

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
CAMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO

GUILHERME FERNANDO FABRIS MAR

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

ERECHIM

2022

GUILHERME FERNANDO FABRIS MAR

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Alessandra Biasus.

ERECHIM

2022

GUILHERME FERNANDO FABRIS MAR

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Erechim, 08 de novembro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Especialista Alessandra Regina Biasus  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

---

Professora Mestre Simone Gasperin de Albuquerque  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

---

Professora Mestre Vera Maria Calegari Detoni  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

## RESUMO

O termo responsabilidade é utilizado no meio jurídico em qualquer hipótese em que uma pessoa física ou jurídica, deva assumir com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Assim, toda atividade seja por ação ou por omissão do agente que gera prejuízo a outrem traz em seu bojo como fato social, o problema da responsabilidade. Surge desta forma, o interesse social em restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial provocados por uma atividade danosa, porquanto um prejuízo não reparado é motivo de agitação social. Com fim de cada vez menos existirem danos sem ressarcimento, os ordenamentos jurídicos vêm buscando melhorar cada vez mais o dever de indenizar, passando a aceitar em meados do século XIX, com o surgimento do Estado Social, a existência de probabilidade e, por consequência, as ciências humanas não deveriam desconsiderá-las. Como consequência nasce uma nova categoria de dano indenizável, a perda de uma chance. O presente trabalho apresenta um estudo sobre a responsabilidade civil, modalidades, aplicabilidade, interpretações da doutrina e jurisprudência. Traz o instituto da teoria da perda de uma chance, uma criação doutrinária aceita no ordenamento jurídico pátrio, e a identificação dentro da responsabilidade civil na área médica. Ainda se faz necessário identificar o erro médico e as circunstâncias jurídicas que autorizam indenizações para analisar a aplicação. Embora ainda não seja possível definir um parâmetro seguro acerca do instituto da perda de uma chance, especificamente na área médica, por enquanto não há legislação regulamentando o tema. Para realização do trabalho se utilizou método indutivo com pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; perda de uma chance; erro médico.

## ABSTRACT

The term liability is used in the legal environment in any case in which an individual or legal entity must assume the consequences of a harmful act, fact or business. Thus, every activity, whether by action or omission of the agent that causes harm to others, brings with it, as a social fact, the problem of responsibility. In this way, the social interest in restoring the moral and patrimonial balance caused by a harmful activity arises, since an unrepaired damage is a reason for social unrest. In order to reduce the number of damages without compensation, legal systems have increasingly sought to improve the duty to indemnify, starting to accept in the mid-nineteenth century, with the emergence of the Welfare State, the existence of probability and, consequently, the human sciences should not disregard them. As a consequence, a new category of indemnifiable damage is born, the loss of a chance. The present work presents a study on civil liability, modalities, applicability, interpretations of doctrine and jurisprudence. It presents the institute of the theory of the loss of a chance, a doctrinal creation accepted in the national legal system, and the identification within the civil liability in the medical area. It is still necessary to identify the medical error and the legal circumstances that authorize indemnities to analyze the application. Although it is still not possible to define a safe parameter about the institute of the loss of a chance, specifically in the medical area, for now there is no legislation regulating the subject. To carry out the work, an inductive method was used with bibliographical, documental and legislative research.

**Keywords:** civil liability; loss of one chance; medical error.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>10</b>
2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO.....	10
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	13
2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	13
2.3.1 Ação e Omissão .....	13
2.3.2 Dano.....	16
2.3.3 Nexo de Causalidade .....	17
<b>3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE .....</b>	<b>19</b>
3.1 ORIGENS, CONCEITO E EVOLUÇÃO.....	19
3.2 INTERPRETAÇÃO NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	22
3.3 OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PELA PERDA DE UMA CHANCE .....	24
<b>4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA .....</b>	<b>26</b>
4.1 SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA.....	28
4.2 TEORIA DA PERDA DE UMA NO CASO DE ERRO MÉDICO.....	30
4.3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASOS DE OMISSÃO DO ESTADO .....	34
4.4 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE POR ERRO MÉDICO.....	37
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O direito tem como objetivo regular as relações humanas de modo que possa garantir uma convivência pacífica e com harmonia em meio social. Tal tarefa, portanto, é por muitas vezes árdua, pois com o passar do tempo o ser humano desenvolve-se como ser pensante, criando novas formas e tecnologias de se relacionar.

Levando em consideração tal ambientação e as mudanças constantes, é possível dizer que a responsabilidade civil é atualmente concebida como um dos pilares do direito civil brasileiro, regulando as relações entre pessoas e garantindo a reparação dos danos causados a um terceiro em razão de uma ação ou omissão ilícita praticada pelo indivíduo ou agente causador. A teoria remonta sem dúvidas ao conceito e à ideia de justiça na sua forma mais pura, ressaltando a proporcionalidade e o princípio do *neminem ledere* (dever de não lesar).

Apesar de tal instituto da responsabilidade civil, seus elementos, características e efeitos estarem consolidados de forma extrema no direito brasileiro, as causas que o envolvem nem sempre são pacíficas. O aparecimento de situações fáticas não reguladas em lei e a atividade da mente humana em trabalhar novas ideias e criar novos paradigmas ensejam a caracterização de circunstâncias novas. De outro modo, o desenvolvimento social e a criação de novas tecnologias implicam na caracterização de novas situações, tornando difícil a tarefa do aplicador da lei.

Perante a insuficiência do aparato normativo existente, doutrinadores e jurisprudências começam a trabalhar unidas para preencher este vazio e garantir uma prestação efetiva ao jurisdicionados.

Em se falando de saúde pública no Brasil, a algum tempo o país enfrenta problemas variados. A crise política e econômica que arruína o país restringe repasse de verbas relacionado a todos os setores, conseqüentemente os resultados são de um cenário de caos e insuficiência. Adicionando a tal cenário, alguns profissionais da saúde, em vezes, agem com imperícia, ou deixam de tomar alguns cuidados ou atitudes que por vezes acabam lesando os direitos do paciente. Em determinadas situações os médicos deixam de instruir os pacientes em relação aos cuidados de devam ter, outras situações em que não há interesse e contrapartida de atender um paciente necessitado (ou socorrer), utilizando os métodos devidos, e existe ainda os casos em que o médico não tem condições de atender os

necessitados, por falta de material ou vaga de leitos por exemplo. Certamente o que foi citado acima, os diversos problemas e situações, existe um lado que sai lesado desta história, que é o paciente. Demora para o atendimento, falta de fornecimento de informações e afins, podem gerar o agravamento dos casos. Lembrando também que há situações em que o resultado da conduta leva o paciente a óbito.

Mesmo parecendo simples, por vezes pode ser difícil comprovar os pressupostos da responsabilidade civil (ação, omissão, dano e nexo de causalidade) para que possa caracterizar o dever de indenizar. Após lesados, os prejudicados não podem restar sem ressarcimento. O direito está presente e vigilante para que os direitos e as garantias das pessoas sejam zelados, garantindo uma efetiva recomposição dos que sofreram danos em razão da conduta de terceiros, não podendo omitir-se diante da injustiça.

Nesse cenário, a doutrina moldou a teoria da perda de uma chance. Tal teoria trabalha com a ideia de uma oportunidade perdida. Envolvendo, portanto, noções de probabilidade. Por tal motivo, sua utilização prática (mesmo reiterada) é tema de controvérsias.

Se em um sentido próprio a teoria é controvertida, é de se pensar que quando envolve a saúde e o próprio direito a vida, as vontades se exaltam. Por vezes é difícil dizer quais são os limites a serem visualizados, as ponderações a serem feitas e alguns cuidados a serem observados na sua aplicação. Nota-se que, a aplicação desta teoria na medicina, na maioria das vezes, dá ensejo para a reparação por danos morais. Tornado então, o assunto mais complexo, pois envolve quantificação de um dano experimentado pela pessoa no seu íntimo, tendo como base uma probabilidade.

Para certos debates, essa ideia parece absurda. De outro lado é, talvez, a única forma de tentar garantir a reparação de um dano que foi causado a terceiro.

O presente trabalho discutirá, portanto, a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de erro médico e a consequente responsabilização civil do profissional médico, utilizando-se para tanto do método indutivo com pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

O estudo será dividido em três capítulos, sendo que o primeiro irá tratar da teoria da perda de uma chance como instituto da responsabilidade civil, trazendo seu conceito e evolução histórica. O segundo capítulo será dedicado a tratar da responsabilidade civil no direito brasileiro, desde seu conceito, perpassando pelos



pressupostos gerais, evolução e natureza jurídica da responsabilidade civil médica, bem como as excludentes desta responsabilidade. Já, o terceiro capítulo irá tratar a (in)aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilização civil médica.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A fim de iniciar o estudo da responsabilidade civil, o presente capítulo será dedicado a conceituar e apontar um breve histórico evolutivo do instituto, espécies de responsabilidade civil, bem como, os elementos para apuração da responsabilidade civil.

### 2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO

O direito das obrigações é um ramo do direito civil que trata sobre as relações de natureza patrimonial entre sujeitos. Observando pela regra, tem-se um devedor e um credor que se vinculam de alguma forma, com objetivo de garantir o cumprimento de tal prestação.

Seguindo nesse sentido, nota-se que a maioria dos doutrinadores como Diniz (2022) e Cavalieri Filho (2012), lidam com a teoria da responsabilidade civil dentro do direito das obrigações, tendo como argumento que, nas palavras de Cavalieri Filho (2012), “como a principal consequência da prática do ato ilícito é a obrigação de indenizar – tal obrigação de natureza pessoal -, possibilitando dizer que a responsabilidade civil integra o direito obrigacional”,

Pode-se notar que a prática de um ato ilícito gera uma obrigação de reparação (uma prestação) que envolve o causador do dano e aquele que teve seu direito lesado, os quais são os sujeitos. Importante dizer que o cumprimento da prestação na área do direito obrigacional, ou a efetivação da reparação do dano, no que diz respeito à responsabilidade civil, podem ser litigados judicialmente, o que permite o estudo do assunto ser interessante no que diz respeito ao ambiente jurídico.

O histórico evolutivo da responsabilidade civil remonta a tempos muitos distantes, em que os danos causados eram punidos com vingança coletiva. Nesse período, quando um indivíduo tinha uma conduta lesiva, toda a sociedade a que ele pertencia, era submetida aos castigos severos e cruéis sendo determinados com o ideal de punir o mal causado na mesma proporção.

Uma considerável evolução ocorreu no período do oriente antigo, quando a sanção pelo ato cometido passou a ser individual e limitada ao indivíduo que foi autor do ato ilícito/lesivo, levando por título de “vingança privada”. Como exemplo

pode-se citar o Código de Lipit-Ishtar, Código de Shulgi, o qual continha a famigerada Lei do Talião. Nesse cenário reinavam as premissas de “olho por olho, dente por dente”, ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido. Nas palavras de Diniz (2022) - “o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou”.

Segundo Diniz. 2002, anos depois começou a ganhar espaço a ideia da composição. As sociedades passaram a perceber que seria mais viável que as partes entrassem em acordo para existir uma imediata reparação do dano mediante um pagamento de quantia em dinheiro, ao invés de punir-se com retaliação. Essa proposta ganhou força na medida que se percebeu que a retaliação não concertava o dano, mas sim causava um dano em dobro, pelo fato que tanto a vítima quanto o ofensor saíam prejudicados.

A ideia de reparação do dano com pecúnia segundo Diniz. 2002, ficou ainda mais sólida com a edição da *Lex Aquilia de damno*, que impõe que o patrimônio do causador do dano responderia pelo dano causado além de inaugurar a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, por vez que o lesante só seria responsável caso restasse demonstrado que agiu com culpa.

Diniz, refere – “o Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano como caráter de pena privada e como reparação visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal”.

Essa distinção somente se deu na idade média, momento em que se estruturou a ideia de dolo e culpa *stricto sensu*. A teoria da responsabilidade civil por tanto, só se solidificou por razão de obra doutrinária.

De início, o fundamento para a reparação civil somente era vinculado na ideia de culpa. Visto a insuficiência desse elemento e o surgimento de riscos decorrente da modernização das formas de produção e das relações humanas, se passou a difundir a teoria da responsabilidade civil objetiva, envolvendo noção de risco.

Em síntese, no que tange aos aspectos históricos, a evolução da responsabilidade civil tem raízes na antiguidade, vem adaptando-se por meio dos anos e passando pelos cenários da vingança coletiva, vingança privada, adoção de noções de proporcionalidade e substituição da pena corporal pela punição com

pecúnia a título de reparação. Destaca-se, ainda, a valorização do caráter de reparação e a desvalorização do aspecto punitivo vinculado à responsabilidade civil. Mais que isso, observa-se que surge uma ideia de responsabilidade civil objetiva e destaca-se sua constante evolução em razão do estreitamento das relações humanas.

Trazendo uma conceituação de responsabilidade civil, Diniz (2022) comenta que, “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal”.

Nesse sentido, conforme mencionado por Diniz (2022), é possível notar que o surgimento da responsabilidade civil acontece no momento em que existe a prática de um ato ilícito, que seria uma violação consciente de um dever. Tal prática gera dano a terceiro, havendo então uma relação de causalidade entre o ato praticado e o dano causado. Ainda segundo Diniz (2022), é possível perceber que a teoria da responsabilidade civil considera três elementos básicos, que são: dano, prática de ato ilícito e nexos de causalidade entre eles.

Em se tratando de objeto e objetivo da responsabilidade civil, tem-se:

A responsabilidade civil não é diferente do sentido comum de qualquer responsabilidade qual seja, o da ideia de obrigação, encargo ou contraprestação. Designa a obrigação de repor a vítima do dano injusto na situação em que se encontrava antes do ato ilícito. O descumprimento do dever de não lesar a ninguém gera um desequilíbrio (uma desordem) na situação jurídico-patrimonial do ofendido. A responsabilidade civil vem a ser justamente a obrigação do agente motivador desse desequilíbrio de reparar o prejuízo causado a outrem por um ato contrário à ordem jurídica. (RODRIGUES JUNIOR; MAMEDE; ROCHA; 2011, p. 19).

Nesse sentido, é possível notar que a reparação de um dano causado a outrem em razão de prática de ato ilícito tem por fim garantir que a pessoa lesada não permaneça prejudicada, e que se mantenha um equilíbrio da situação jurídico-patrimonial da vítima. O direito adquirido pela vítima é tratado como um bem, cujo objeto é o valor correspondente ao prejuízo a ser reparado.

Importante destacar que a responsabilidade civil se difere das responsabilidades penal e administrativa, as quais são tratadas de modo individual e diverso, não podendo ser confundido os efeitos em cada seara do direito.

É possível perceber que a evolução histórica e o conceito moderno da responsabilidade civil são extremamente ligados, tendo em vista que o instituto é resultado de situações fáticas que são práticas e dinâmicas. Não é possível afirmar que a teoria da responsabilidade civil parou de se desenvolver. Muito pelo contrário, o caminho evolutivo das tecnologias e das relações sociais tem ensejado o surgimento de situações que não estão previstas e não abarcadas pela lei atual, o que implica na necessidade de modificação pela parte dos aplicadores do direito para garantir que a justiça seja atingida.

## 2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil poderá ser classificada em relação ao fato gerador, quanto ao seu fundamento e quanto ao agente que pratica o ato ilícito.

Tratando-se de fato gerador, pode-se classificar a responsabilidade em contratual ou extracontratual. A primeira está vinculada à inadimplência no meio do negócio jurídico, sendo assim, decorre de uma relação obrigacional acordada pelas partes em um contrato. A segunda, qual seja, extracontratual, vincula-se a um inadimplemento normativo, visto que não há um vínculo voluntário entre as partes. A fonte desse tipo de responsabilidade, é justamente a lesão a um direito decorrente de uma falta de observância da lei, sem que exista entre as partes nenhum vínculo anterior ao cometimento do ato, conforme comenta Diniz (2022).

No que tange ao fundamento da responsabilidade Diniz (2022) refere que estes podem ser subjetiva ou objetiva, sendo que a responsabilidade civil subjetiva está vinculada à culpa ou dolo, e a segunda está vinculada na teoria do risco.

Outrossim, a responsabilidade civil ainda segundo Maria Helena Diniz (2022), pode ser direta ou indireta. Sendo direta quando o agente for a própria pessoa a que o ato está imputado, e sendo indireta quando originar de ato de terceiro com o qual o agente tem um vínculo de responsabilidade.

## 2.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.3.1 Ação e Omissão

Ação é o elemento que gera responsabilidade. Ele constitui-se na realização de um ato que pode por sua vez ser comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e imputável, significa que, o ser humano pelo caminho de uma ação ou omissão que para ele pode ser atribuída, gerará um efeito para um terceiro e deve arcar com os possíveis prejuízos causados.

Nesse sentido é fundamental destacar os artigos 186 e 926 do Código Civil de 2002, que são dois dos dispositivos mais pertinentes em se tratando de responsabilidade civil.

Neste sentido segue o artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Pode-se dizer que o mencionado artigo, aponta diversos aspectos relacionados ao ato ilícito, eis que de início tem-se que tal ato pode ser comissivo ou omissivo. Diniz anota que “a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”.

Mais que isso, o dispositivo citado traz que a negligência ou a imprudência podem, também, gerar dever de indenização caso resulte dano a outrem.

Já o art. 927 estabelece que: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Nota-se que a ação lícita não gera obrigação de indenização, ao passo que somente ao cometer ato ilícito o agente deverá ser responsabilizado civilmente pelos danos causados.

Destaca-se que a ação praticada pelo sujeito deve violar o direito e gerar dano a outrem, de modo que a simples ação ou omissão que não gere lesão a um terceiro não enseja o dever de indenizar. Sendo assim, conforme afirma Cavalieri Filho (2012): “se é ato, nunca o ato ilícito consistirá numa simples declaração de vontade. Importa dizer que ninguém pratica ato ilícito simplesmente porque promete a outrem causar-lhe um prejuízo”.

Afirma a doutrina que os pressupostos fundamentais do ato ilícito residem na contrariedade a direito, sendo assim, infração de princípio do ordenamento jurídico, que é pressuposto objetivo, bem como ter sido previsível ou afastável o resultado. Percebe-se que como consequência, que para caracterizar ato ilícito conforme diz o

artigo 186 do Código Civil, deve existir uma infração a determinada norma e simultaneamente a previsão ou modo de evitar o resultado causado.

No que diz respeito ao ato ilícito, Cavalieri Filho (2012) comenta sobre a responsabilidade civil, que, há dificuldade em definir o ato ilícito, e com uma ideia de tornar o entendimento fácil do que seria fato, comenta que a ilicitude pode ter dois aspectos: objetiva e subjetiva.

Cavalieri Filho (2012) comenta em sua obra sobre a ilicitude objetiva ocorrer quando considerado a conduta ou fato em si, ocorrendo desconformidade com o objetivo legal, deste modo, pode-se afirmar que a conduta contrária à norma, por si, é definida como ilícita, ainda que não tenha surgido de uma vontade consciente e livre do autor.

Já, a ilicitude subjetiva, quando existir ato humano de forma consciente e livre a respeito do qual deverá ser feito um juízo de valor para que possa então, ser qualificado. Pode-se dizer, portanto, que só existe ilicitude quando a conduta contraria ao valor que a norma visa proteger for culposa também.

Portanto essa duplicidade vinculada na ilicitude influencia de forma direta no conceito de ato ilícito, de tal modo que cria dois vértices: ato ilícito em sentido amplo e em sentido estrito.

O ato ilícito em sentido amplo indica somente a ilicitude do ato, abstendo-se de analisar o elemento subjetivo ou psicológico. Já o ato ilícito em sentido estrito traduz-se no conjunto de pressupostos da obrigação de indenizar, sendo que, surge a partir da integração entre conduta ilícita, culposa, dano e nexos causal.

Conforme cita Cavalieri Filho (2012): “esse é o sentido do art.186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A culpa é efetivamente o fundamento básico da responsabilidade subjetiva, elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa. Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para sua configuração.”

O conceito de ato ilícito se mostra extremamente relevante tendo em vista a disposição do art. 927 do Código Civil, a qual obriga reparar o dano causado aquele que cometeu ato ilícito. Portanto, a prática do ato ilícito é pressuposta para que exista dever de indenizar podendo ser definido em sentido amplo ou em sentido estrito, fundamentando as responsabilidades objetiva e subjetiva.

### 2.3.2 Dano

Permeando a responsabilidade civil, o dano é resultado da prática de ato ilícito. O dano é então, o centro da responsabilidade civil ao passo que, se não existir dano não se pode falar em indenização, tendo em vista que essa situação acarretaria enriquecimento ilícito.

Os artigos do Código Civil que abrangem o tema da responsabilidade, trabalham com a necessária existência do dano. Portanto, o dano é fato, mas também, determinante do dever de indenizar.

O artigo 186 do Código Civil cita que o dano causado pode ser de forma exclusivamente moral. Tal construção é fruto da reforma legislativa, que entrou em vigor em 2002, eis que o Código Civil de 1916 não previa a possibilidade de indenização por dano moral.

É possível dizer que os danos causados a outrem, em razão de ato ilícito, podem ser de cunho material ou moral. Rodrigues Junior e colaboradores (2011) referem que “se o ataque se dirigir ao bem material, o dano será material, chamado pela doutrina de patrimonial; se ao bem imaterial, o dano será imaterial, cognominado moral.”

O dano material ou patrimonial cuida do prejuízo causado em razão de destruição total ou parcial causada a algum bem físico e tangível. Como exemplo uma janela quebrada em virtude do arremesso de uma bola, ou um carro amassado em virtude da queda de um objeto. O fundamental é que tenha sido causado um prejuízo ao patrimônio de outrem.

O dano moral torna-se mais complexo de se caracterizar. Essa espécie de dano está mais relacionada com a esfera pessoal daquele que foi lesado. Pode-se conceituar como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocado pelo fato lesivo.”

Apesar desse viés bastante subjetivo, é relevante destacar que o direito não tem objetivo de reparar todo e padecimento, aflição ou dor. A ideia de reparação por dano moral é, em síntese, recuperar/reparar o sofrimento decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual o lesado teria interesse juridicamente reconhecido.

Em relação à delimitação entre dano patrimonial e moral, Diniz (2022) cita que “o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois o prejuízo causado a um bem



jurídico econômico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial.”

Levando em consideração a modificação inserida pelo Código Civil de 2002, no que concerne ao dano, foi necessária uma readaptação do seu conceito, uma vez que não pode mais ser caracterizado como (ou somente) uma efetiva redução no patrimônio da vítima.

Diante dessa nova realidade, Cavalieri Filho (2012) defina o dano como:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.77).

### **2.3.3 Nexo de Causalidade**

Esse elemento caracterizador da responsabilidade civil, estabelece conexão entre o ato praticado e do dano resultante do referido ato, apurando, se o agente em razão de sua conduta deu causa ao resultado. A responsabilidade civil não poderá existir sem esse elemento seja verificado.

O direito civil pátrio adota a teoria de causalidade no que diz respeito ao nexos causal. De acordo com a teoria, conforme referido por Cavalieri Filho (2012):

Nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal) mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorrem para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva (CAVALIERI FILHO, 2012, p.52).

É possível perceber então, que não necessariamente o dano resultará, apenas, imediatamente do fato que o produziu. Deve existir verificação de que o acontecimento do fato é condição essencial para a existência do dano. Deste modo o fato não precisa ser a causa imediata do dano, bastando que aquele seja condição para a produção deste.

Observa-se que a lei na maioria dos casos prevê exclusão do nexo de causalidade, o que resulta na inexistência de responsabilidade por parte do causador do dano ou na possibilidade de compensação das reparações.

De mencionar que é excluído a relação de causalidade quando o evento danoso ocorre em razão de:

Culpa exclusiva da vítima, eliminando-se qualquer responsabilidade por parte do autor do dano; Culpa concorrente ou por culpa comum, aplicando-se a compensação das culpas; Culpa de terceiro, ou; Força maior ou caso fortuito, tendo em vista que a culpabilidade é eliminada por não ser possível evitar o evento (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Por ACS. 2020).

Portanto, o nexo causal é o elemento que estabelece a conexão entre a prática do ato ilícito e o dano causado, sendo conseqüentemente fundamental para que se proceda a reparação civil, e poderá ser excluído, conforme mencionado anteriormente, excluindo a obrigação de indenizar por parte do causador do dano.

Após breves apontamentos históricos e conceituais no que tange ao instituto da responsabilidade civil, o próximo capítulo será dedicado a analisar a teoria da perda de uma chance.

### 3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Após análise das considerações gerais relativamente ao instituto da responsabilidade civil, o presente capítulo irá tratar da teoria da perda de uma chance, desde sua origem, conceito e evolução histórica, perpassando pela interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência.

#### 3.1 ORIGENS, CONCEITO E EVOLUÇÃO

A teoria da perda de uma chance surgiu nos anos 60 na França, no início sua aplicação se dava, nos casos em que a oportunidade de obter uma situação futura melhor era tirada da vítima em razão da realização de ato ilícito por parte do agente.

Em relação ao seu surgimento tem-se: “Consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação por falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência)” (MOTA, 2016).

Essa teoria advém da própria evolução da responsabilidade civil, visto que privilegia a proteção integral às vítimas dos atos lesivos, em detrimento da necessidade de comprovação dos requisitos básicos da responsabilidade civil clássica.

Assim, pode-se aplicar tal teoria com finalidade de melhor resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos da conduta ilícita e lesiva de alguém, mas que não se enquadram no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral.

Nesse sentido, a chance deve ser entendida como a probabilidade de evitar uma perda ou de obter-se um lucro. Cavalieri filho (2012) dispõe que: “o direito pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade.”

Mota (2016) diz que “não é qualquer chance perdida que autoriza a fixação de uma indenização; para tanto, em outras palavras, a chance perdida, além de ter que

ser uma oportunidade real de ganho ou de se evitar prejuízo (não se tratando de ilusões, fantasias ou esperanças) precisa estar revestida de uma grande probabilidade de ocorrência”.

Percebe-se que existe uma diferença fundamental entre uma chance séria e real e uma possibilidade aleatória. Exatamente nessa diferença é que mora a permissão ou não para a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Em razão da peculiaridade de cada caso concreto, a difícil tarefa de determinar quando uma chance é real ou mera eventualidade é do julgador, que deverá analisar caso a caso.

Outro ponto relevante quanto ao tema, é a diferença entre perda de uma chance e a criação simples de um risco. Como já mencionado, a pessoa perde uma chance quando, em razão de outrem, depara-se com a perda de um evento que lhe resultaria um benefício. Existe então, uma privação efetiva de um evento determinante para a obtenção de um lucro ou para evitar um dano.

Em outro sentido, há a simples criação de riscos conforme menciona Rodrigues Junior (2011) que:

“A vítima também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É impossível saber se um momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será definitivamente observada”.

Talvez a principal diferença entre a perda de uma chance e a criação de um risco está justamente na efetiva perda de vantagem esperada. Quando se cria riscos não há uma perda definitiva, já quando se perde uma chance, o prejuízo é concreto

Desta forma, para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance, necessária a verificação de dois fatores importantes: “O fato de as chances serem reais e sérias; e - a perda definitiva da vantagem esperada. A simples criação de um risco não acarretará uma reparação civil” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Importante salientar, ainda que:

A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Então, deve-se fazer distinção entre resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 82).

Portanto, o objeto de reparação não é o possível resultado, mas a oportunidade de obtê-lo. De modo ilustrativo, quando um advogado perde o prazo para recorrer de uma sentença, seu cliente será indenizado pelo fato de ter perdido uma chance de recorrer, e não pela possível vitória da causa.

De referir que existe uma importante discussão doutrinária referente a natureza da indenização pela perda de uma chance. Em alguns casos a indenização é fixada a título de lucros cessantes e, em outros em razão de dano moral.

A questão é um pouco controvertida. A jurisprudência tem fundamentado as decisões decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance dos dois modos, fixando indenização por danos morais ou materiais dependendo do caso.

Há uma forte corrente doutrinária que defina a perda de uma chance com um terceiro gênero de indenização. É como se nos dois extremos estivessem o dano emergente e lucro cessante e no meio da reta, a perda de uma chance, de modo que caberia a graduação.

Tal questão não tem solução definitiva. A natureza da indenização varia, sendo que algumas decisões as qualificam como dano patrimonial, e outras como dano moral. Nessa senda, vale destacar o teor do Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil, em acordo com o qual:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme 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 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

Referente à teoria da perda de uma chance é possível perceber que o objetivo é indenizar a efetiva privação de uma oportunidade da qual poderia a vítima auferir lucro, obter benefício ou evitar danos. São pressupostos a seriedade e realidade da chance perdida, e a perda definitiva da vantagem esperada. Em relação à natureza da indenização decorrente da aplicação da teoria, há discussão se seria moral ou material, sendo que não há acordo com relação ao tema. Além do mais é possível perceber que caberá ao julgador a diferenciação entre o improvável e o quase certo, devendo apenas no segundo caso aplicar a teoria da perda de uma chance.

### 3.2 INTERPRETAÇÃO NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Admitindo a constante evolução social e das relações humanas, o conglomerado de normas que regem o direito brasileiro se esbarra de forma constante em obstáculos vindos de sua inadequação à situação dos fatos.

O direito é fruto da mente humana. As normas são criadas por pessoas a partir de seus pensamentos com o intuito de regular as relações interpessoais e viabilizar a convivência de forma pacífica e com harmonia. Sendo assim, somente a mesma fonte criadora das leis poderia adaptá-las nas modificações sociais, qual seja, o pensamento humano.

A interpretação da doutrina vincula-se fortemente à atividade intelectual de estudiosos do direito. Ela é normalmente a base para as modificações legais mais efetivas e funcionais, já que sopesa a realidade dos fatos e o arcabouço legal existente no plano das ideias, sendo assim, sem enfrentar barreiras impostas ou propondo modos de removê-las.

Em relação às formas de interpretação, tem-se:

Rigorosamente só a doutrinal merece o nome de interpretação, no sentido técnico do vocábulo; porque esta deve ser, na essência, um ato livre do intelecto humano. Divide-se em judiciária ou usual, e doutrinal propriamente dita, privada ou científica, ambas obtidas pelos mesmos processos e resultantes da aplicação das mesmas regras. A primeira origina-se nos tribunais, a segunda é o produto das lucubrações dos particulares, das pesquisas dos eruditos – *communis opinio doctorum*. Uma e outra adquirem grande prestígio quando uniformes, duradouras, e confirmadas ou defendidas por juristas de valor, com assento no pretório, ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores (MAXIMILIANO, 2020, p.76).

Dessa maneira, pode-se perceber que a atividade intelectual humana materializa através da escrita de livros, artigos, teses, etc., é de extrema importância para garantir que o direito se mantenha atualizado e que sua aplicação seja de fato efetiva. No âmbito da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, as argumentações doutrinárias são fundamentais para permitir entender e fundamentar a ideia, tendo em vista que esclarecem o problema e sustentam a solução de forma argumentativa e bem estruturada.

Além da interpretação doutrinária, o direito brasileiro, e levando em consideração o sistema legal adotado, atribui ao juiz a tarefa de construir e viabilizar

juntamente com a doutrina, interpretações que permitam um funcionamento melhor das leis.

Sendo impossível manter as normas atualizadas o tempo todo, o juiz tem um papel importante de integrar as normas e a realidade dos fatos.

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo: porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos códigos e vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra moral e útil à sociedade (MAXIMILIANO, 2020, p.49).

Portanto, é possível notar que a atividade do magistrado vai muito além da fria aplicação das leis escritas. É necessário que a prolação de decisões e sentenças tenha um fim social, que promova o direito.

Levando em conta a insuficiência do arcabouço legal em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara medica, a jurisprudência tem um papel importante. Considerando a rigidez do sistema legislativo brasileiro, é importante destacar que:

Quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará por um movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir seus fins, desde que inteligentemente aplicada (MAXIMILIANO, 2020, p.49).

Com esse cenário, vale destacar que a teoria da perda de uma chance é fruto da atividade dos doutrinadores do direito. Além do mais, sua aplicação na seara medica decorre da atividade jurisprudencial, já que não há previsão legal expressa que fundamente decisões nesse sentido. O trabalho que se apresenta é vinculado ao tópico debatido. A doutrina e a jurisprudência são importantíssimos instrumentos de promoção da justiça, levando em consideração que adequam as normas aos casos concretos, viabilizando efetividade do sistema normativo.

A aplicação da tal teoria, é decorrente da atividade doutrinaria e jurisprudencial e merece ser estudada, uma vez que implica em alterações

concretas da realidade e na responsabilização civil do agente causador do dano. A seguir serão maiores abordagens.

### 3.3 OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PELA PERDA DE UMA CHANCE

Como abordado no tópico anterior, a jurisprudência por várias vezes condena o agente ao pagamento de indenização a título de danos morais nos casos em que aplica a teoria da perda de uma chance. A respeito da discussão doutrinária quanto à adequação do tipo de dano a indenização por danos morais, em todos os possíveis assuntos, é permeada pelo problema da quantificação.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, não mais discute-se a possibilidade de indenização por danos morais, levando em consideração a redação do art. 186 que prevê: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Portanto a discussão gira entorno do próprio conceito de dano moral. E como em todos os âmbitos do direito, existe conceito para todos os gostos.

Considerando a chegada da Constituição Federal de 1988, Cavalieri entende que o dano moral pode ser conceituado sob dois aspectos distintos, quais sejam: dano moral em sentido estrito e dano moral em sentido amplo.

Cavalieri Filho (2012) entende que o dano moral em sentido estrito é a violação do direito constitucional à dignidade. Já o dano moral em sentido amplo envolve os diversos graus de violação dos direitos da personalidade (como nome, reputação, imagem, sentimentos, concepções filosóficas, religiosas e políticas, os direitos autorais etc.), abrangendo todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual ou social, ainda que não exista efetivo dano à dignidade.

Conclui então que:

Hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-los, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo de personalidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90).

A fixação de indenização por dano moral objetiva, portanto, reparar agressões a um bem ou atributo da personalidade, de modo que se a vítima sentir que foi



lesado seu direito à dignidade ou algum direito de personalidade, poderá pleitear reparação civil.

Da natureza imaterial do dano moral, resulta o que não se põe em dúvida a dificuldade de mensurá-lo. Apesar de não ter cunho patrimonial, o direito objetiva reparar pecuniariamente o dano sofrido pela vítima. O que pode gerar um grande problema: a quantificação da indenização fixada.

De início, cumpre observar que a indenização por danos morais não restitui a vítima ao estado *quo ante*, posto que o dinheiro não pode restituir a honra, não pode devolver a vida ou pagar pelo sofrimento. O intuito da obrigação pecuniária é mais uma satisfação do que uma indenização de fato.

Acontece que essa definição genérica do que é o dano moral pode dar ensejo ao surgimento de uma indústria de indenizações milionárias. Qualquer aborrecimento ou sensibilidade poderiam implicar na condenação da outra parte, tendo em vista que não existe nada expresso ou taxativo determinando as limitações do dano moral.

Enfim, mais uma vez cabe ao magistrado o dever de decidir sobre se houve ou não uma lesão efetiva à dignidade ou a direito da personalidade, para que seja fixado o montante a ser pago a título de danos morais. Sobre a atuação dos julgadores Cavalieri Filho compreende que:

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso pratico, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação doas realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tornar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p.93).

A atuação do juiz então, deve estar intimamente vinculada à razoabilidade, ao passo que não deixe desamparado aquele que foi lesado, e ao mesmo tempo que não permita o enriquecimento sem causa daquele que litiga tentando ganhar qualquer coisa.

Concluída essa etapa da determinação quanto à existência ou não do dano moral, considerando que houve dano, o juiz deverá fixar o montante a ser pago. E então, eis que surge o problema, como será feita a determinação do valor que possa satisfazer a perda de alguém? Como valorar o prejuízo causado à honra daquele

que foi exposto publicamente por alguma questão particular? Como mensurar o abalo emocional de alguém que foi submetido a uma situação de estresse extremo ou injustiça?

As questões são complexas. Com o ideal de resolver, pensou-se em criar uma tabela com possíveis valores para indenizações em determinados casos, mas logo concluiu-se que isso não daria certo, já que os casos concretos são dotados de extrema peculiaridade não sendo possível estabelecer padrões.

Atualmente o problema segue sem solução definitiva. Eis que na prática a fixação do valor, fica ao arbítrio do julgador, para tanto, os Tribunais vêm estabelecendo padrões aos casos genéricos, como por exemplo a indenização por danos morais em caso de negativação indevida. Apesar da fixação de padrões, ainda temos variações nas indenizações, haja vista, que como antes referido o valor a ser fixado fica ao arbítrio do juiz.

O dano moral é uma questão bastante relevando ao passo que é complexo. A dificuldade em conceitua-lo, a amplitude de possibilidades, a necessidade de quantificar abalos psicológicos e falta de uma solução definitiva tornam o tema mais complicado.

Apesar das dificuldades, é indispensável que o direito encontre uma forma de lidar com o instituto, visto que a indenização por dano moral é prevista de forma expressa por lei (art. 186 c/c 927, ambos do Código Civil de 2002). Desta forma os julgadores tem desempenhado papel fundamental nessa relação estabelecendo, cada um, seus padrões pessoais de caracterização e quantificação do dano moral de modo que consigam amparar as pessoas que foram lesadas e afastar os casos que ensejariam enriquecimento ilícito.

Feitos os apontamentos nesse capítulo, a seguir será abordado o tema da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil medica.

#### **4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Anteriormente como já comentado, a teoria da perda de uma chance trabalha com a ideia de uma probabilidade, ao passo que ao aplica-la o julgador condena o agente em razão de ter tirado da vítima a chance de participar de um determinado evento que lhe poderia resultar em lucro, vantagem ou evitar danos. Quando é falado da aplicação dessa teoria na área medica, no entanto, é necessário ter um pouco de cautela.

Em grande parte dos casos, a aplicação da teoria é vista de modo positivo quando se torna o ponto de vista da vítima do dano como referência. É um meio de amparar os direitos de uma pessoa que foi lesada em razão de uma conduta omissiva ou comissiva de um profissional médico.

Deve, portanto, observar que existe o ponto de vista do profissional. A utilização desse instituto por parte do direito pode ensejar o surgimento de situações de injustiça, ou até mesmo de limitações existentes na atividade médica. Na maioria das vezes é difícil estabelecer relação entre o dano causado ao paciente e a conduta do profissional médico, ao modo que o profissional pode levar responsabilidade em casos que não deveria.

Nesse meio, é necessário traçar alguns limites e estabelecer critérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance na área medica. É importante que exista muita ponderação e razoabilidade no que tange à fundamentação jurídica e à caracterização de condições fáticas que ensejam a aplicação dessa teoria, para que o instrumento jurídico não se transforme em indústria de enriquecimento.

Levando em conta essa necessidade de ponderação quanto aos mais variados fatores que envolvem o tema desse trabalho, serão analisados alguns aspectos relevantes para uma boa compreensão do tema.

Será iniciado de uma análise quanto ao contexto atual da situação da saúde no Brasil, considerando a crise presente no país, estudando os limites de atuação dos profissionais e o dever do Estado de fornecer a saúde aos cidadãos. Após isso, será realizado um estudo sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos em que exista erro médico, e nos casos em que exista também omissão do Estado no que diz respeito à prestação de serviços de saúde.

Como já comentado em tópico anterior, é sabido que, em relação à aplicação da teoria da perda de uma chance na área medica, não existe previsão legal expressa ou lei que regulamente o tema. Nessa senda, as contribuições doutrinarias e jurisprudenciais são de suma relevância no que diz respeito ao estudo do tema.

Ditas as considerações do estudo, a seguir parte-se para a sequência do trabalho, tratando sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na área médica.

#### 4.1 SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

Ao falar do tema da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, é importante fazer algumas considerações, por mais que breves, sobre o tratamento constitucional dado à saúde e sobre o sistema adotado para estruturar sua prestação no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 tratou em seu art. 6º quais são os direitos sociais. Dentre eles, está o direito à saúde.

Alexy denomina os direitos sociais também como direitos a prestação em sentido estrito:” são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2012, p.499).

A Constituição Federal trata da saúde em seu Título VIII, Capítulo II, Seção II, ou seja, nos artigos 196 a 200.

Conforme o art. 196 (1980): a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômica que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Observado o disposto, necessário perceber que o direito social à saúde é um direito do cidadão e paralelamente um dever do Estado, que deverá organizar sua estrutura política e econômica com o intuito de garantir a todos um acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Com essa ideia, a Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 198, necessidade de implementação de um sistema único para regular e organizar as ações e serviços públicos de saúde. Atendendo ao disposto, foi criado o SUS.

De acordo com o Ministério da Saúde:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para

ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Além disso, o Ministério da Saúde publicou também uma cartilha - Entendendo o SUS -, que trata de informações essenciais sobre o sistema implementado, falando também de sua estrutura, gestão orçamentária, questões técnicas, explicação dos termos utilizados dentre outros. Sendo assim, o SUS apresenta uma estruturação interessante. As competências são bem distribuídas, o custeio e o repasse de verbas projetados de forma coesa e a regulação bem dividida. Entretanto, na prática, não ocorre isso. É visível e divulgado na mídia os problemas enfrentados pelos usuários, gerando grande insatisfação.

Tratando sobre a previsão constitucional do direito social à saúde, estabelece o art. 199 da Constituição de 1988 (Brasil, 1988) que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” Assim é possível perceber que, além do serviço público de saúde que deve ser fornecido pelo Estado, a Constituição Federal admite a estruturação de um sistema privado de saúde que poderá participar de forma complementar do sistema público, nos moldes do §1º do artigo mencionado.

Conforme menciona Alexy “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído” (ALEXY, 2012, p.513).

Nos momentos de crise, o Estado fica “de mãos atadas” em um dilema que diz respeito sobre o dever de prestação quanto a saúde, e a escassez de recursos para impulsionar ações que visem sua proteção e recuperação.

A situação de caos na economia e na política no país é visível. Corrupção, lavagem de dinheiro, desvio de verbas e propinas, são apenas alguns dos problemas que se apresentam aos brasileiros. Certamente tal desestruturação gera prejuízos para todos os setores do serviço público, sendo assim, tornando alvo classes importantes da sociedade, como educação e saúde que sentem os reflexos. Tendo em vista que uma das medidas adotadas pelos governos é o corte de verbas.

De tal maneira, esse corte de verbas prejudica por completo os usuários e os hospitais, sendo que o sistema já é, de certa forma falho. Enfraquecer o repasse, bloqueia as manutenções de suas atividades, ao passo que os profissionais não podem atuar por inexistir condições básicas e materiais necessários, como luvas, seringas, agulhas ou gases.

No entanto, tomando por conhecimento as condições citadas acima, muitas vezes, mesmo com ordem judicial, o procedimento requerido não era fornecido, ao passo que os juízes tomaram a atitude de determinar a internação e realização dos procedimentos cirúrgicos e tratamentos, em hospitais particulares.

Sendo assim, os pacientes que deviam ser atendidos nos hospitais públicos, foram encaminhados para hospitais particulares, os quais tem obrigatoriedade de prestar serviço desejado, posteriormente reembolsados pelo SUS. Ou seja, o poder judiciário precisou interferir em uma seara que, na teoria, não deve, gerando maior instabilidade do sistema de saúde.

Nesse sentido, chegou a um sistema de saúde saturado e deficiente, no meio público e no meio privado. Os repasses são escassos, decorrência disso, aumentam as demandas no mundo jurídico manifestando ser reconhecido o direito à saúde, e seja concedido tratamentos médicos.

Torna-se, portanto, interessante estudar o tema em questão, tento em vista vários fatores que acabam influenciando na execução dos serviços pela parte dos profissionais médicos, influindo diretamente na aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

O estudo do caso deve levar em conta pontos legais e práticos, ao passo que o magistrado sempre se baseie pelo princípio da razoabilidade. Além do que, é necessário dizer até que ponto os danos causados originam da atuação do médico, e em qual ponto é preciso dizer se o Estado foi responsável ou não pela sua omissão.

#### 4.2 TEORIA DA PERDA DE UMA NO CASO DE ERRO MÉDICO

O uso dessa teoria é um ponto melindroso, sendo possível saber, como já destacado, é de suma importância de que quem pratica o direito leve em conta condições externas e se baseie pela razoabilidade para que não produza prejuízos às partes.

Conforme já analisado em tópicos anteriores em relação aos aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, nesse tópico o estudo será relacionado à aplicação na área médica.

É popular a frase “errar é humano”, tal erro no mundo médico está ligada à ideia de uma ação não diligente ou inadequada que gera como resultado, danos aos

pacientes. Os estudos médicos evoluem rapidamente. Cada dia que passa, é visível a complexidade dos avanços nas tecnologias nessa área, bem como os estudos que, com tal rapidez, traz uma pequena dificuldade para os profissionais acompanharem tantas mudanças.

Nesse contexto, é possível notar que:

O efeito dessa mudança, especialmente nas últimas décadas, é a dificuldade de os médicos, como profissionais liberais, atuarem de maneira independente, sem o apoio de outros profissionais, de especialidade diversas, e com equipamento próprio, que muitas vezes são demasiadamente caros e igualmente necessários para o tratamento ou diagnóstico de determinados males (GUILHERME, 2011, p.162).

Desse modo, é rotineiramente comum os médicos se relacionem a hospitais objetivando garantia, efetividade e eficiência aos tratamentos oferecidos.

Os médicos são profissionais liberais, ao passo que quando suas ações são mediante remuneração, a relação entre médico-paciente está sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Sendo assim, no artigo 14, parágrafo 4º do CDC estabelece que:

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

[...]

§4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Ou seja, a responsabilidade civil dos profissionais liberais tem natureza subjetiva, sendo preciso uma prova de culpa da parte do agente, para que este seja responsabilizado.

O STJ tem entendido sobre o tema, de maneira predominante, que a inversão do ônus da prova que é previsto no artigo 6º do CDC, não é aplicada automaticamente, das quais, a responsabilidade civil do profissional liberal é por regra, subjetiva. Sendo assim:

O paciente, ainda que sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor, deve comprovar a culpa do profissional para que este seja responsabilizado, não sendo suficiente para a inversão do ônus da prova a simples disparidade de conhecimento técnico, uma vez que suprir essa

deficiência é justamente o escopo da perícia e dos assistentes técnicos (GUULHERME, 2011, p. 165).

É preciso notar duas hipóteses no estudo da responsabilidade civil dos hospitais. 1 – A responsabilidade pelo ato do profissional médico que não é empregado; 2 – A responsabilidade do hospital pelo ato do profissional médico empregado.

Na primeira hipótese, o profissional médico faz uso dos aparelhos e acomodações dos hospitais para exercer suas atividades, sem vincular-se ao hospital. Nessa situação, a doutrina entende que, o estabelecimento não responderá pelos atos do profissional, visto que não existe relação empregatícia ou hipótese que fundamente tal espécie de responsabilização.

Na segunda hipótese, o profissional médico trabalha como empregado do hospital, prestando seus serviços aos pacientes que chegam ao estabelecimento. Quando essa situação se apresenta, a doutrina bifurca-se.

O primeiro entendimento dessa bifurcação é defendido por autores como Stoco (2011), no caso para responsabilizar o hospital é necessário que, inicialmente, seja provada a culpa do médico para então responsabilizar o hospital objetivamente.

O segundo entendimento compreende que, ao trabalhar como empregado do hospital, o médico ao exercer a atividade perde por completo a qualificação liberal. Desse modo, o hospital será responsabilizado pelos prejuízos causados aos pacientes, ao passo que as empresas que exercem qualquer outra atividade econômica devem responder pela atuação de seus funcionários e demais.

Dito isso, é necessário dizer que o paciente que foi lesado, ou teve seu direito prejudicado, deve perceber reparação, sendo de forma direta pelo médico ou por meio do hospital em que está vinculado. Deste modo, e deixando esclarecido, a responsabilização do profissional e do nosocômio irá depender de um estudo detalhado do ocorrido. Portanto esse tópico trará estudos e esclarecimentos em relação ao erro médico e aplicação da teoria em questão.

O Supremo Tribunal de Justiça tem decidido quanto da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, como no seguinte caso exemplo: RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5).

Abaixo segue a ementa com decisão do assunto que trata a presente monografia, para tornar mais clara a compreensão do tema.



RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das torturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico. 4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar. 7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. 8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida. 9. Recurso especial não provido (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 2017).

Fazendo uma leitura da decisão supra, é possível observar que a perda de uma chance traz uma certeza em relação à autoria, e incerteza em relação ao dano. É sabido quem praticou o ato, mas não é possível saber se haveria ou não o dano. Nessa senda, é fixada a indenização a partir da redução do percentual do ganho, claramente segundo a incerteza quanto ao dano.

Para a perda de uma chance no tratamento de saúde, há uma certeza em relação ao dano, e, incerteza em relação à autoria. O dano, podendo ser doença ou morte (ambos agravados), não fica claro quem definitivamente deu causa ao fato. E nesse sentido, o entendimento novamente bifurca-se.

O primeiro entendimento dominante na França, é em relação de que, a redução proporcional da indenização não pode existir. Isto é, a incerteza em relação a causa precisa ser dirimida em processo comum de produção de provas. Sendo

provado nexos de causalidade, o profissional médico ou o hospital arcará com a indenização. E se não provado o nexo, não haverá indenização sequer.

O segundo entendimento dominante nos Estados Unidos, aponta que é possível essa redução proporcional da indenização. A teoria é que, o praticante responde é pela chance de que frustrou o paciente, e não pela consequência ou resultado que seu ato gerou. A chance que foi perdida por si só é o dano a ser reparado.

A aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica se desprende do nexo de causalidade ao dano, ligando-se à chance que foi tirada do paciente que sofreu o dano. Desse modo, há a conduta do médico profissional e há a existência do dano, porém, o direito se afasta de tratar dos laços de causalidade entre eles, levando o enfoque para o médico, que de alguma maneira retirou do paciente a “CHANCE”. Desse modo, e conforme mencionado pelo relator na ementa supra Resp. Nº 1.677.083 – SP, deve ser aferida indenização com fundamento na chance privada, e não no dano causado.

Com base nas decisões recentes, é possível notar que a posição adotada é essa. Indenizar a perda da chance.

É preciso analisar que, no mesmo instante em que o paciente foi prejudicado, torna-se difícil provar se o médico profissional teria resultado diverso agindo de forma diversa, ou seja, é difícil dizer que se o médico tivesse agido de outra forma, talvez o dano não teria se caracterizado. Desta corrente seu uso torna-se mais adequado, levando em conta o princípio da razoabilidade.

A proporcionalidade da indenização da vítima se apresenta razoável, levando em consideração que ela perdeu uma chance, e não necessariamente a atuação do médico seja fator do dano. Sendo assim, é possível dizer que o médico é responsável pela chance que foi retirada da paciente.

Em síntese, no que tange a aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, englobando o erro médico, entende-se que o mais razoável é aplicação de indenização proporcional, ao passo que o médico profissional é responsável pela chance que privou o paciente, não pelo dano suportado por ele.

#### 4.3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASOS DE OMISSÃO DO ESTADO

Feitas as análises do entendimento do STJ em se tratando da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, torna-se necessário realizar uma rápida análise sobre a responsabilidade do Estado.

Como mencionado, quando empregados dos hospitais, os médicos deverão responder objetivamente pelos prejuízos consequentes da prestação de serviços de saúde. E levando em conta os hospitais públicos, vale lembrar algumas características que se relacionam com a responsabilização do Estado.

Embora, provável responsabilização do Estado e de seus prestadores de serviços, no caso os médicos, o estudo dessas características se tornam relevantes levando em conta o cenário do sistema de saúde brasileiro estudado anteriormente. A falta de verbas aliada com a crise econômica tem proporcionado aumento das situações, em que o Estado pratica omissão em relação a sua obrigação em conceder tratamento, provocando vários prejuízos que necessitam ser indenizados.

Nessa senda, nesse tópico em questão, será estudada a responsabilidade do Estado nas situações em que exista omissão quando da concessão de sistemas e serviços de saúde. Destaca-se que as ponderações globais em relação a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico são inteiramente aplicáveis ao Estado, ressalvadas as considerações que serão destacadas ao longo dessa dissertação.

Quando existe a responsabilidade do Estado no tocante ao fornecimento dos serviços de saúde, é fundamental citar que a solidariedade à obrigação é diversa da legitimidade para expor em requerimentos judiciais.

A solidariedade como princípio, com frequência é convocada para coagir todos os entes federativos em igual responsabilidade, em se tratando da prestação vinculada à saúde. Assim sendo, as divergências econômicas ou demográficas não interessam, devem todos os entes federados se engajarem na execução da saúde.

O princípio da legitimidade está ligado diretamente com a atuação em processos judiciais. O STJ tem o entendimento que esse princípio para destacar em casos onde se discute uma falha na oferta de serviços de saúde, é apenas do ente que é parte do hospital público. Sobre isso tem-se um conteúdo:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO OCORRIDO EM HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS. COMPETENCIA ATRIBUIDA AO MUNICIPIO PARA CELEBRAR E CONTROLAR A EXECUÇÃO DE

**CONTRATOS E CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS COM ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVIÇO DE SAÚDE.**

Edição nº0 – Brasília, documento eletrônico VDA14946389 assinado eletronicamente nos termos do Art. 1º, §2º, inciso III da Lei 11.419/06 Signatario(a): MINISTRA Regina Helena Costa Assinado em: 26/08/2016 20:06:10 publicado no DJe/STJ nº 2043 de 01/09/2016. Código de Controle do Documento: 1719C22F-EC30-4481-9454-04D59B196148. Superior Tribunal de Justiça. RC 42.

1. A União Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação ajuizada para o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico praticado em hospital privado credenciado pelo SUS. Isso porque, de acordo com o art. 18, inciso X, da Lei n. 8.080/90, compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução. 'precedentes: AgRg no CC 109.549/MT, Rel. Min.

Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/06/2010; Resp 992.265/RS, Rel Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 05/08/2009; REsp 1.162.669/PR, Rel.Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/04/2010.

2. Não se deve confundir a obrigação solidária dos entes federativos em assegurar o direito à saúde e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros. Nessa última, o interessado busca uma reparação econômica pelos prejuízos sofridos, de modo que a obrigação de indenizar sujeita-se à comprovação da conduta, do dano e do respectivo nexo de causalidade entre eles.

3. No caso, não há qualquer elemento que autorize a responsabilidade da União Federal, seja porque a conduta não foi por ela praticada, seja em razão da impossibilidade de aferir-se a existência de culpa in eligendo ou culpa in vigilando na espécie, porquanto cumpre à direção municipal realizar o credenciamento, controlar e fiscalizar as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde no âmbito do SUS.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Pode-se observar que a solidariedade dos entes federativos em se tratando da oferta de serviços de saúde diverge da legitimidade para expor em ações judiciais que englobem hospitais públicos.

Dito isso, importante explicar sobre a natureza da responsabilidade civil do Estado. A Constituição Federal de 1988, abraçou a ideia da teoria do risco administrativo para estudar a responsabilidade por prejuízos gerados pelo Estado ou pelos seus agentes. Conforme prevê no artigo 37, §6º da referida Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º 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 (BRASIL, 1988).

Desse modo, pode-se estabelecer que existindo prejuízos causados pelo Estado ou pelos seus agentes, se usa a teoria objetiva, tornando responsável o Estado sem precisão de provas de culpa, levando em conta a aplicação da teoria do risco administrativo.

É possível dizer também, que o STJ, tem entendido no caminho que a responsabilidade civil do Estado por atuação omissiva é subjetiva. Sendo assim, nota-se que não oferecendo um tratamento solicitado, o Ente agiu de forma omissiva, ao passo que para levar tal responsabilização é preciso provar a culpa.

Destarte, é possível findar que, seja responsabilizado o Estado no momento que existir uma atuação em que apresente omissão causadora de algum prejuízo, é necessário seja provada culpa. Além do mais, em se tratando de ser solidária entre Entes Federados a responsabilidade ao oferecimento da saúde, a legitimidade para agir em ações que englobem os hospitais públicos, é do Ente ao qual o hospital está sujeito.

Definida a legitimidade e provada a culpa do Estado, é aplicada a teoria da perda de uma chance, assim para, como é nos casos de erro médico. Em outras palavras, no momento em que o Estado se omite, extraindo qualquer indicio de chance do tratamento do paciente, é preciso ser civilmente responsabilizado segundo a teoria da perda de uma chance, na medida que assim, seja sentenciado a restituir em uma indenização de modo proporcional. Lembrando, e como citado anteriormente, a indenização a ser fixada está ligada à chance que teria o paciente, não está ligada ao dano suportado.

#### 4.4 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE POR ERRO MÉDICO

Feitos os apontamentos referentes à aplicação da teoria discutida no presente trabalho, falta ainda um tópico a ser discutido, que é em relação a quantificação da indenização, do dano moral fixado. Ao adotar a teoria da perda de uma chance, o magistrado constata que, foi retirada da vítima ou paciente a porcentagem que traria resultado positivo, benesse ou barrar um possível dano. Sendo assim, o julgador precisará definir um quantum que ele entende cabível.

É nesse ponto que o Direito Brasileiro vê talvez um dos mais delicados assuntos da responsabilidade civil contemporânea, que é a quantificação do dano moral.

Referente ao assunto, Diniz (2022) aborda dez dilemas à reparação do dano moral. Dentre tantas, segrega-se duas que importam para este trabalho: sendo elas A) – A impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral; e B) – O enriquecimento sem causa.

Em relação ao tema “A”, é abordado que, em relação do impasse de definir danos de ordem moral, a ideia é que se proceda uma indenização pecuniária com o objetivo de amenizar e atenuar certos danos irreparáveis que sofreu a vítima, e não fazer com que o agente causador pague pelo preço da dor causada na vítima.

Sendo assim:

O dinheiro não aparece, portanto, como a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativa, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou à contrariedade causada pela queda de crédito oriundo de uma calúnia ou difamação, etc. a reparação pecuniária teria no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo por quem causou o dano moral (DINIZ, 2022, p. 97).

Desse modo, pode-se notar que o dano moral não necessita ser medido pecuniariamente de modo rigoroso. A tarefa da condenação em danos morais é diminuir os danos que não são reparáveis causados à vítima, e não reparar ou reconstruir por completo o bem que foi prejudicado.

Com relação ao tema “B”, Diniz aborda que a ordem jurídica não reconstrói apenas bens econômicos. Portanto, a indenização pecuniária do dano moral não tem propósito de recriar o patrimônio da vítima, mas dar a ela uma equiparação de que se entende necessária pelo sofrimento.

Reparar um dano moral não configura um enriquecimento ilícito por quem foi lesado, e sim um reparo pecuniário pelo que não pode ser quantificado economicamente. A pessoa sobre quem recai o dano moral não enriquecerá injustamente, a realidade é que há a tentativa de compensar um dano moral que foi suportado, executado por outrem.

Desse modo, as contrariedades apresentadas por uma variedade de autores em relação a fixação dos danos morais, acabam sendo abatidas pelo exposto acima.

Diariamente os magistrados fixam indenizações intituladas, danos morais. Sendo assim o STJ adere na computação do *quantum* de danos morais, o procedimento bifásico, que procura mostrar um ponto de equilíbrio entre, o prejudicado e seu interesse jurídico, e, as particularidades do caso. Sendo o arbitramento, o mais igualitário possível.

Em vista disso, frisa-se a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTES DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. METODO BIFASICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURIDICO LESADO E DAS CIRCUNTANCIAS DO CASO.

Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais.

Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ.

Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes dessa Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.

Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciam casos semelhantes.

Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. Recurso especial provido (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007).

Essa análise permite notar que, de início determinou-se uma quantia básica e genérica para situações que englobem lesão do mesmo interesse jurídico. Posteriormente são analisadas as circunstâncias do fato, sendo adaptado o valor da condenação. Sendo esse o procedimento adotado pelo STJ.

Por se tratarem de temas complexos, podemos citar a publicação de enunciados, os quais são conclusões tratando interpretativamente de determinados dispositivos legais, objetivando adequar o entendimento e compreensão. Do referido

tema deste trabalho, apura-se alguns enunciados do Conselho de Justiça Federal (CJF) em suas jornadas, e que de modo esclarecedor serão abordados brevemente.

O enunciado 588 da VII Jornada do CJF trata da discricionariedade delegada ao juízo no que diz respeito à fixação da indenização: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial”. Para fixar tal indenização o magistrado deve levar em consideração as bases previstas no Código Civil, como por exemplo a extensão do dano, prevista no artigo 944, havendo possibilidade de utilizar a parte econômica do prejudicado como um dos critérios. Entretanto, a última expressão não pode ser predominante, podendo infringir o princípio da reparação integral do dano.

Estabelece o enunciado 550 da VI Jornada do CJF que, “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve ser sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. No que diz respeito ao tema, lembra-se que o STJ há algum tempo pretendeu tornar uniforme os valores que deveriam ser fixos a títulos de danos morais. Porém, é fundamental que o estudo do caso concreto seja sempre priorizado. O magistrado deve observar características como: magnitude do fato, tamanho do dano, posição social e profissional do prejudicado e a parte econômica do agressor ou agredido, levando em conta os princípios da razoabilidade, equidade, proporcionalidade. Desse modo, as possibilidades de os valores serem semelhantes nos variados casos é praticamente nula, ao passo que, sendo possível finalizar que, não deve existir de antemão uma restrição referente aos valores, correndo o risco de instigar a indústria do dano moral.

Ao final é destacado o enunciado 589 da VII Jornada do CJF, o qual diz que, “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”. O pensamento mencionado é compatível com a ideia constitucional e com a racionalidade da despatrimonialização da responsabilidade civil, levando em consideração o principal foco que é garantir ao prejudicado a restituição por inteiro do dano, o qual as vezes não é conquistado por meio prestação pecuniária simples.

É relevante ainda lembrar que, com relação à segunda etapa do referido sistema bifásico de apuração do *quantum* dos danos morais, é de suma importância que o magistrado considere o bom senso, a experiência, a realidade da vida e as características da hipótese.



Em relação aos danos morais resultantes da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, pode-se notar que o estudo deve ser casuístico. O magistrado sempre será o responsável por estabelecer a “medida” indenizatória, visto que, os tribunais brasileiros têm consagrado o sistema bifásico, o qual resumidamente, utiliza-se de um valor simples e adapta-o na medida das características do caso concreto. Somado a isso e garantindo uma decisão justa, é de suma importância observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

## **5 CONCLUSÃO**

O trabalho trouxe o tema da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, iniciando um estudo dos aspectos gerais da responsabilidade civil, migrando para uma análise mais aprofundada do tema.

Sobre a parte geral, foi destacado alguns aspectos condizentes ao conceito e evolução histórica do instituto, abordadas as espécies sendo elas contratuais, extracontratuais, subjetivas e objetivas, e direta e indireta. Bem como os elementos sendo ação, omissão, dano e nexos causal. E discutiu-se em relação as teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade civil.

Após, foi destacado de maneira mais simples certos institutos do Direito Civil que influenciam de forma direta no tema sobre o qual discute-se aqui. Fora abordado a importância da interpretação da doutrina e jurisprudência, analisando as lacunas e as insuficiências das normas ora editadas. Restou estabelecido sobre a teoria da perda de uma chance, e problematizado a questão do dano moral do ordenamento brasileiro, levando em conta o trabalho árduo de determinar o *quantum* da reparação da lesão suportada.

Findados os pontos mais abertos, foi dado início na análise do tema propriamente dito. Para tal, de início, é destacado a situação da saúde no Brasil. As crises aparentes geraram insuficiências de repasses que como consequência, refletiu na ordem da saúde. Os nosocômios públicos passam então a enfrentar consequências da crise na medida que não podiam mais efetuar os atendimentos e atividades necessárias.

Nessa realidade, a população passou a demandar do poder judiciário, que, interviu no sistema do SUS com o objetivo de garantir para a população as atividades do serviço de saúde, inclusive mobilizando o setor privado, nos momentos em que os hospitais públicos não suportassem a demanda. Desse modo, tornando frágil o sistema de saúde brasileiro ao passo que, esses serviços ainda continuam deficientes.

Contextuando a discussão, foi discutido sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de erro do médico profissional. Sobre o tema, analisou-se que há dois ideais, o francês e o norte-americano. Em relação ao ideal francês, existindo um dano na área médica é necessário instituir procedimento regular para a averiguação da culpa do médico, na medida que sendo provada, é preciso indenizar quem suportou esse dano de forma integral. Não sendo provada culpa do médico, não há que se falar em indenização de qualquer tipo.

Para o ideal norte-americano, sua base é na política do *Law and Economics*, argumentando que é preciso existir uma deslocação donexo causal. Quer dizer, o profissional responderá de forma civil pelo motivo de ter retirado o paciente de tal tratamento, não pelo dano sofrido.

Em quatro situações o STJ esteve de cara com a aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica. Em uma análise aos acórdãos foi possível observar que, os tribunais têm elegido o ideal norte-americano, ao passo que compreende haver diminuição equitativa da indenização, levando em consideração o desloque do nexocausal. Outrossim, o profissional é condenado por destituir o necessitado de algum tratamento, sendo que deverá indenizar esse necessitado pela destituição, e não pelo dano suportado por ele (como agravamento do quadro clínico, sequelas, morte etc...).

Posteriormente, foi abordado sobre a responsabilidade civil do Estado em relação à omissão na providencia de serviços de saúde. Foi abordado também o entendimento do STJ com relação à teoria do risco administrativo elegida pela Carta Maior de 88, é subjetiva a responsabilidade civil do Estado nos casos omissos, devendo a vítima, comprovar culpa do agente.

Adiante foi estabelecida a divergência dos entes federativos no que tange à solidariedade, em relação à prestação dos serviços de saúde e legitimação para agir no polo de demanda judicial. Sobre o tema, independente de extensão ou capacidade econômica, ficou claro que, os entes precisam cooperar de forma igualitária em defesa da saúde. Em relação à legitimidade finaliza-se que, legítimo será para atuar em demanda judicial o ente em que se vincula o hospital que forneceu o serviço.

Destacou-se a fixação dos danos morais, consequentes da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica. Relacionado ao tema, constata-se que o STJ elege o sistema bifásico indexação do *quantum* da indenização. Esse sistema tem como objetivo determinar um ponto de equilíbrio, ao interesse jurídico do prejudicado e as particularidades do caso, dando garantia ao arbitramento com maior equidade possível. Ainda, foi destacado algumas resoluções do CJF sobre o assunto, com o ideal de incrementar os estudos.

Defronte de toda essa análise, pode-se perceber que a aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica é um meio de garantir que o paciente prejudicado possa ter seus direitos restituídos. Levando em conta que não existe lei

prevendo o tema, a atuação dos doutrinadores julgadores é de suma importância objetivando a garantia e efetividade do instituto.

Para não deixar à deriva quem está envolvido no processo, quanto ao entendimento privado de cada magistrado, o STJ tem elegido certos entendimentos em relação ao tema, que se tornam indicadores das decisões proferidas de forma individual pelos julgadores. Desse modo, é possível comentar que o direito brasileiro aponta para o objetivo de eleger a teoria predominante na América, ao passo que resulta em um desloque do nexos causal quando existe dano decorrente da ação do médico, sendo o profissional médico devedor de uma indenização ao paciente prejudicado.

Desse modo, as decisões judiciais têm levando em conta tal fundamentação, diminuindo de forma proporcional a indenização que foi fixada à titulação de danos morais. A fixação de danos morais tem por objetivo restituir o lesado ou sua família, por ser privado de um tratamento.

Feita análise, o julgador fixará o valor da indenização. Levando em conta que não existe um tabelamento, é preciso que o magistrado se baseie no princípio da razoabilidade, levando em conta a teoria bifásica elegida pelo STF, para definir o *quantum* indenizatório condizente com a situação do fato e com a classe de precedentes.

A aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica obteve seu espaço no mundo jurídico brasileiro. Por tratar-se de instituto da doutrina e jurisprudência, ainda existem grandes divergências que pairam sobre o tema. Contudo, pode-se notar que na prática o tema tem sido elegido para dar base nas decisões judiciais, na medida que tender ser adotado pelos julgadores e pelos tribunais, sendo sua análise de suma importância para entender os gestos evolutivos da jurisprudência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA SAÚDE**, 2020. Publicado em 24/11/2020, 15:08, atualizado em 30/12/2021, 14:47.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - EREsp 1.288.822/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 03/06/2015. Acesso em 31/08/2022.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5), Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017. Acesso em 31/08/2022.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** - Recurso Especial nº 959.780 – ES (2007/0055491-9). Acesso em 31/08/2022.

CAMBRICOLI, Fabiana. **Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que o mínimo em saúde**. 2017. Disponível em: <[https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas\\_noticias/estado/lei-da-migracao-de-verba-sancionada-com-poucos-vetos.htm/cmpid=copiaecola](https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas_noticias/estado/lei-da-migracao-de-verba-sancionada-com-poucos-vetos.htm/cmpid=copiaecola)>. Acesso em 31/08/2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio C. **Programa de Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2012. E-book. 9786559770823. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>>. Acesso em 3 set. 2022.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v.7 Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786555598650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598650/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2021. E-book. 9786555590500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Rideel, 2011.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. Coleção Fora de Série - **Hermenêutica e Aplicação do Direito** Grupo GEN, 2020. E-book. 9788530991425. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991425/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1301/responsabilidadecivil.pdf?sequence=1>. Acesso em 1 set. 2022.

RBA, Redação (Org.). **Instituto do Câncer recusa cirurgias de pacientes por falta de verbas**: Segundo o hospital, o atendimento de 40 pessoas foi rejeitado desde o dia 10 de abril. 2017. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/saude-e-ciencia/2017/04/instituto-do-cancer-recusa-cirurgias-de-pacientes-por-falta-de-verbas>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011.

SAÚDE, Ministério Público da. **Entenda o SUS**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>. Acesso em: 01 ago. 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDF. Por ACS. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional>. Acesso em 3 set. 2022

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559771523. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771523/>. Acesso em: 31 ago. 2022.