⁶

Destarte, com o intuito de evitar os entraves para a aplicação das chances perdidas como lucros cessantes ou um dano emergente tradicional, essa corrente busca enquadrar essa espécie como um dano intermediário entre os lucros cessantes e dano emergente, de maneira autônoma. Se poderia dizer que o dano consistira na perda da oportunidade (dano autônomo), não um bem que a vítima efetivamente perdeu (dano emergente) ou deixou de lucrar (lucros cessantes).

65 AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015, p.136

66 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 110

1.3.4 Perda de uma chance como dano moral

Para além das espécies já citadas até então, que consistem em danos patrimoniais, alguns autores e julgados enquadram o dano por perda de uma chance como um dano extrapatrimonial, um dano moral.

Antonio Jeová Santos defende esse entendimento. Para o autor, a perda de uma chance seria um dano moral futuro, passível de indenização nos casos em que a chance for séria e provável.⁶⁷

Para exemplificar, cita o caso de um músico talentoso, ganhador de vários prêmios e com uma carreira promissora pela frente. Um acidente, no entanto, lhe rompeu os tendões do braço e o impossibilitou de continuar tocando seu instrumento. Logo, segundo a visão do autor, conforme é possível determinar pelo passado de premiações do músico que “com certo grau de certeza” caso o acidente não tivesse ocorrido, o mesmo ainda seria um grande violinista, não sendo caso de mera conjectura, a perda da chance funcionaria como um agregador do dano moral.⁶⁸

Jacques Boré *Apud* Peteffi também enfatiza um pensamento que permite enxergar a perda das chances como um dano extrapatrimonial, *in verbis*⁶⁹:

“quanto ao aspecto qualitativo, não há qualquer distinção do dano representado pela perda de uma chance e o dano final. Destarte, observa-se que a vítima pela perda de uma chance não requer qualquer dano que tenha elementos diferenciadores do prejuízo final: se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro”

Existe ainda a possibilidade de em casos concretos a perda da chance implicar, além da perda da possibilidade de auferir um ganho patrimonial, também como um agregador do dano moral, na medida em que o ato culposo causou prejuízos de ambas as ordens, em função do sofrimento experimentado pelo lesado.

67 SANTOS, Jeová *Apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p.44

68 *Ibidem*

69 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 52-53

1.3.5 A natureza jurídica da perda de uma chance de cura ou sobrevivência à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Tendo sido feita uma breve exposição acerca das principais espécies apontadas como a natureza jurídica das chances perdidas pela doutrina, cabe analisar como os magistrados tem aplicado nos casos concretos.

O tribunal do Rio de Janeiro na Apelação Cível n. 0284401-47.2017.8.19.0001 julgou um caso em que o erro médico em determinada cirurgia realizada em hospital municipal retirou as chances do paciente em iniciar tratamento para câncer, vindo a falecer três meses depois. Na ocasião, foi deferida uma indenização no valor de R\$ 70.000,00 para a mãe do paciente a título de danos morais.⁷⁰

Em sua fundamentação, o magistrado reconheceu que as sequelas advindas do erro médico verificado no Hospital Salgado Filho retiraram a oportunidade do paciente em receber tratamento adequado pelo INCA, providência que provavelmente teria evitado seu óbito. Sendo assim, afirma que o dano moral é manifesto, uma vez que o paciente foi submetido a quadro de intenso sofrimento prolongado, acompanhado de perto pela sua genitora. Nesse caso, portanto, as chances de obter tratamento perdidas pelo paciente foram enquadradas na forma de dano moral sofridos pelo mesmo e por sua genitora.⁷¹

Já no julgamento da Apelação Cível n. 0288727-50.2017.8.19.0001 pode ser observado o reconhecimento do dano pelas chances perdidas como um dano tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.⁷²

Trata-se de ação que versava sobre um paciente que sofreu uma fratura de tíbia e foi internada no hospital Salgado Filho, tendo sido mantido com a perna imobilizada por dois

70 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 0284401-47.2017.8.19.0001. Relator: Des. Gabriel Zefiro. Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2019. Publicado em 10 de outubro de 2019

71 Ibidem

72 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 0288727-50.2017.8.19.0001 . Relator: Des. Daniela Brandão Ferreira. Rio de Janeiro, 14 de julho de 2020. Publicado em 16 de julho de 2020

dias. Ocorre que, ao longo desse período, o paciente parou de sentir os dedos dos pés e, com risco de evolução do quadro para gangrena, foi submetido a dois procedimentos cirúrgicos. Após a segunda intervenção, o paciente foi acometido por uma infecção hospitalar proveniente de uma bactéria, resultando na necessidade de amputação do membro inferior direito.⁷³

A perícia médica realizada apontou que houve negligência por parte do corpo médico do nosocômio, uma vez que um monitoramento precoce satisfatório do paciente quando foi primeiramente admitido poderia ter evitado as complicações que demandaram as intervenções cirúrgicas. Destarte, foi reconhecida a perda de uma chance de cura do paciente e de ter evitado a amputação do seu membro.⁷⁴

Destarte, foi concedida uma indenização baseada em um dano moral, um dano estético, lucros cessantes referentes ao período em que o paciente permaneceu sem poder laborar e um pensionamento vitalício, ou seja, uma indenização baseada tanto num dano patrimonial quanto num dano extrapatrimonial.⁷⁵

Detalhe importante a se observar é que não se trata da aplicação mais correta da teoria da perda de uma chance, visto que, conforme já foi apontado, as chances perdidas não devem ser confundidas com lucros cessantes. No entanto, tal decisão, em conjunto com a primeira, serve para demonstrar como natureza jurídica das chances perdidas ainda não é tema bem delineado no tribunal.

De fato, Peteffi reitera que a discussão travada em sua maior parte na doutrina estrangeira em relação às espécies da seara médica, entre a categoria de dano específico e a categoria de causalidade parcial não é observada no teor das decisões.⁷⁶

Apesar de já existir sólida tendência jurisprudencial para admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance à seara médica, mesmo nos casos em que o erro médico é a causa para a perda das chances não existe preocupação acerca de se a reparação consistiria num

73 Ibidem

74 Ibidem

75 Ibidem

76 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 209

desvirtuamento da noção clássica de nexo de causalidade.⁷⁷ Tampouco há menção ao fato de a responsabilidade por perda de uma chance na área médica envolver a utilização da causalidade parcial.

O autor afirma, portanto, que existe uma falta de debate nos julgados, evidenciando que a discussão sobre a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance está ausente por parte da jurisprudência brasileira.⁷⁸

Destarte, à luz dos dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro citados, parece ser o mesmo caso que nos deparamos nesse Estado. Não vislumbra-se um maior cuidado em delinear qual seria a natureza jurídica das chances de cura ou sobrevivência, seja como dano extrapatrimonial, dano patrimonial ou como uma causalidade parcial.

O que se pode depreender com a pesquisa, em alinhamento com as observações de Peteffi, é que na prática, portanto, é feita uma análise acerca de se o erro médico pode ter contribuído para o dano final, para então, em caso positivo, a perda de uma chance é aplicada para atribuir uma indenização que o magistrado entender adequada. A referida indenização pode ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, mas sem uma preocupação adicional em estabelecer uma natureza jurídica clara.

77 Ibidem

78 Ibidem, p. 210

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Origem e desenvolvimento

A partir desse capítulo, passará a ser analisada a responsabilidade civil do médico e temas relacionados. Portanto, cabe fazer uma breve explanação acerca das origens da responsabilidade civil na seara médica e seu desenvolvimento ao longo do tempo.

É claro que as doenças e dores nasceram junto com o homem. Portanto, desde os primórdios é que o homem se incumbiu de averiguar os meios necessários para tratar e combater esses males.⁷⁹

Em sua fase mais antiga, o médico era considerado um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Se a cura não ocorria, no entanto, a culpa recaía sobre esses feiticeiros. Logo, desde esses tempos antigos já existiam espécies de sanções para casos de culpa relativa ao insucesso profissional desses indivíduos que buscavam praticar a medicina.⁸⁰

Com a progressiva transformação da medicina em ciência, maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais, não mais apenas se pautando puramente no resultado final.⁸¹

O primeiro documento histórico que trata do erro médico foi o Código de Hammurabi, no período de 1790-1770 a.C, que também estabelecia normas em relação à profissão médica de forma geral. Em síntese, exigia-se atenção e perícia máxima dos médicos, com severas sanções caso houvesse um insucesso pautado na má prática. Não existia ainda um conceito jurídico de culpa moderno, predominando o que seria hoje uma responsabilidade objetiva em caso de sequelas ou morte de pacientes.⁸²

79 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46

80 Ibidem

81 Ibidem

82 Ibidem, p.48

Em Roma, com a *lex Aquilia de dammo*, plebiscito posterior à lei Hortensia, do século III a. C., passou a ser formulado um conceito de culpa, bem como a tipificação de espécies de delitos que médicos poderiam cometer. Na *Lex Aquilia* se encontram os primeiros pilares da responsabilidade civil médica, que incluíam sanções como pena de morte ou deportação de médicos culpados por falta profissional.⁸³

No Egito, existia um livro contendo todas as regras de obediência obrigatória para os médicos. Caso respeitassem essas regras, ainda que houvesse óbito do paciente, não poderiam ser punidos. No entanto, caso fosse considerado que contrariaram alguma dessas regras de conduta, eram punidos com a morte, qualquer que fosse o resultado final, ou seja, ainda que o paciente viesse a se curar.⁸⁴

Foi na Grécia, no entanto, que se deu início ao primeiro verdadeiro estudo no campo da medicina, no século V a.C. A partir da construção filosófica aristotélica, passou a se firmar um entendimento de que a culpa do médico não pode ser presumida simplesmente pelo desfecho da doença, mas deve ser analisada de acordo com o caso concreto com base na conduta do profissional.⁸⁵

Sendo assim, passou a ser de praxe que a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por um perito na matéria e por um colegiado de médicos, o que se traduz nos tempos atuais na perícia médica judicial.⁸⁶

Com inspiração nas regras egípcias, chegou-se a conclusão na Grécia de que a culpa médica seria admitida caso ocorresse a morte do paciente, somada à condição de que também o profissional tivesse desobedecido as prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária. Existiam diversos tipos de sanções para esses casos.⁸⁷

Com o advento das universidades no século XIII, nas quais os estudantes formados recebiam láureas atestando sua capacidade profissional, bem como com o surgimento de

83 Ibidem

84 Ibidem, p.50

85 Ibidem, p.51

86 Ibidem

87 Ibidem

organizadas corporações de médicos no início do ano 1300, os médicos passaram a obter mais formas de proteções legais.⁸⁸

No começo do século XIX, na França, quase se extinguiu a responsabilidade jurídica dos médicos, por meio de decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que determinou a responsabilidade exclusivamente moral dos profissionais ao praticar a medicina.⁸⁹

Segundo esse entendimento, somente poderia existir a responsabilidade médica em casos que fosse provado uma falta grave, imprudência visível ou manifesta imperícia, sendo o ônus da prova sempre do paciente e devendo os pareceres dos peritos médicos sempre serem decisivos nesse aspecto.⁹⁰

Questionava-se, ainda, a possibilidade de ressarcimento material do dano causado pelo erro médico, uma vez que tais pretensões costumavam ser vistas como um enriquecimento sem causa às custas do profissional.⁹¹

O autor Newton Pacheco *Apud* Kfoury Neto narra que foi a partir de um caso emblemático, julgado no ano de 1832, que ocorreu verdadeira revolução na jurisprudência francesa sobre o tema. O caso versou sobre um erro médico que resultou na amputação dos dois membros superiores de uma criança ao decorrer do parto e praticamente dividiu a sociedade francesa da época quanto a suas opiniões.⁹²

O desfecho foi a condenação do médico ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos, inovando em relação ao entendimento até então consolidado acerca da não possibilidade de ressarcimento material em casos desse tipo. A partir desse caso, a jurisprudência francesa passou a apreciar amplamente responsabilizações civis por atos culposos de médicos.⁹³

88 Ibidem

89 Ibidem, p.52

90 Ibidem

91 Ibidem

92 Ibidem, p.53

93 Ibidem

A etapa seguinte de desenvolvimento da responsabilidade médica ocorreu na própria França com o surgimento da teoria da perda de uma chance de cura, tema central desse trabalho, em julgamento na Corte de Apelação de Paris, em 1964.⁹⁴

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil Médica

Flávio Tartuce explica que a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.⁹⁵

A autora Gracia Cristina Moreira do Rosário define o conceito da seguinte forma⁹⁶:

“A responsabilidade civil do profissional médico, no exercício da Medicina, inscrito no Conselho competente, tem como requisito o ato médico, praticado com violação a um dever médico, oriundo da lei, dos usos e costumes ou do contrato, presente a culpabilidade, causadora de uma lesão, material ou moral.”

Além da responsabilização por ato próprio, o médico também poderá responder por ato de terceiros (equipe médica sob sua direção), ou por fato das coisas que usa a seu serviço (equipamentos com defeito). O presente trabalho se limitará a analisar os casos que tem relação com o erro médico, ou seja, por ato próprio do profissional.⁹⁷

Nesse sentido, um paciente, vítima de erro médico, fundamentado no contrato existente entre as duas partes, pode acionar o profissional diante da jurisdição cível a fim de buscar uma reparação pecuniária pelo dano sofrido.

Tal premissa está consagrada no nosso Código Civil, mais precisamente na inteligência dos artigos 949, 950 e 951, que trata das modalidades de culpa, e que assim dispõe:

“O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência

94 Ibidem, p.54

95 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Método, 2018, p.515

96 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77

97 Ibidem

ou imperícia, causar a morte do paciente, agrava-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (Brasil, 2002)

Portanto, a responsabilidade civil médica pode incidir quando um paciente é vítima de um erro médico, traduzido em uma conduta culposa do profissional, que gera um dever de indenizar pelo dano sofrido. Deve sempre existir uma conduta, um dano injusto e o nexo causal.

2.3 Natureza jurídica da responsabilidade médica

Não obstante o Código Civil tratar da responsabilidade civil médica dentre os atos ilícitos, não mais existem controvérsias atualmente pela doutrina de que se trata de um instituto contratual.⁹⁸

A jurisprudência estabeleceu entendimento de que quando um médico atende a um paciente, é estabelecido um contrato de prestação de serviço entre ambos, mesmo que de maneira tácita.⁹⁹

Observação a ser feita é que para que esse contrato de prestação de serviços médicos seja válido, devem estar presentes o conjunto de requisitos dispostos nos incisos do artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁰⁰

O fato da responsabilidade médica ter natureza contratual, no entanto, não torna automática a presunção de culpa do profissional. Isso pois o médico não se compromete a curar o paciente, mas sim ter uma conduta de acordo com a melhor prática de sua profissão. Assume uma obrigação de meio, em regra, e não de resultado. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa.¹⁰¹

98 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.71

99 Ibidem

100 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.85

101 Ibidem

Existem ainda algumas situações em que a responsabilidade médica pode incidir mesmo não tendo origem em um contrato, como é o caso de um médico que atende e socorre alguém desmaiado em via pública. Contudo, importante frisar que a obrigação de reparar um dano sempre existirá, seja o dano produzido dentro do contrato ou fora dele.¹⁰²

2.4 Erro médico e a Culpa Médica

Para um correto entendimento acerca da responsabilidade civil dos médicos, imprescindível delimitar o que é o erro médico e os fatores que contribuem para constituir a culpa médica.

O erro médico é uma forma de conduta profissional inadequada e atípica, atrelada a uma inobservância técnica capaz de produzir um dano ao paciente. Logo, trata-se de um dano caracterizado pela imperícia, negligência ou imprudência do médico no exercício da sua profissão. Nessa análise, são levadas em consideração as condições do atendimento, a necessidade da intervenção e os meios empregados.¹⁰³

Cabe, nesse sentido, fazer uma importante distinção entre erro médico, acidente imprevisível e resultado incontrolável.¹⁰⁴

No acidente imprevisível o paciente sofre um dano, usualmente oriundo de caso fortuito ou força maior, durante ato médico ou decorrente dele, porém sendo impossível de ser previsto e evitado pelo profissional que atuou no caso ou qualquer outro em seu lugar.¹⁰⁵ Não há, portanto, elementos para constituir uma culpa.

Já o resultado incontrolável é aquele decorrente de uma situação grave que não pode ser amenizada. Logo, é o dano proveniente da evolução de um processo de enfermidade para qual as condições atuais da ciência médica ainda não podem oferecer solução.¹⁰⁶

102 Ibidem

103 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 232

104 Ibidem

105 Ibidem

106 Ibidem

Tratando-se de erro médico, a responsabilidade do médico é subjetiva, pautada na demonstração de culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência). Para a formação da referida culpa, não se faz necessária a análise da intenção do profissional, bastando a existência de uma conduta voluntária que violou as normas impostas pelas práticas comuns e a prudência.¹⁰⁷

A culpa médica e sua mensuração, além de interferir na existência da responsabilidade civil ou de seu agravamento, também está relacionada com a apuração de eventual *quantum* indenizatório, nos termos parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.¹⁰⁸ Isso pois, conforme preconiza o referido dispositivo “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (Brasil, 2002).

Avecone *Apud* Kfoury Neto ensina que um correto método de levantamento da culpa médica pressupõe uma perfeita consciência do caso concreto em todos seus aspectos objetivos e subjetivos, bem como o uso de parâmetros jurídicos utilizáveis também para outros tipos de culpa, pautados em elementos como a previsibilidade e a normalidade.¹⁰⁹

Nesse mesmo sentido, ao aferir a culpa médica, Aguiar Dias doutrina:

“Na apuração dessa responsabilidade há que atender estas normas: (a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não seja questão técnica a elucidar; caso contrário será incivil admiti-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe, favoravelmente ao colega em falta; (b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta a responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja imediato”¹¹⁰

Observação importante a ser feita é que o encargo assumido pelo médico na maioria dos casos constitui uma obrigação de meio, sendo somente em algumas exceções uma obrigação de resultado. Destarte, em relação à primeira o paciente deverá de fato demonstrar uma conduta culposa do profissional, enquanto na segunda bastaria apontar que o resultado final desejado não foi alcançado, podendo a defesa do réu produzir eventual prova que o exima da

107 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.77

108 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.82

109 Ibidem, p.79

110 AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**, v.1, p.285

responsabilidade.¹¹¹ Um exemplo clássico de exceção que configura essa segunda hipótese seria uma cirurgia plástica estética.

No entanto, para a responsabilidade civil médica, não basta tão somente a culpa, mas também se faz necessário demonstrar o nexo causal que une o dano sofrido pelo paciente à conduta culposa. Referida demonstração, porém, nem sempre costuma ser tarefa fácil, levando ainda em consideração que uma mesma terapia aplicada para uma mesma enfermidade que acomete dois pacientes distintos pode também ter resultados completamente diferentes.¹¹²

Nesse prisma, se reveste de significativa importância a prova pericial. Deve o juiz avaliar o laudo técnico do perito, analisar suas explicações, fundamentações e conclusões, e decidir se deve acatar ao parecer.¹¹³

Frisa-se, não obstante, que salvo em casos excepcionais, todas as provas possuem valor relativo, inclusive a pericial. Dessa forma, o juiz não é obrigado a decidir conforme apontam as conclusões do laudo, mas sim o parecer técnico deve possuir, pela sua fundamentação, força persuasiva perante o crivo analítico, autônomo e soberano do juiz, gerando convicção.¹¹⁴

Nos dias atuais, afirma Kfoury Neto, não mais remanescem dúvidas sobre a possibilidade de julgadores, com apoio em laudos periciais e em obras médicas de referência, apurarem em juízo a ocorrência de erros médicos, não apenas se limitando, conforme defendem alguns doutrinadores, à manifesta e notória imperícia, imprudência ou negligência configuradora de erro grosseiro.¹¹⁵

Pontes de Miranda consigna que “O dever de indenização pelo médico só se pré-exclui se o lesado omitiu, dolosa ou negligentemente, o evitamento do dano, que ele poderia evitar, e a causa não era do conhecimento, ou não tinha de ser do conhecimento do médico”.¹¹⁶

111 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.80

112 Ibidem

113 Ibidem, p.81

114 Ibidem

115 Ibidem, p.84

116 PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, t. LIII, p.438

Não obstante a atual ampla aceitação da possibilidade de se aferir em juízo a prática de erros médicos, a análise da prova de culpabilidade do profissional e a verificação da ocorrência do referido erro enfrentam complexidades.¹¹⁷

No decorrer da tramitação da demanda indenizatória, buscam sempre os autores a demonstrar evidências de má prática médica, enquanto a defesa dos médicos requeridos a todo momento evidenciar que o profissional seguiu à risca os procedimentos consagrados na literatura.¹¹⁸

Existindo de maneira incontroversa, portanto, o dano (sequela ou morte), bem como a realização da intervenção médica, a ocorrência de culpa e o nexo de causalidade passam a ser os elementos que precisam ser analisados pelo julgador. O magistrado deverá se valer das informações trazidas pelas partes e informações que o próprio juízo determinou que fossem prestadas pelas mesmas e pelo perito.¹¹⁹

Newton Pacheco *Apud* Kfoury Neto, além de frisar que sempre deve ser verificado a regularidade do diploma de médico e sua inscrição no CRM, cita documentos e provas que normalmente são apreciados para gerar a convicção do juiz acerca da culpa nesses casos¹²⁰:

“(...) juntada da papeleta de anamnese e da evolução do tratamento, subscrita por médicos e enfermeiros; livros e trabalhos científicos com a descrição das técnicas questionadas, a fim de se comparar com o desempenho dos acusados, no desenvolvimento do ato questionado-antes, durante e depois da intervenção. Rotineiramente, utilizam-se três autores consagrados. Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu dessa técnica, houve transgressão; guia médico-farmacêutico, com a composição das drogas e medicamentos ministrados; relatórios da necrópsia, se for o caso; se houve inquérito, juntar-se-ão documentos a ele acostados; análise do desempenho da aparelhagem; exames de laboratório: efetivação e resultados. Os meios de prova são os usuais: depoimento pessoal do médico (pode ocorrer confissão); inquirição de testemunhas (mesmo as suspeitas ou impedidas); prova documental; informes (notícias veiculadas pela imprensa etc.); inspeção judicial; presunções; prova pericial; a convicção e o convencimento do juiz”

117 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84-85

118 *Ibidem*, p.85

119 *Ibidem*

120 PACHECO, Newton. O erro médico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p.111 *Apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

Apesar de referidos documentos e meios de prova, uma prova irrefutável e insuscetível de questionamentos é de extrema dificuldade em se obter em casos com esse. Destarte, levando em consideração as condições anteriores do paciente, a conduta médica e a consequência danosa, sendo os indícios convincentes, deverá o julgador estabelecer a culpa segundo seu convencimento, podendo até mesmo decidir contra pareceres técnicos, conforme o caso.¹²¹

2.5 Direitos e deveres do médico e do paciente

Além do direito de recorrer ao judiciário com o intuito de obter reparação por eventual erro médico, dispõe o paciente de outras prerrogativas que merecem ser mencionadas.

O médico E. Christian Gauderer *Apud* Kfourri Neto tem importante contribuição para o tema e cita diversos desses direitos, divulgados em obras e artigos diversos, dentre os quais alguns merecem destaque.¹²²

Dispõe o paciente do direito de obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível, e cópias de sua documentação médica, que incluem prontuários, exames laboratoriais, laudos diversos, anotações de enfermagem e afins. A recusa de fornecimento desses documentos poderia justificar a impetração de *habeas data* como remédio jurídico.¹²³

O paciente ou seus familiares tem o direito de filmar ou gravar atos médicos que sobre ele recaiam, como consultas, por exemplo. Também pode ser exigido que, caso haja acompanhamento por mais de um profissional, os mesmos se reúnam para discutir a doença.¹²⁴

O paciente tem direito a uma morte digna, escolhendo a maneira e local em que irá falecer, e de recusar tratamentos e intervenções que não deseja. Os familiares tem direito de visitar parentes internados fora do horário de visitas, caso necessário, tendo em vista que o

121 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.87

122 *Ibidem*, p.31

123 *Ibidem*

124 *Ibidem*

horário estabelecido é arbitrário. Além disso, tem direito o paciente de ser acompanhado durante exames ou hospitalização.¹²⁵

O paciente possui o dever de remunerar o médico, direta ou indiretamente, seguir seus conselhos profissionais e obedecer às prescrições feitas pelo profissional. Caso não o faça, irá ocorrer a rescisão do contrato entre ambos, podendo o médico se abster de continuar acompanhando o caso.¹²⁶

Já em relação aos deveres de conduta dos médicos, é imprescindível que esses sejam levados em conta ao avaliar uma possível responsabilidade civil do profissional e estabelecer a culpa.

Possuí o profissional médico um dever de informação. Tratam-se de todos os esclarecimentos obrigatórios na relação entre médico e paciente. O dever de informar é indispensável para obter consentimento do paciente para o tratamento.¹²⁷

O médico deve informar o paciente acerca da necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre seus riscos e consequências. Deve informar sobre eventuais condições precárias de trabalho que podem desfavorecer o resultado, fato infelizmente ainda comum em muitos hospitais públicos.¹²⁸

Outra fonte de informação de grande importância que o médico deve sempre resguardar é a contida nos registros de prontuário do paciente. Ali devem estar registradas todas as informações pertinentes e oriundas da prática profissional.¹²⁹ Não é incomum que no decorrer de ações indenizatórias o médico perito se depare com deficiência de documentos obrigatórios que deveriam constar no prontuário do paciente, dificultando uma conclusão mais certa sobre o caso.

O médico também tem um dever de atualização, de aprimoramento continuado por meio do conhecimento adquirido sobre as técnicas e saberes mais recentes da ciência médica de sua

125 Ibidem

126 Ibidem

127 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 228

128 Ibidem

129 Ibidem

área. A capacidade técnica do profissional é sempre avaliada no trâmite das ações de responsabilidade, a conferir se houve alguma imperícia. Em síntese, é um dever do médico se manter atualizado com os avanços científicos da sua profissão.¹³⁰

O médico tem um dever de vigilância e cuidado. Isso pois a conduta médica deve estar isenta de qualquer tipo de omissão que possa ser caracterizada como uma inércia, passividade ou descaso com o paciente. Essa omissão pode se dar por abandono do paciente, restrição de tratamento ou encaminhamento necessário tardio, por exemplo.¹³¹

Por fim, ao se avaliar um dano médico, deve ficar claro se o profissional agiu com a devida cautela, não tendo incidido uma precipitação, inoportunismo ou insensatez. Em outras palavras, é avaliar se o médico assumiu um risco excessivo, se teve uma conduta não permitida e que no momento da ação ele conhecia os riscos envolvidos. Esse excesso de terapêutica ou nos meios propedêuticos pode ser caracterizada como um desvio de poder, a que se deve o dano. Portanto, existe esse dever de abstenção de abuso por parte do médico. Devem os cuidados e técnicas normalmente exigidos serem empregados, dependendo qualquer ato médico mais inovador ou ousado estar claramente revestido do consentimento do paciente.¹³²

2.6 Responsabilidade de hospitais, médicos e poder público à luz do Código de Defesa do Consumidor

Cabe fazer algumas breves considerações sobre a relação que o CDC possui com a responsabilidade na seara médica, além das possíveis diferenças de aplicação do instituto entre médicos liberais e pessoas jurídicas como hospitais e clínicas, bem como o poder público.

O CDC, em seu artigo 14, disciplina a responsabilidade do fornecedor por fato de serviço, abrangendo os serviços prestados na seara médica por médicos, hospitais e clínicas.

130 Ibidem, p. 229

131 Ibidem, p.230

132 Ibidem, p. 230-231

O caput do referido artigo determina a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço quando ocorrer lesão causada por defeito do serviço¹³³

O hospital, enquanto estabelecimento de perfil objetivo mantido por uma empresa, pessoa jurídica, assume com o paciente um contrato hospitalar, mantendo uma obrigação de meio que inclui fornecimento de hospedagem, serviços paramédicos, e prestação de serviços médicos propriamente ditos.¹³⁴ A partir dessa dinâmica se torna de fácil visualização a aplicação das regras do CDC enquanto o hospital um fornecedor de serviços.

No entanto, quando se trata da relação entre o paciente e o poder público, como a que rege os hospitais públicos, a doutrina não é pacífica quanto à aplicação do CDC.¹³⁵

Para uma primeira corrente, a responsabilidade que nasce para o Estado é de natureza extracontratual, regida pelo Direito Administrativo, havendo o dever de indenizar observado o disposto no artigo 186 do Código Civil.¹³⁶

Para a segunda corrente, a responsabilidade do Estado tem natureza contratual, pois quando o paciente ingressa no hospital buscando auxílio médico já nasce um contrato, sendo aplicada a teoria do risco administrativo. Nesse sentido, os hospitais públicos estão submetidos a um tratamento jurídico diferenciado, nos termos do artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal, que assim dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.¹³⁷

Portanto, em caso de conduta comissiva de agente público, vulgo médico trabalhando em hospital público, a responsabilidade do Estado é objetiva. Contudo, em caso de omissão, existe a necessidade de comprovar culpa para que haja responsabilidade. Pode o Estado arguir hipóteses de excludentes para isentar-se da responsabilidade, caso comprovado.¹³⁸

133 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.107

134 Ibidem

135 Ibidem

136 Ibidem

137 Ibidem

138 Ibidem

Por fim, terceira corrente defende que é nítida a relação de consumo entre paciente e hospital público, respondendo o Estado de forma objetiva, assim como acontece com hospitais privados.¹³⁹

No decorrer da pesquisa, o que foi aferido é que a segunda corrente está sendo adotada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, estabelecendo a responsabilidade objetiva do poder público com fulcro no artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal e a teoria do risco administrativo, conforme se extrai dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. MORTE DE MENOR DE 13 ANOS POR QUEDA DE BICICLETA.(...) APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DO NOSOCÔMIO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR QUE SE IMPÕE. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA SUBSIDIÁRIA DA MUNICIPALIDADE, NA FORMA DO ART. 37, § 6º, DA CRFB/88.** OFENSA AO DIREITO A SAÚDE E A VIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE REFORMA PARA JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS DOS AUTORES (...) CONDENO AO PAGAMENTO DE DANO MATERIAL O VALOR¹⁴⁰ (grifei)

APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. MUNICÍPIO DE BELFORD ROXO. ERRO MÉDICO ATRIBUÍDO A NOSOCÔMIO MUNICIPAL (...) SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** (...) NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL E PRESTAÇÃO INADEQUADA DO SERVIÇO, RELATADAS NO LAUDO PERICIAL, QUE FRUSTRARAM AS EXPECTATIVAS DE CURA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL DIRETO ENTRE A CONDUTA E O PREJUÍZO, QUE VEM A SER A LESÃO GERADA PELA PERDA DA OPORTUNIDADE (...) MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SOLUÇÃO DE 1º GRAU, EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.¹⁴¹ (grifei)

Já no caso de hospitais e clínicas particulares, geralmente na posição de sociedades empresárias, pacífico o entendimento de que respondem de forma objetiva, seguindo os princípios do *caput* do artigo 14 do CDC.¹⁴²

139 Ibidem, p.108

140 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0005249-93.2015.8.19.0003
Relator: Des. Carlos Azeredo de Araújo, julgado em 25/06/2019 0, publicado em 27/06/2019

141 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0018795-45.2011.8.19.0008
Relator: Des. Carlos Azeredo de Araújo, julgado em 224/06/2021 , publicado em 02/07/2021

142 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.110

A jurisprudência do Tribunal do Justiça do Rio de Janeiro tem seguido esse entendimento, conforme se extrai do voto da des. Teresa de Andrade, na Apelação cível n.0115765-94.2012.8.19.0001, cuja parte se tratava de hospital particular:

“Com efeito, é de se observar que as normas do Código de Defesa do Consumidor têm perfeita aplicabilidade sobre o caso em exame, dada a evidente relação de consumo existente entre as partes. Enquadrando-se o Réu no conceito legal de prestador de serviços e a Autora na posição de consumidor, portanto, parte mais fraca e vulnerável dessa relação jurídica, nos termos dos arts. 3º, § 2º e art. 2º, caput, ambos do CDC. Dessa forma, indispensável a incidência da Lei 8.078/90, suas normas e princípios norteadores. Por sua vez, a responsabilidade do Hospital, na condição de prestador de serviço previsto no caput do art. 14 do CDC, tem a sua natureza objetiva preservada. Dessa forma, bastaria, para caracterizar a responsabilidade do estabelecimento hospitalar, a configuração da conduta, do dano e do nexo causal entre um e outro, se o fato gerador do dano é decorrente de um defeito do serviço prestado, conforme art. 14, § 1º, do CDC.”

O §1º do artigo 14 do CDC dispõe que o serviço é defeituoso quando não oferecer segurança. Tal premissa orienta que o hospital, na qualidade de pessoa jurídica prestadora de serviços médicos, ao exercer atividade que possa originar um risco, deve assumir a probabilidade desse perigo. Em outras palavras, existe um dever de segurança que pressupõe o cumprimento de diretrizes técnicas e éticas.¹⁴³

O artigo §2º do mesmo dispositivo faz referência à possibilidade de adoção de novas técnicas, o que na seara médica corresponderia à pesquisa médica. É incontroverso que o avanço da medicina beneficia a sociedade ao proporcionar novos exames, medicamentos, e técnicas de cirurgia.¹⁴⁴

A única observação a ser feita é que a adoção de novas técnicas deve ser conciliada com a observância do dever de evitar possíveis abusos por parte dos médicos, conforme já foi mencionado anteriormente. Portanto, reitera-se que o consentimento do paciente é sempre primordial, principalmente ao adotar técnicas mais ousadas, inovadoras ou experimentais.

O artigo §3º do referido artigo 14 versa sobre duas excludentes de responsabilidade: a prestação do serviço de forma adequada, ausente defeito, e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.¹⁴⁵

143 Ibidem, p.112

144 Ibidem

145 Ibidem

A primeira se justifica no fato de que o profissional médico não tem a obrigação de curar o paciente, obrigação de resultado, mas sim empregar todos os esforços e técnicas ao seu dispor para que se possa chegar nesse resultado, ou seja, obrigação de meio. Logo, ausente defeito na conduta profissional do médico, mesmo que não tenha sido alcançado a cura do paciente, não há responsabilização.¹⁴⁶

A culpa exclusiva do consumidor é caracterizada quando o paciente atua de forma equivocada em relação às orientações prestadas pelo médico, e disso resulta um dano que não poderá ser imputado ao profissional, uma vez que o nexo de causalidade foi rompido. É o caso, por exemplo, de um paciente que não toma os medicamentos receitados de forma adequada, resultando em uma piora de sua doença.¹⁴⁷

O fato de terceiro também produz uma ruptura do nexo causal. O fato produzido deve estar revestido de imprevisibilidade e inevitabilidade, tendo sido realizado por uma pessoa que não faz parte do contrato realizado entre o fornecedor de serviços e o consumidor.¹⁴⁸

Por fim, o §4º do artigo 14 do CDC estipula a responsabilidade subjetiva, exigindo a demonstração de culpa, para os profissionais liberais. Ou seja, tratando-se do médico enquanto pessoa física na qualidade de profissional liberal, deve ser apurada ao menos uma das modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), bem como o dano e o nexo de causalidade, para que haja responsabilidade. Logo, trata-se de uma exceção à regra geral de responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços que está disposta no *caput* do artigo.¹⁴⁹

146 Ibidem, p.113

147 Ibidem

148 Ibidem

149 Ibidem, p.110

A PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

3.1 Hipóteses de aplicação

A perda de uma chance quando aplicada á prática médica, ora usualmente denominada perda de uma chance de cura ou sobrevivência, incide quando uma intervenção errada de um médico retira uma possibilidade, uma oportunidade, de um paciente se curar de determinada doença, o que gera a responsabilização do profissional pelo dano causado.¹⁵⁰

A ideia central por trás do instituto é enfatizar o resultado lesivo sofrido pelo paciente, evitando entraves atrelados à comprovação de elementos formadores da responsabilidade subjetiva: a culpa, o dano e o nexo de causalidade.¹⁵¹

Logo, em casos nos quais a comprovação do nexo de causalidade entre um ato médico e um dano experimentado pelo paciente são de difícil comprovação, admite-se a aplicação da teoria. A base é que o elemento prejudicial que determina a indenização seria a perda da oportunidade de obter uma cura da enfermidade, um resultado favorável no tratamento, e não que a conduta médica sem sombra de dúvidas foi responsável pelo dano.¹⁵²

Não obstante, deve sempre ser feita uma distinção entre casos envolvendo um dano futuro palpável de um evento completamente hipotético. Ou seja, é necessário, em cada caso concreto, verificar a existência de uma relação de causalidade razoavelmente verossímil entre a conduta e o dano, a fim de evitar indenizações por mera suposição.¹⁵³

Portanto, em síntese, a perda de uma chance na responsabilidade médica ocorre quando um erro médico retira do paciente uma oportunidade de se curar de uma doença, sobreviver, ou evitar uma sequela, gerando um dever de indenizar não pelo resultado final em si, que tem

150 Ibidem, p.134

151 Ibidem

152 Ibidem

153 Ibidem, p.138

uma origem natural, mas sim pela oportunidade que a conduta médica retirou do paciente, que consiste em um dano autônomo.

3.2 Pressupostos para aplicação

Tratando-se de um tema de responsabilidade civil, evidente que pressupostos indispensáveis presentes na doutrina clássica da matéria são a conduta, o dano e o nexo de causalidade. A análise desses elementos no contexto teórico da perda de uma chance já foi destacada nos capítulos anteriores e, portanto, agora será dado enfoque em pressupostos que diferenciem a reparação do dano pela perda de uma chance, dos demais casos de responsabilidade civil.

A fixação desses pressupostos gerais para a concessão de indenização pelas chances perdidas é de notável importância, uma vez que oferece aos operadores do direito melhores condições de sistematizar as hipóteses englobadas por essa categoria, conforme ensina Rafael Peteffi.¹⁵⁴

Além disso, importante salientar que a diferenciação sobre a modalidade clássica das chances perdidas e a aplicada na seara médica não interfere nesse tema, uma vez que os pressupostos são comuns para ambas as modalidades.¹⁵⁵

3.2.1 Chance real e séria

Conforme já foi explanado, a perda de uma chance tem como objetivo a reparação decorrente da frustração de uma oportunidade perdida, não o que se efetivamente deixou de ganhar. Sendo assim, critério indispensável para a aplicação da teoria é a demonstração do alto grau de probabilidade de se aferir uma vantagem ou evitar uma perda.

154 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p.138

155 Ibidem

Nas palavras de Miguel Kfouri Neto¹⁵⁶:

“a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade que a chance perdida se realizaria”.

Rafael Peteffi segue esse entendimento, afirmando que para que uma demanda seja procedente, a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.¹⁵⁷

Jacques Boré *Apud* Peteffi aponta que nesse sentido pode-se imaginar um paciente vítima de uma doença terminal, mas que ainda mantém esperanças de sobreviver. Nesse contexto, contudo, não existe objetivamente qualquer chance apreciável de cura.¹⁵⁸ Ou seja, não basta a simples esperança subjetiva de cura, deve existir uma chance real e séria de que essa cura seja possível para que possa ser aplicada a teoria das chances perdidas.

Na França, a análise acerca da seriedade e realidade da chance perdida consiste no critério mais utilizado para diferenciar danos potenciais e prováveis, logo indenizáveis, dos danos puramente eventuais ou hipotéticos, que não seriam dignos de reparação.¹⁵⁹

O ordenamento de países adeptos ao *common law* também seguiu por esse caminho. No caso *Hotson v. Fitzgerald*, exigiu-se que a perda de uma chance fosse substancial. Em *Davies v. Taylor*, a Casa dos Lordes negou reparação para uma viúva, sob fundamento de que a chance requerida pela mesma era demasiadamente hipotética.¹⁶⁰

A doutrina e jurisprudência norte-americanas de forma geral atribui extrema importância e exigência para a seriedade das chances, de forma que normalmente a aplicação da teoria da perda de uma chance costuma ficar estrita à seara médica.¹⁶¹

156 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.67

157 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 138

158 *Ibidem*

159 *Ibidem*

160 *Ibidem*, p 139

161 *Ibidem*

A doutrina pátria se manifestou sobre o tema, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aprovando por unanimidade o seguinte enunciado¹⁶²:

Enunciado 444. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

Além de reiterar a necessária seriedade das chances perdidas, afastou-se a exigência de atrelar a análise dessa seriedade a percentuais pré-definidos, como é o caso do ordenamento italiano, por exemplo, que exige que a conduta ilícita tenha retirado ao menos 50% da chance da vítima de seu objetivo.¹⁶³

Sérgio Savi também critica em sua obra tribunais que concedem a indenização por chances perdidas sem que esta possa ser considerada séria e real, ou sequer existir. Em suas palavras¹⁶⁴:

“Não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo), é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.”

O autor cita um caso no qual um advogado negligente deixou de interpor recurso cabível tempestivamente, prejudicando seu cliente. O tribunal na ocasião condenou o advogado pelas chances perdidas da vítima ver seu recurso apreciado no tribunal superior.¹⁶⁵

No entanto, Savi critica o fato do Tribunal, apesar de ter aplicado corretamente o raciocínio acerca da hipótese de aplicação da responsabilidade por perda de uma chance, não fez uma análise sobre se o recurso, caso tivesse sido interposto, teria chance séria de êxito, ou seja, de reformar a decisão de primeiro grau a favor do cliente.¹⁶⁶

Em seu entendimento, em observância da necessidade da chance ser real e séria, o Tribunal deveria fazer um reexame das chances de êxito da ação em que a vítima restou

162 Ibidem, p. 142

163 Ibidem

164 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 65

165 bidem

166 bidem

derrotada pela não interposição do recurso. Dessa forma, seria possível aferir se existia grande ou mera possibilidade de reforma da decisão.¹⁶⁷ Ou seja, não bastaria que a negligência do advogado tenha retirado uma chance da vítima, mas para a concessão da indenização, primordial fazer uma análise se essa chance perdida era de fato séria, provável e real.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi um dos pioneiros do Brasil a contemplar a análise da seriedade das chances perdidas no controle da aplicação da teoria.¹⁶⁸

Nos autos da Apelação Cível nº 2003.001.16359¹⁶⁹, julgado em 22 de julho de 2003, o autor alegava dano material gerado pela inscrição injustificada pelo banco Réu do seu nome em cadastro de pagadores inadimplentes. Argumentou que a inscrição teria resultado na negação de um empréstimo por parte da Caixa Econômica Federal que iria ser usado para saldar as dívidas de sua empresa.¹⁷⁰

Na ocasião, o desembargador Maldonado de Carvalho se manifestou sobre a seriedade da chance perdida da seguinte forma:

“(…)Contudo, é necessário que a chance perdida seja real e séria, tendo-se em conta, também, na avaliação dos danos, a álea susceptível de com prometer tal chance: leva-se em consideração, quanto à prova, o caráter atual ou eminente da chance de que o autor alega ter sido privado. No caso em exame, o primeiro apelante não trouxe aos autos qualquer documento, qualquer outra prova indicativa de que, de fato, as tratativas com a CEF se encontravam em estágio avançado, a tal ponto poder ser afirmado que a concessão do empréstimo era, sem qualquer dúvida, um a chance real e séria. A mera expectativa, a simples eventualidade, o decedente esperado não tipificam, por certo, a chance perdida, a perda irreparável.”¹⁷¹

Petteffi também cita a Apelação Cível 26889/01¹⁷², julgada em 30 de abril de 2002. Nesse caso, um apartamento residencial de propriedade do autor estava sendo vítima de graves infiltrações, portanto o mesmo buscava com a demanda a condenação do condomínio

167 *ibidem*

168 SILVA, Rafael Petteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 223

169 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2003.001.16359. Apelante: Frandsco Riente. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 22 de julho de 2003

170 SILVA, Rafael Petteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 223

171 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2003.001.16359. Apelante: Frandsco Riente. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 22 de julho de 2003

172 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2002.001.26889. Apelante: Bohdan Lavacek. Apelado: Condomínio do Edifício Belle View. Relator: Des. Ricardo de Couto e Castro, julgado em 30 de abril de 2002.

apelado em lucros cessantes, consubstanciados nos aluguéis que o apartamento objeto das infiltrações poderia render, pois poderia vir a alugar o referido imóvel visto que estava residindo em outra cidade.¹⁷³

Na ocasião o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu não existir o prejuízo alegado, tendo em vista que o autor não conseguiu comprovar que o apartamento discutido se destinava à locação. O Desembargador Humberto de Mendonça Manes fundamentou que “A tanto basta ver que os lucros cessantes são considerados a perda de algo que repousa entre a probabilidade e uma certeza, sintetizada pela expressão - muito usada pela doutrina francesa - ‘perda de uma chance real’.”¹⁷⁴

Na pesquisa realizada para a elaboração do presente trabalho, o que se pode aferir é que a mesma tendência que prega a seriedade e realidade das chances perdidas foi mantida nos julgados mais recentes na seara médica.

Na Apelação Cível nº 0001319-69.2011.8.19.0080, que tratava do falecimento do filho da autora em decorrência da negligência dos médicos ao demorar demasiadamente para dar início ao tratamento do jovem, extrai-se segmento do voto da Desembargadora Denise Nicoll Simões:

“Destarte, para que seja possível aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessária a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo bem como que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causais com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final). Atenta-se, ainda, para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético”¹⁷⁵

O caso foi ementado da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DENGUE TARDIAMENTE TRATADA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRELIMINARES DE NULIDADE E CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. Ação de responsabilidade civil na qual a parte Autora pugna pela reparação por danos materiais e morais em decorrência de erro médico que acarretou no falecimento de seu filho, com apenas 15 anos de idade. Prolatada sentença de procedência parcial, insurge-se a Demandada da decisão. Sustenta a parte autora que seu filho veio a óbito em decorrência de negligência médica e da injustificada demora dos prepostos da Ré em dar o tratamento adequado ao seu filho, internado

173 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 225

174 Ibidem

175 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0001319-69.2011.8.19.0080. Relator: Des. Denise Nicoll Simões, julgado em 30/09/2020, publicado em 01/10/2020

com quadro grave de dengue. Laudo pericial que é categórico ao confirmar que a condução do tratamento do menor até sua transferência para o CTI não foi adequada. Agravamento da situação do paciente que não recebeu o tratamento médico adequado. Aplicação da teoria da perda de uma chance. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito, mas frustrou a oportunidade de uma cura possível. A chance de viver do paciente lhe foi subtraída, e isso basta. A oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevivida mais confortável é direito personalíssimo do paciente, fato que não foi observado no caso em análise. (...) RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. DESISTÊNCIA DO RECURSO DA AUTORA HOMOLOGADO.¹⁷⁶

Vale citar também trecho do voto proferido pelo Desembargador Carlos Santos de Oliveira nos autos da Apelação Cível n. 0207863-59.2016.8.19.0001, que tratava de um paciente que teve um órgão necrosado e posteriormente amputado em decorrência de erro médico:

“Por outro lado, a ordem jurídica impõe que o médico se valha de boa técnica para a recuperação de seu paciente. Não se trata de uma obrigação de resultado, mas de meio. E aqui se mostra relevante uma segunda anotação: a chance perdida, para ser indenizável, tem de ser real. Deve-se demonstrar, assim, que a atuação regular e tecnicamente correta do profissional tenderia a evitar o resultado.”¹⁷⁷

Por fim, cabe mencionar um caso em que a indenização por perda de uma chance de cura não foi concedida justamente pelo juízo entender que a chance do paciente não era séria e real.

Na Apelação cível n. 0179119-20.2017.8.19.0001¹⁷⁸ discutia-se um caso no qual os filhos de uma paciente que veio a falecer propuseram uma ação de reparação por perda de uma chance de cura em face do município do Rio de Janeiro alegando que sua mãe faleceu em decorrência de negligência médica, por demora de atendimento no hospital municipal Evandro Freire, após ser acometida subitamente por fortes dores abdominais e desidratação. No entanto, a paciente já havia em momento anterior sido diagnosticada com câncer de colo de útero e tinha previsão para iniciar tratamento oncológico na semana seguinte. Alegaram os autores que, apesar da neoplasia de útero, um atendimento adequado por parte dos médicos teria salvado a vida da paciente, evitando a desidratação e a síndrome consumptiva.

176 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n° 0001319-69.2011.8.19.0080.

Relator: Des. Denise Nicoll Simões, julgado em 30/09/2020, publicado em 01/10/2020

177 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n° 0207863-59.2016.8.19.0001.

Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira, julgado em 26/11/2020, publicado em 01/12/2020

178 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n° 0179119-20.2017.8.19.0001.

Relator: Des. André Gustavo Correa de Andrade, julgado em 21/08/2019, publicado em 28/08/2019

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso dos autores. Isso pois o parecer técnico do *expert* na ocasião salientou que considerando o estado clínico da paciente ao dar entrada no CER do hospital e os resultados dos exames ali realizados, seu óbito não poderia ser evitado, em função do estágio avançado da enfermidade. O caso foi ementado da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA MORTE DA MÃE DOS AUTORES, EM RAZÃO DE SUPOSTO ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. INSURGÊNCIA BASEADA NA FALTA DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO FALHA RELATIVA À DEMORA DO ATENDIMENTO. DECLARAÇÃO DO EXPERT NO SENTIDO DE QUE A MORTE DA PACIENTE, NAS CONDIÇÕES OBSERVADAS, ERA INEVITÁVEL. ASSERTIVA QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO CASO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO.

Tal decisão representa bem o pressuposto de que as chances de cura perdidas devem ser sérias e reais. Ainda que possa ter ocorrido demora no atendimento, segundo o parecer técnico a chance de sobrevivência da paciente não existia, não era real, logo não aplicável a teoria da perda de uma chance. Tratou-se de uma correta aplicação do instituto pelo tribunal.

Feitas essas considerações, fica evidente que o pressuposto de que as chances devem ser sérias e reais é questão pacífica pela doutrina e na jurisprudência, e vem sendo observada e aplicada nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O parecer técnico do perito do juízo assume um papel importante nesse aspecto, a elucidar acerca da seriedade e realidade da chance perdida pelo paciente em consequência do ato ilícito, porém reitera-se que não tem caráter decisório, podendo o magistrado, em observância das outras provas, decidir contra o parecer.

3.2.2 Quantificação

A regra fundamental a ser seguida na quantificação das chances perdidas é que o valor da indenização deve ser sempre inferior ao valor que correspondia à vantagem esperada e perdida pela vítima. Isso pois não é possível provar o nexo de causalidade entre a conduta do

agente e a perda definitiva da vantagem esperada, mas tão somente o nexo entre a conduta e a perda da chance.¹⁷⁹

Petteffi utiliza como exemplo um caso em que um erro médico retirou as chances da vítima de não perder um braço. Nesse contexto, o *quantum* indenizatório das chances perdidas devem corresponder apenas a uma porcentagem do valor que seria concedido caso pudesse ser demonstrado um nexo de causalidade entre a conduta do médico e a efetiva perda do braço.¹⁸⁰

Tal entendimento é pacífico na jurisprudência francesa. Em julgado no dia 9 de abril de 2002, a Corte de Cassação ratificou o entendimento de que “a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado”.¹⁸¹

Pode-se citar como exemplo fático novamente o caso do programa “Show do Milhão”, que ilustra bem a sistemática correta de quantificação.

A participante estava concorrendo a um prêmio de um milhão de reais (vantagem esperada) devendo escolher a resposta correta dentre 4 alternativas para vencer. Por erro da direção do programa, a pergunta feita não tinha nenhuma resposta correta, o que gerou a perda de uma chance de aferir a premiação.

A correta quantificação do *quantum* indenizatório no caso pelo STJ foi de 125 mil reais, que corresponde, estatisticamente, à chance de acertar a resposta correta dentre as 4 possíveis. Ou seja, o valor da chance perdida foi inferior ao valor da vantagem esperada perdida (1 milhão de reais), sendo aplicada corretamente a sistemática.

Sérgio Savi ratifica esse posicionamento. À luz de suas palavras:

“Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. O fato de a

179 SILVA, Rafael Petteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p.143

180 Ibidem

181 Ibidem

situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa 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.”¹⁸²

Contudo, a mensuração do valor indenizatório nem sempre é fácil de ser realizada. A quantificação na perda de uma chance de cura em especial costuma ser ainda mais dificultosa, tendo em vista a natureza da atividade médica.

A autora Grácia Cristina Moreira do Rosário cita alguns parâmetros que devem ser observados pelo juiz ao fixar a indenização:

“(…) a situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido alcançada; a chance propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. A quantia da indenização deve ser menor do que o valor ajustado no caso de certeza concreta do dano. Não quer dizer que a condenação deva ser insignificante por tratar de uma chance frustrada”¹⁸³

A fixação do valor da indenização deve ser compatível com a lesão sofrida, bem como sua análise deve abordar: as condições pessoais da vítima; tais como a violação da sua dignidade; idade; condição social; impacto na saúde física e mental; compensação pelo dano, ou seja, a possibilidade de abrandar as moléstias sofridas; investigação do reflexo do dano no ambiente social ao qual a vítima pertence.¹⁸⁴

A autora também afirma que é imprescindível que existam critérios estáveis para embasar o magistrado ao fixar o *quantum* indenizatório, bem como para conferir maior segurança jurídica e a vítima avaliar melhor a conveniência ou não de ingressar no judiciário.¹⁸⁵

Nesse sentido, Yussef Said Cahali *Apud* Grácia Cristina Moreira do Rosário¹⁸⁶ elenca parâmetros para a fixação da indenização por dano estético, muito comum nessa matéria:

182 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012, p. 68

183 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.144

184 Ibidem, p. 145

185 Ibidem, p. 146

186 Ibidem

1) A natureza da lesão e a extensão do dano: Considera-se a natureza da lesão, a extensão do dano físico, como causador do sofrimento, da tristeza, da dor moral vivenciados pelo infortúnio; 2) Condições pessoais do ofendido: Consideram-se as condições pessoais do ofendido, antes e depois da ofensa à sua integridade corporal, tendo em vista as repercussões imediatas que a deformação lhe acarreta em suas novas condições de vida; 3) Condições pessoais do responsável: devem ser consideradas as possibilidades econômicas do ofensor, no sentido de sua capacidade para o adimplemento da prestação a ser fixada; 4) Equidade, cautela e prudência: a indenização não deve ser tal que leve o ofensor à ruína nem tanto que leve o ofendido ao enriquecimento ilícito. A equidade, portanto, deve estar presente no espírito do julgador; 5) Gravidade da culpa; 6) Arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização: tratando-se de danos extrapatrimoniais, a indenização tem finalidade reparatória, à diferença do ressarcimento que ocorre no caso de danos patrimoniais.¹⁸⁷

Em observância de tais parâmetros gerais, o juiz deve individualizar o caso, realizando uma análise do fato e das provas, e utilizar a razoabilidade para fundamentar o valor arbitrado. Isso pois para Grácia Cristina um tabelamento do valor da indenização pelo legislador poderia estabelecer quantias irrisórias que não teriam condão de reparar o dano sofrido no caso concreto, bem como poderia estimular a realização de outros danos pelo causador do ato ilícito.¹⁸⁸

Na perda de uma chance de cura, Kfouri Neto ensina:

“No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato medido – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.”¹⁸⁹

Portanto, tratando-se de perda de chance de cura por erro médico o *quantum* deve ser arbitrado em função da probabilidade que o paciente tinha de cura ou sobrevivência, ao contrário dos casos envolvendo erro médico tradicional, sem incidência do instituto das chances perdidas, que geraria uma indenização integral¹⁹⁰

Peteffi, ao fazer uma análise do tema à luz da jurisprudência pátria, observou que no teor das decisões não existia qualquer menção expressa à metodologia empregada para se

187 CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. E atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277-280

188 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.147

189 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.148

190 ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.148

chegar no valor arbitrado a título de indenização, passando uma impressão de quantificação realizada sem critério técnico, “por sentimento” do julgador.¹⁹¹

O autor cita um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 31 de maio de 2000. A banda “Fantasmas da noite” movia ação de reparação em face da empresa Polygram requerendo danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, pelo fato da empresa não ter lançado nenhum “LP” dos demandantes, obrigação prevista no contrato firmado entre as partes.¹⁹²

O juízo *a quo* invocou a teoria da perda de uma chance para conceder a indenização, arbitrando as parcelas indenizatórias 12.400 reais para cada autor por perdas e danos (dano emergente) e 18.000 para cada autor por lucros cessantes, além de um valor de dano moral.¹⁹³

O Tribunal, no entanto, reduziu as verbas compensatórias da seguinte forma e com a fundamentação a seguir, à luz do voto do relator:

“Entendemos que os ditos lucros cessantes se afiguram aleatórios, daí por que sugerimos verba igual às perdas e danos (disco, show), também de R\$ 12.400,00 para cada postulante, reduzindo também o dano moral a tal montante. Os juros e correção devem correr do ajuizamento da ação.”¹⁹⁴

Analisando o trecho destacado do voto Peteffi aponta que o Tribunal não desenvolveu nenhuma fundamentação técnica para reduzir o valor arbitrado pelo juízo *a quo* a título de lucros cessantes, que na ocasião foi enquadrado como uma espécie de perda de uma chance.¹⁹⁵ Tal fato só reforça o que foi explanado pelo autor de que os magistrados parecem arbitrar um valor “a sentimento” no lugar de aplicar uma metodologia com assistência da estatística e da probabilidade, bem como deixam de explicitar no teor da decisão o processo utilizado para se chegar no valor da reparação.

191 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 226

192 Ibidem, p.227

193 Ibidem, p.228

194 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2000.001.05364. Apelante: Vinidus Ottoni de Carvalho e outro. Apelada: Polygram do Brasil Ltda. Relator: Des. Severiano Aragão, julgado em 31 de maio de 2000.

195 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p.228

A título exemplificativo de uma quantificação fundamentada tecnicamente por perda de uma chance de cura, pode-se citar o emblemático e já mencionado *Falcon v. Memorial Hospital*, julgado pela Suprema Corte de Michigan.¹⁹⁶

A ação versava sobre uma gestante que faleceu logo após o parto, devia a uma embolia. Os peritos afirmaram na ocasião que a morte era imprevisível e o médico não poderia ser responsabilizado. Contudo, constatou-se que 37,5% das pessoas que sofrem desse mesmo problema da vítima sobrevivem, caso recebem tratamento médico adequado. Foi decidido que houve uma falta de terapêutica correta por parte do médico, retirando chances da paciente de sobreviver.¹⁹⁷

Ao arbitrar o *quantum* da reparação, a Corte concedeu 37,5%, porcentagem correspondente à chance de sobrevivência retirada da paciente pelo erro médico, do valor que seria concedido se o médico fosse considerado diretamente responsável pela morte da paciente, explicitando essa metodologia utilizada no teor da decisão.¹⁹⁸ Tratou-se, portanto, de uma quantificação fundamentada e apoiada na probabilidade, que muito difere daquela mencionada no julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que carecia fundamentação.

Na pesquisa realizada para o presente trabalho junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi possível confirmar o apontamento feito por Peteffi de que os julgados carecem de uma fundamentação metodológica à luz das ideias de perda de uma chance na seara médica.

Com efeito, os julgados parecem limitar-se a invocar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter punitivo e pedagógico da indenização e o óbice ao enriquecimento sem causa para fundamentar um arbitramento como Peteffi bem definiu como sendo “por sentimento” do julgador. Não se explica a metodologia utilizada para chegar ao valor da reparação, que na maioria dos casos é concedida a título de dano moral e/ou estético, com base nas chances perdidas.

196 Ibidem, p. 144

197 Ibidem

198 Ibidem

Novamente nos autos da Apelação Cível. nº 0001319-69.2011.8.19.0080¹⁹⁹, que tratava do falecimento do filho da autora em decorrência da negligência dos médicos em demorar demasiadamente para dar início ao tratamento do jovem, que sofria de quadro grave de dengue, o voto da relatora ilustra bem o tema discutido.

O juízo *a quo* concedeu indenização por dano moral para a mãe do jovem que faleceu com base na teoria da perda de uma chance de cura, arbitrando o *quantum* indenizatório em 100 mil reais. No entanto, o Tribunal decidiu por reduzir a verba compensatória para 70 mil reais com o seguinte fundamento, extraído do voto da relatora Desembargadora Denise Nicoll Simões:

“No entanto, em se tratando da perda de uma chance, a indenização não pode corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida. Assim, reputa-se razoável reduzir a verba indenizatória para R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), uma vez que se coaduna com as peculiaridades do caso concreto e se mostra compatível com a reprovabilidade da conduta, extensão do dano sofrido, o sofrimento experimentado e o caráter punitivo pedagógico do instituto.”

Nota-se, por um lado, que a julgadora observou corretamente a norma base da quantificação das chances perdidas que determina que o valor indenizatório não pode ser igual ao valor que refletiria o dano final.

Contudo, é possível observar também que o arbitramento carece de um apoio probabilístico e matemático para embasá-lo. Não se perquire a probabilidade de sobrevivência que o jovem teria caso tivesse recebido tratamento médico adequado, assim como foi feito no mencionado caso *Falcon v. Memorial Hospital*.

A quantificação parece ser feita da mesma forma que seria em outras áreas da responsabilidade civil, segundo os princípios gerais que a regem e em observância aos valores atribuídos em casos semelhantes na prática forense. À luz do voto da Desembargadora Teresa de Andrade nos autos da Apelação Cível n. 0000480-77.2006.8.19.0061, que tratava de perda de chance de sobrevivência de recém-nascido:

“No que diz respeito ao quantum indenizatório, este deve ser fixado aguardando proporcionalidade não apenas com o gravame propriamente dito, mas levando-se em

199 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0001319-69.2011.8.19.0080. Relator: Des. Denise Nicoll Simões, julgado em 30/09/2020, publicado em 01/10/2020

consideração também suas consequências, as condições do ofensor, do ofendido, e do bem jurídico lesado. A verba reparatória deve ser fixada em patamares que não exibam uma forma de enriquecimento para o ofendido, tampouco, constitua um valor ínfimo que nada indenize e que deixe de retratar uma reprovação à atitude imprópria do ofensor, considerada a sua capacidade econômico-financeira. Ressalte-se que a reparação desse tipo de dano tem tríplice caráter: punitivo, indenizatório e educativo, como forma de desestimular a reiteração do ato danoso. A busca de sua reparação, não é o ressarcimento, ao contrário, é a tentativa de minorar os sentimentos de angústia, frustração, desespero e impotência que atingem as pessoas que suportam determinados danos. Como bem ressalta a ilustre jurista Maria Celina Bodin de Moraes: “o foco precípuo é a situação em que se encontra a vítima, visando recompor a violência sofrida em sua dignidade através da reparação integral do dano”. No caso em exame, o dano consistiu na morte do recém-nascido, filho dos Autores. Para hipóteses como esta o nosso Tribunal vem fixando a indenização em valores bem superiores aquele fixado na sentença. Todavia, como a parte Autora não recorreu postulando a sua majoração, deve ser entendido que a mesma se deu por satisfeita com tal quantia que, por isso, deve ser mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).”²⁰⁰

Destarte, evidente que os julgados não utilizam a metodologia mais correta à luz da teoria da perda de uma chance para quantificar o dano, que seria partir do dano final e fazer incidir sobre esse o percentual de probabilidade que o paciente tinha de cura ou sobrevivência.²⁰¹

3.3 Análise de categorias frequentes

Tendo sido abordados os pontos mais importantes sobre a teoria da perda de uma chance de cura, cabe fazer breves considerações especificamente sobre algumas das categorias mais comuns de ações inseridas nessa seara à luz da prática forense do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da melhor técnica da teoria da perda de uma chance ensinada pelos doutrinadores mencionados no trabalho.

3.3.1 Morte

200 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n° 0000480-77.2006.8.19.0061. Relator: Des. Teresa de Andrade, julgado em 27/03/2019, publicado em 04/04/2019

201 SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 68

Nos casos envolvendo falecimento de pacientes por alegado erro médico, o Tribunal tem se mostrado adepto à concessão de indenização por perda de uma chance de cura.

A indenização é concedida predominantemente a título de danos morais, porém sem prejuízo de outros, e em favor dos integrantes do núcleo familiar próximo da vítima, com fundamento no denominado dano em ricochete.

A teoria do dano em ricochete, amplamente aceita pela jurisprudência, determina que a lesão deve ser reparada ao terceiro que se torna vítima dela indiretamente. É o caso dos familiares que perdem um ente querido em decorrência de um erro médico, merecendo uma reparação pela dor psicológica que sofrem com a perda.

Em caso de hospitais da rede pública o Tribunal tem imposto a responsabilidade objetiva do poder público na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e da teoria do Risco Administrativo. Já em hospitais privados, incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A perícia técnica se mostra como elemento de grande importância para o convencimento do juiz sobre o nexo de causalidade entre a conduta e as chances perdidas, bem como para a análise da seriedade e realidade dessas chances.

Tais premissas podem ser observadas no teor da decisão da Apelação Cível n. 0477139-33.2015.8.19.0001, que ilustra bem esse tipo de demanda e foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ÓBITO DECORRENTE DE CHOQUE SÉPTICO, APÓS ALTA INDEVIDA DO PACIENTE (MENOR DE IDADE 14 ANOS). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE MERECE REFORMA. O PODER PÚBLICO RESPONDE OBJETIVAMENTE PELOS DANOS QUE SEUS AGENTES PÚBLICOS TIVEREM DADO CAUSA, NA FORMA DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM BASE NA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, SE PRESENTES OS SEUS REQUISITOS LEGAIS, QUAIS SEJAM: O ATO ILÍCITO, O DANO E O NEXO CAUSAL. NO CASO EM TELA, EXTRAI-SE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS QUE FICOU COMPROVADO O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATUAÇÃO DESIDIOSA DOS PROFISSIONAIS QUE ATENDERAM O MENOR NA UPA E O RESULTADO MORTE APÓS 5 DIAS DE INTERNAÇÃO. EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL, ADVINDO DA CONDUTA INADEQUADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DEMONSTRADA POR MEIO DE LAUDO PERICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE

PÚBLICO, COM FULCRO NO ART. 37, §6º DA CRFB. PROVIMENTO DO RECURSO.²⁰²

Foi deferida uma indenização por perda de uma chance de cura do menor na quantia de 80 mil reais para a primeira autora e 35 mil reais para o segundo e terceira autora, que correspondem, respectivamente, à mãe, irmão e avó do menor falecido. Também foi concedido um pensionamento à genitora no valor de 1/3 do salário-mínimo. Portanto, a indenização foi de natureza tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

A quantificação do dano, ora atribuído como dano moral, no entanto, carece de maiores fundamentações técnicas, como a maioria dos julgados da mesma natureza, e conforme foi abordado anteriormente.

O óbice à concessão da indenização nesses casos costuma ocorrer quando a perícia técnica constata uma ausência de erro médico ou que a chance perdida não era real e séria, não estando a demanda munida dos pressupostos necessários. Nesse sentido, as seguintes ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. PERDA DE UMA CHANCE. ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA. MORTE DO PACIENTE. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA NO SENTIDO DE AUSÊNCIA DE ERRO MÉDICO NO TRATAMENTO DISPENSADO AO PACIENTE. ÓBITO DECORRENTE GRAVE DOENÇA AGUDA E DE ALTA LETALIDADE, CONFORME APURADO PELA PERÍCIA MÉDICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE DEU A CORRETA SOLUÇÃO À LIDE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.²⁰³

RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA MORTE DA MÃE DOS AUTORES, EM RAZÃO DE SUPOSTO ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. INSURGÊNCIA BASEADA NA FALTA DE APRECIÇÃO DA ALEGAÇÃO FALHA RELATIVA À DEMORA DO ATENDIMENTO. DECLARAÇÃO DO EXPERT NO SENTIDO DE QUE A MORTE DA PACIENTE, NAS CONDIÇÕES OBSERVADAS, ERA INEVITÁVEL. ASSERTIVA QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO CASO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO.²⁰⁴

3.3.2 Criança Natimorta e falecimento de feto durante a gravidez

202 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0477139-33.2015.8.19.0001 .
Relator: Des. Juarez Fernandes Folhes, julgado em 24/02/2021, publicado em 26/02/2021

203 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0132807-20.2016.8.19.0001 .
Relator: Des. Benedicto Abicair, julgado em 26/08/2020 , publicado em 28/08/2020

204 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0179119-20.2017.8.19.0001 .
Relator: Des. André Andrade, julgado em 21/08/2019, publicado em 28/08/2019

Estão também passíveis de indenização pela perda de uma chance os erros médicos que ocasionem que a criança nasça natimorta, bem como que ocasionem o falecimento do feto durante o curso da gravidez.

Trata-se da perda de uma chance de sobrevivência do feto, de nascer com vida e saudável. As características de aplicação da teoria são as mesmas que envolvem a morte de pacientes, conforme foram apontadas no item anterior.

O dano é concedido *in re ipsa*, em favor dos genitores, também apoiado na teoria do dano em ricochete. Basta comprovar que a conduta médica privou chances da criança nascer.

Pode-se observar a correta aplicação das chances perdidas pelo Tribunal nas seguintes ementas:

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. FALECIMENTO DE FETO NO SÉTIMO MÊS DE GESTAÇÃO. OMISSÃO DE EQUIPE MÉDICA QUE INTERFERIU NA SOBREVIVÊNCIA DA CRIANÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO. ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERÍCIA CONCLUSIVA ACERCA DA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO, NÃO ESTANDO O TRATAMENTO EM CONFORMIDADE COM A BOA PRÁTICA MÉDICA. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO IN RE IPSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÕES MANEJADAS PELOS AUTORES E PELO RÉU²⁰⁵

APELAÇÃO CÍVEL. Ação pelo procedimento comum, com pedido de indenização por dano moral. Alegação de erro médico no atendimento prestado à segunda autora, em hospital da rede municipal de saúde, tendo em vista o diagnóstico de diabetes gestacional, com indicação de interrupção imediata da gravidez. Sentença de parcial procedência, com condenação do réu ao pagamento de indenização, a título de dano moral, no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais) aos autores. Insurgência do Município do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil objetiva por prática omissiva específica. Artigos 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil e 43 do Código Civil brasileiro Documentação acostada aos autos que comprova ter sido a segunda autora encaminhada, com urgência, ao Hospital Maternidade Alexander Fleming, pelo médico que a acompanhava durante o seu pré-natal, após ter sido constatado que ela desenvolvera diabetes gestacional, para internação e interrupção imediata da gravidez. Gestante que permaneceu em observação no referido nosocômio por 2 (dois) dias até que constatado o óbito fetal, quando, só então, foi induzido e realizado o parto. Aplicação na espécie da teoria da perda de uma chance, ante a demora na interrupção da gestação. Ausência da realização da prova pericial que não afasta a responsabilidade do ente público, pois a ele incumbia demonstrar o rompimento do nexo de causalidade, o que não se deu na espécie. Artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Falha manifesta na prestação do serviço. Dano

205 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0377655-79.2014.8.19.0001. Relator: Des. Mario Guimarães Neto, julgado em 26/03/2019, publicado em 05/04/2019

moral configurado. Indenização arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, como, também, com o patamar usualmente adotado nesta Corte Estadual, em casos assemelhados. Parecer da Procuradoria de Justiça em consonância. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ²⁰⁶

3.3.3 Sequelas

A perda de uma chance de cura tem se mostrado consistente na concessão de indenizações por sequelas ocasionadas por erro médico. Perde-se a oportunidade de se curar de uma enfermidade plenamente, o paciente passa a ter que conviver com um sofrimento vitalício em alguma esfera da sua saúde física ou um sofrimento psíquico, em algumas ocasiões por questão estética.

O método de avaliar o cerne da demanda é o comum aos casos de perda de chance de cura já citados. A perícia se reveste da importância nesse caso, além de averiguar a ocorrência do erro médico, de constatar alguma debilidade física ou psíquica resultante que vá prejudicar a vida da vítima. Com uma avaliação da lesão do paciente, o perito pode atribuir um índice de Incapacidade parcial Permanente (IPP). Ou seja, pode aferir em que grau a seqüela da vítima a incapacitou para a atividade laborativa.

Além disso, as verbas compensatórias que são arbitradas costumam ser um pouco diferentes dos casos de morte. Nessas demandas, além do dano moral, também é comum incidirem reparações a título de dano estético e reparações de cunho patrimonial, a depender da natureza das sequelas do paciente que reduzam sua capacidade laborativa, traduzidas em pensionamentos e custeios de tratamentos terapêuticos.

Sobre concessão de reparações patrimoniais, segue ementa de decisão nos autos da Apelação Cível n. 2181454-25.2011.8.19.0021:

Apelações Cíveis. Direito administrativo. Município de Duque de Caxias. Erro médico. Ação indenizatória (danos morais e materiais). Responsabilidade objetiva do ente público municipal em relação aos atos de seus prepostos (art.37, § 6º da CRFB). Sentença de procedência parcial do pedido. Irresignação de ambas as partes.

206 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0151134-76.2017.8.19.0001. Relator: Des. Patricia Ribeiro Serra Vieira, julgado em 23/09/2020, publicado em 25/09/2020

Municipalidade que alegou inexistência de conduta ilícita cometida por seus prepostos, não se justificando qualquer tipo de indenização e, subsidiariamente, pleiteia redução do percentual dos honorários advocatícios e isenção das custas processuais. Autor que pretende obter a majoração das verbas fixadas a título de dano moral e percentual de pensionamento. Modificação parcial do julgado. Excludente de responsabilidade. Inaplicabilidade. Conjunto probatório que demonstrou a conduta ilícita praticada pelos prepostos do réu. Laudo pericial conclusivo, apontando a falha técnica na prestação do serviço. Teoria da perda de uma chance de cura. Possibilidade de aplicação da Teoria da perda de uma chance na seara médica (REsp 1.254.141-PR). Obrigação da municipalidade quanto à reparação dos prejuízos sofridos pelo autor (art.927 do Código Civil). Indenização que deverá ser medida pela extensão do dano (art.944 do Código Civil). Dano material pautado em avaliação do expert que entendeu necessária a realização de tratamento fisioterápico pelo período de 6 meses. Majoração da verba indenizatória fixada a título de dano moral para R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por melhor se adequar aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Pensionamento. Obrigação devida (art.950 do Código Civil), ainda que a vítima estivesse sem atividade laborativa formal (desempregado). Incidência do verbete sumular nº 215 do E. TJRJ. (...) Recursos conhecidos e parcialmente providos.²⁰⁷

Observa-se que, em decorrência de IPP em 17,5% e que tornou o paciente incapaz de continuar exercendo a função laborativa que ocupava, foi concedido um pensionamento vitalício de 17,5% sobre o valor de sua remuneração à época dos fatos. Também foi concedido um valor de 9 salários-mínimos para custear tratamento fisioterápico.

Em relação à concessão de dano estético, esse também tem sido amplamente aceito. Migue Kfouri Neto caracteriza o dano estético como a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de uma pessoa, e portanto representa uma ofensa aos direitos da personalidade. Como a noção de beleza é relativa, a averiguação de dano estético baseia-se no estado físico da pessoa antes da lesão e as modificações que ocorreram após a lesão, efetua-se uma comparação.²⁰⁸

Sobre a concessão de reparação por dano estético, a ementa da Apelação Cível n. 0119588-13.2011.8.19.0001:

Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Hospital público. Perda de uma chance. Complicações no parto. Distocia. A “distocia de ombro” se verifica durante o parto quando, após o desprendimento do polo cefálico não ocorre a liberação da cintura escapular fetal apesar dos procedimentos obstétricos de rotina. Embora não se possa considerá-la frequente, a “distocia” de ombro surge em circunstâncias de normalidade da gestação, do feto e da parturiente

207 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2181454-25.2011.8.19.0021.

Relator: Des. Daniela Brandão Ferreira, julgado em 17/11/2020, publicado em 19/11/2020

208 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.

sendo considerada um problema clínico significativo, imprevisível e responsável por alto índice de morbidade neonatal. Embora seja um fenômeno imprevisível, os danos dela derivados são, em grande parte das vezes, evitáveis, diante dos métodos descritos nos compêndios de literatura médica. A literatura médica prevê diversas manobras e procedimentos técnicos que devem ser adotados diante dessa emergência, sendo imprescindível que o obstetra tenha auxílio físico de assistentes. Hipótese dos autos em que se constatou lesão de plexo braquial de recém-nascido. Danos físicos. Sequelas motoras. Encurtamento de membro superior. Manobras físicas realizadas por médico obstetra que não teve auxílio de pessoal especializado ou assistentes, o que se mostra obrigatório nesses casos. O plexo braquial é uma estrutura nervosa na região do pescoço e ombro, formada pela junção dos vários nervos que saem da medula e se dirigem ao membro superior. A lesão desta estrutura leva a paralisias, alterações de sensibilidade e dores que podem incapacitar o paciente. Negligência e imprudência que implicam no dever de indenizar do ente público. Perda da chance do feto de ser retirado do útero materno em tempo útil a fim de evitar as lesões causadas pela distocia. Dano moral in re ipsa. Majoração da verba indenizatória. Procedência do pedido de condenação do município **ao pagamento de indenização por dano estético** e de pensionamento vitalício. Danos físicos e motores reconhecidos no laudo pericial. Sentença reformada. Recurso adesivo (parte autora) provido. 1º recurso (Município) desprovido.²⁰⁹ (grifei)

No caso em questão, foi constatado que houve lesão de plexo braquial, gerando diminuição nos movimentos articulares do membro superior esquerdo (paresia) e encurtamento do membro. A título de dano estético, portanto, além das outras verbas compensatórias, foi arbitrado um valor de 10 mil reais.

Portanto, o instituto das chances perdidas tem se mostrado eficaz na tentativa de amenizar as dores das sequelas físicas e/ou psíquicas resultantes de erro médico por meio de reparações patrimoniais e extrapatrimoniais.

3.3.4 Erro de diagnóstico

Outro tema que merece destaque e frequentemente é discutido em demandas da seara médica é o erro de diagnóstico.

Miguel Kfourri Neto, ao discorrer sobre o tema:

“Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha o tratamento

209 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0119588-13.2011.8.19.0001. Relator: Des. Marco Antônio Ibrahim, julgado em 02/06/2021, publicado em 08/06/2021

adequado. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado. Por isso, a doutrina, de modo geral, analisa detidamente tal questão. A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica.”²¹⁰

Não obstante, foi possível aferir na pesquisa que a teoria da perda de uma chance de cura tem sido aplicada pelo tribunal em casos envolvendo erro de diagnóstico.

A Apelação cível n. 0004088-19.2009.8.19.0210 versava sobre um paciente que começou a apresentar dores em seu braço subitamente, sem ter ocorrido qualquer trauma na região.

Mesmo munido de raio-X da região e sentindo fortes dores, o médico consultado em duas ocasiões afirmou que o paciente não apresentava nenhuma enfermidade, limitando-se a receitar remédios para aliviar a dor.

O quadro do paciente piorou gradativamente até passar a apresentar febre e diarreia, além de constantes dores. Após buscar auxílio em outro hospital, o autor foi diagnosticado com osteomielite no punho esquerdo, precisando ser submetido a cirurgia de emergência e precisando ser internado, devido ao seu quadro de saúde agravado.

A perícia técnica constatou que não houve emprego da melhor técnica, e que a osteomielite poderia ter sido facilmente diagnosticada no primeiro atendimento. Ou seja, tratou-se de um erro grosseiro por parte do médico em não identificar enfermidade de fácil diagnóstico.

Aplicou-se, portanto, a perda de uma chance, com o fundamento de que o médico deve resguardar o paciente desde o primeiro contato com o mesmo, ou seja, desde a primeira chance que teve de averiguar uma probabilidade de dano e evitar um prejuízo.

210 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87

Nessa ótica, o Tribunal entendeu que o erro de diagnóstico, devidamente constatado pela perícia como um erro grosseiro, serve como fundamento para caracterizar a perda de uma chance do paciente em não ter seu quadro de saúde agravado desnecessariamente.

Sendo assim, não obstante as dificuldades existentes em conceder a responsabilidade civil médica em função de erro de diagnóstico, como bem apontou Kfourri Neto, a perda de uma chance tem sido aplicada pelo Tribunal em casos dessa seara.

CONCLUSÃO

Conforme se demonstrou ao longo do trabalho, a teoria da perda de uma chance consiste na noção de que as chances da vítima de aferir uma vantagem ou evitar um dano que são retiradas pela conduta ilícita e culposa de um agente constituem um dano reparável por si só, independente do prejuízo final.

A perda de uma chance de cura ou sobrevivência, como é denominada a teoria aplicada à seara médica, pode ser aplicada quando um erro médico retira do paciente uma oportunidade de se curar de uma doença, sobreviver, ou evitar uma sequela, gerando um dever de indenizar não pelo resultado final em si, que tem uma origem natural, mas sim pela oportunidade que a conduta médica retirou do paciente, que consiste em um dano autônomo.

A teoria teve seu berço na França e foi o resultado de uma tendência cada vez maior dos ordenamentos jurídicos em enfatizar a reparação do dano. Para tanto passaram a ser admitidos alargamentos no conceito de dano reparável e da causalidade que tornaram possíveis o desenvolvimento dos conceitos de perda da chance.

Foram abordadas também questões relacionadas à responsabilidade civil médica. A relação entre médico e paciente é de natureza contratual, presumindo-se o contrato tacitamente formado a partir do primeiro atendimento. Também foi esmiuçado o conceito de erro médico e as formas de que a prática forense dispõe para caracterizar a culpa médica baseada na imprudência, imperícia ou negligência, bem como os deveres que o médico tem que observar em sua conduta profissional.

Em relação aos erros médicos que ocorrem em hospitais públicos, ficou evidente pela jurisprudência analisada que atribui-se a responsabilidade objetiva ao poder público pela conduta dos seus agentes na forma do artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal e da Teoria do Risco Administrativo, cabendo a administração pública demonstrar alguma excludente do dever de indenizar.

Já no caso de erros médicos em hospitais e clínicas privados ou por médicos na qualidade de profissional liberal, incidem as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor, em especial o que dispõe seu artigo 14.

Adentrando os pressupostos essenciais para a concessão de uma indenização por perda de uma chance de cura, foi exposto que é imprescindível que a chance perdida seja real e séria, visto que uma mera possibilidade ou chance remota não é indenizável.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi um dos pioneiros do país a evidenciar a necessidade das chances serem sérias e reais para a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Verificou-se com a análise de julgados recentes que essa posição do Tribunal foi mantida. A análise da seriedade das chances perdidas está presente no teor das decisões e costuma ter uma fundamentação técnica. Trata-se de um pressuposto cuja necessidade é um ponto pacífico tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, o que está de acordo com a teoria das chances perdidas.

A questão da quantificação do dano pela perda de uma chance, no entanto, parece ser tema que pode ser melhor aplicado pelo Tribunal. As decisões carecem de uma fundamentação satisfatória sobre metodologia utilizada para se chegar no *quantum* indenizatório.

A técnica mais correta seria partir do dano final e fazer incidir sobre esse o percentual de probabilidade que o paciente tinha de cura ou sobrevivência, para se então chegar a um valor de reparação. Não se vislumbra no teor das decisões, contudo, uma maior preocupação com essa fundamentação probabilística, passando uma impressão de uma quantificação como Peteffi define como “por sentimento” do julgador.

A natureza jurídica das chances perdidas também consiste em um tema que pode ser melhor explorado, não sendo uma matéria pacífica na doutrina e na prática forense. Não costuma ser abordada nas decisões e apresenta inconsistências, por vezes sendo atribuído como espécie de dano patrimonial e por vezes como espécie de dano extrapatrimonial. Também ainda existem julgados que parecem confundir as chances perdidas como lucros cessantes.

Não obstante essas questões, a pesquisa jurisprudencial evidenciou que a teoria da perda de uma chance de cura tem se mostrado um mecanismo eficaz para a reparação de danos

como morte, sequelas permanentes, erros de diagnóstico e crianças natimortas, decorrentes de erro médico no Estado do Rio de Janeiro.

Os julgadores do Tribunal do Estado tem demonstrado um bom conhecimento e aplicação da teoria das chances perdidas com a finalidade de reparar o dano injusto sofrido pelos pacientes.

Resta espaço, contudo, para um aprimoramento ainda maior na aplicação dessa importante teoria na responsabilidade civil, conforme foi exposto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**, Rio de Janeiro: forense, 1979, v.1

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, **Responsabilidade pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**, Curitiba. Juruá, 2015

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. E atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

CARVALHO, Leandro Souza de. **Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil por perda de uma chance nos Tribunais Pátrios**. Disponível em https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220 Acesso em: 19 de agosto de 2021.

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

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**, Rio de Janeiro: Forense, 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, **Rodolfo. Manual de Direito Civil**, São Paulo: Saraiva, 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**, São Paulo: Saraiva, 2017

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

PACHECO, Newton. **O erro médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, São Paulo: RT, 1983

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, São Paulo: Método, 2018

ROSÁRIO, Grácia Moreira Cristina do. **A Perda de Chance de Cura na Responsabilidade civil médica**, 1. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo: Atlas, 2012

SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**, São Paulo: Atlas, 2013