

ATIVIDADE MÉDICA, RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E PERDA DE UMA CHANCE

Maria Cláudia Viana

Acadêmica em Direito no UNI-BH. Monitora da disciplina Direito Civil III - Contratos e Responsabilidade Civil. Estagiária bolsista do Núcleo de Prática Jurídica do UNI-BH.

Mariana Andrade Rodrigues

Graduada em Direito pela UFMG em 2004. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL, 2006. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas em 2009. Professora no UNI-BH. Advogada.

Resumo

Este trabalho pretende rever alguns conceitos concernentes à responsabilidade civil médica e, principalmente, questionar dogmas, antigos e novos, propondo, modestamente, mais uma premissa a manter acesa a discussão acerca dos pressupostos e consequências do instituto. De início, busca-se demonstrar a natureza subjetiva da responsabilidade, dado que o médico assume obrigação de meio, mesmo no caso da cirurgia plástica embelezadora. Em seguida, discute-se o papel do consentimento informado. Conclui-se que a prestação de ampla informação ao paciente, permitindo-lhe ocupar posição ativa na relação, de modo a ver preservada sua autonomia, é dever do profissional da saúde e direito do paciente e, caso devidamente efetivada, pode ocasionar até mesmo a exclusão da responsabilidade. Por fim, traz-se à tona o debate sobre a perda de uma chance, teoria de origem francesa que considera dano atual a perda, ocasionada pela conduta de alguém, de uma oportunidade de sucesso ou melhora. Embora a doutrina e a jurisprudência brasileiras mostrem-se relutantes, concluiu-se que a teoria é plenamente aplicável à relação médico-paciente, tendo em vista que o dano, nesse caso, é atual, e não potencial, e perfeitamente mensurável mediante juízo de probabilidade.

Palavras-chave: responsabilidade civil, perda de uma chance, relação jurídica médico-paciente, consentimento informado.

Abstract

This paper aims to review some concepts concerning medical liability and, especially, to question dogmas, old and new, offering modestly more premises to keep alive the discussion about the assumptions and consequences of the institute. At first, we seek to demonstrate the subjective nature of responsibility, as the physician assumes obligation of means, even on beautifying plastic surgery. Then we discuss the role of informed consent. We conclude that the provision of comprehensive information to the patient, allowing them to take an active position in the relationship, to see preserved their autonomy, it is a duty of the health professional and a patient's right and, if properly realized, can cause even exclusion of liability. Finally, the paper brings up the debate about the loss of a chance, French originated theory that considers the actual damage caused by the conduct of someone, consistant of the loss of an opportunity for success or improvement. Although the doctrine and jurisprudence in Brazil are reluctant, we concluded that the theory is fully applicable to the physician-patient relationship hence the damage in this case is current, not potential, and clearly measurable through trial probability .

Key-words: liability, loss of a chance, legal physicia-patient relationship, informed consent.

Sumário

1 Considerações iniciais.....	3
2 Responsabilidade civil.....	3
2.1 Conceito	3
2.2 Elementos.....	4
3 Responsabilidade civil do médico.....	5
3.1 Natureza da obrigação médica	6
3.2 Elementos da responsabilidade médica e sua caracterização específica	9

3.3 Consentimento informado e responsabilidade	10
4 A teoria da perda de uma chance e a relação médico-paciente.....	13
5 Conclusões	18
6 Referências.....	18

1 Considerações iniciais.

A responsabilidade civil dos médicos é assunto recorrente nos debates civilísticos. Pelo menos desde o *Digesto*¹ justinianeu, o tema tem sido alvo de especial atenção dos juristas e, não obstante, ainda suscita importantes questionamentos, cuja solução não pode, a toda evidência, pretender-se definitiva. É tema dinâmico, que se transforma a cada mudança social e ganha novos contornos conforme a evolução da ciência médica e a adaptação das relações humanas.

Neste trabalho, pretendemos rever conceitos e, principalmente, questionar alguns dogmas, antigos e novos, propondo, modestamente, mais uma premissa a manter acesa tão nobre discussão.

2 Responsabilidade civil

2.1 Conceito

As divergências doutrinárias iniciam-se pela própria tentativa de definição do instituto da responsabilidade civil. Os conceitos propostos ora pecam pela insuficiência, ora por conterem fundamentação teórica equivocada. No primeiro grupo, está a noção de responsabilidade como *obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito*. Ocorre que a sociedade industrial impôs que

¹ Liv. 1, Tít. XVIII; Liv 50, Tít. XVII. *Apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.556.

se estendesse a reparação, por vezes, a danos causados por comportamentos lícitos. De outro lado, a definição clássica do Código Napoleão² refere-se apenas à *responsabilidade fundada na culpa*, a modalidade subjetiva, que pressupõe atuação dolosa, negligente, imperita ou imprudente.

Optamos, portanto, pelo conceito mais amplo, proposto, entre outros, por Savatier: responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar prejuízos causados a outra, por fato daquela ou de coisas e pessoas que dela dependam³. Em outras palavras, trata-se da obrigação imposta a uma pessoa de ressarcir danos sofridos por outra.

O conceito desconsidera, no entanto, a distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo esta consequência da violação daquela. Para os que admitem essa oposição, responsabilidade remete à idéia de dever jurídico sucessivo, decorrente do princípio genérico de não lesar (*neminem laedere*)⁴.

2.2 Elementos

Para a configuração da responsabilidade civil, é essencial que se verifiquem, pelo menos, três elementos: conduta humana (ação ou omissão), dano injusto e nexo de causalidade adequado entre a primeira e o segundo.

Da enumeração desses pressupostos, decorrem algumas idéias fundamentais:

1ª) Não há responsabilidade civil sem dano. Ao contrário da responsabilidade penal, que por vezes se contenta com a configuração de “perigo abstrato”, a responsabilidade civil tem como foco a reparação ou compensação do prejuízo efetivamente causado.

² Art. 1382 – *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

³ SAVATIER. *Traité de la Responsabilité Civile*, v. I, n. I. *Apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.562.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

2ª) Como não se determina a natureza do prejuízo a ser reparado, admitem-se igualmente o dano material e o dano moral. O primeiro é pacificamente conceituado como prejuízo de cunho patrimonial. Por sua vez, o dano moral é a ofensa aos bens da personalidade. Yussef Cahali, acertadamente, reporta-se a este como *“a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”*.⁵

3ª) A culpa nem sempre será elemento da responsabilidade civil. Nos casos de responsabilidade objetiva, o agente deverá ressarcir o dano, ainda que este decorra de conduta ilibada e diligente, sob o fundamento de que a atividade por ele exercida era, por natureza, arriscada.

4ª) Por atingirem diretamente o elemento do nexo de causalidade, constituem excludentes de responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito ou de força maior, a que por vezes se equipara o fato de terceiro. Igualmente, exclui a responsabilidade a cláusula de não indenizar, quando válida.

Essas idéias são premissas essenciais ao debate a seguir proposto.

3 Responsabilidade civil do médico

Desde os primórdios, evidencia-se a relevância da atuação do profissional da saúde para efeitos jurídicos. O Código de Hamurabi, por exemplo, já punia severamente o médico que errasse no tratamento de seus pacientes. Ressalta-se que, àquela época, as punições eram personalíssimas e,

⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 669.

por isso, recaíam sobre o corpo do agente, servindo de punição pelo dano causado, bem como de meio a homogeneizar juridicamente a comunidade.⁶

Genival Veloso França ensina que “*a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém mais tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas.*”

7

A responsabilidade civil médica manifesta-se como a obrigação que o profissional da saúde tem de reparar eventuais danos causados aos pacientes no exercício da profissão. Salienta-se que esta responsabilidade se estende aos estabelecimentos de saúde e a todos os profissionais atuantes da área.

3.1 Natureza da obrigação médica

Conforme tradicional classificação civilista, **obrigação de meio** é aquela que impõe a observação de todas as técnicas e o emprego de todos os conhecimentos e meios disponíveis para alcançar o resultado almejado. Por outro lado, a **obrigação de resultado**, como o nome indica, determina que o agente alcance, com sua conduta, o efeito pretendido.

Via de regra, a relação médico-paciente tem natureza contratual, o que parece sugerir que o insucesso terapêutico caracterizaria a inexecução da obrigação, ensejando, por si só, a responsabilização civil. Entretanto, o contrato em questão origina obrigação de meio, e não de resultado: pressupõe o tratamento da enfermidade, e não propriamente a sua cura. Em outras palavras, exige-se apenas que o profissional se conduza com a diligência e a atenção indispensáveis ao bom resultado. Portanto, em princípio, somente insurgirá a responsabilidade civil nos casos em

⁶ MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Artigo extraído da internet, disponível em: jus2.uol.com.br. Acesso em 01/02/2010.

⁷ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 99.

que a atuação do médico seja culposa, ou seja, diante de atos negligentes, imprudentes ou imperitos, ou no caso de dolo.

Segundo a jurisprudência, “(...) embora o médico não contrate a cura, nem assuma em geral, uma obrigação de resultado, impõe-se o dever de agir com zelo, cuidado e atenta vigilância na execução dos serviços profissionais. Verificada a ocorrência de imprudência, negligência ou imperícia, ocasionando a morte do paciente, tal fato importa no dever de indenizar (...)”.⁸

O entendimento estende-se pacificamente: “(...) o insucesso de tratamento médico não autoriza a indenização de perdas e danos, que ocorreria, se a lesão ou morte do paciente resultasse de manobra culposa ou dolosa do médico. A assistência médica se dá por meio de contrato de prestação de serviço, na qual a obrigação assumida é a de meio e não de resultado (...)”.⁹

Doutrina e jurisprudência costumam considerar a cirurgia plástica – pelo menos a de fins unicamente estéticos – como exceção a essa regra. Este seria um caso de obrigação de resultado, capaz de impor ao médico responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade, e não na culpa. A se adotar tal entendimento, o médico responderá sempre que os resultados almejados não forem alcançados, a menos que comprove culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. Confira-se:

“(...) De outro turno, não se pode falar que a cirurgia plástica seja uma obrigação de meio, como quer a apelante, uma vez que o fim precípua da cirurgia é a melhora no aspecto físico. Ora, é inconcebível que alguém se submeta a uma operação como essa se não for para obter um determinado resultado. Assim, a responsabilidade civil decorre do contrato de prestação de serviços pactuado entre as partes, onde restou avençado procedimento cirúrgico de ordem estética.

⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 1.0015.06.029310-5/001. Desembargador Relator: Batista De Abreu. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 08/06/2010.

⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº: 0051046-33.1998.807.0000. Desembargador Relator: João Mariosa. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 02/02/2010.

O descumprimento de tal obrigação gera o dever de indenizar, à luz do risco da atividade desenvolvida (...).¹⁰

Ousemos refletir sobre o entendimento dominante. De início, vale lembrar que a sociedade em que vivemos valoriza sobremaneira a aparência física do indivíduo, razão pela qual alguns defeitos físicos causam tanto sofrimento quanto doenças ou patologias dolorosas. Atualmente, as cirurgias plásticas são buscadas para solucionar imperfeições físicas de importante relevância, sendo, portanto, parte do universo dos tratamentos médicos e não mero capricho do paciente. No Brasil, durante o ano de 2000, aproximadamente 350.000,00 pessoas se submeteram às plásticas, sendo 13% do total menores de 18 anos e 30% homens.¹¹

Ademais, não se pode desconsiderar a existência de risco em qualquer cirurgia; a natureza do organismo humano e o estágio de evolução científica da Medicina não permitem ignorar um grau considerável de submissão ao fortuito nos procedimentos médicos.

Sendo assim, a natureza estética, e não terapêutica, do procedimento não acarretaria, propriamente, uma obrigação de resultado; antes, impor-se-ia ao profissional um *dever de informar qualificado*. Nesse sentido, leciona Miguel Kfoury Neto: “na cirurgia estética a obrigação não é fundamentalmente diferente das demais cirurgias, entretanto na cirurgia plástica embelezadora o rigor é transposto para o dever de informação ao paciente, obtendo assim sua autorização. Nas demais áreas da medicina, o médico deve fornecer uma informação clara, exata, mas limitada à evolução dos riscos normalmente previsíveis em função da experiência habitual, na cirurgia plástica o cirurgião tem o dever de informar seu paciente sobre todos os riscos previsíveis, mesmo aqueles que apenas

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. Apelação Cível nº: 20030110743562. Desembargador Relator: Souza e Ávila. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 02/02/2010.

¹¹ Dado fornecido pela Associação Brasileira de Cirurgia Plástica, disponível em: www.cirurgiaplastica.org.br. Acesso em 04/02/2010.

*excepcionalmente se concretizam posto que, a maioria das vezes, em cirurgia plástica aquilo que seria simples inconveniente se transforma em desgraça”.*¹²

3.2 Elementos da responsabilidade médica e sua caracterização específica

No item anterior, concluímos que a responsabilidade médica, em regra, será subjetiva¹³, dependendo de comprovação de culpa ou dolo na atuação do profissional, tendo em vista que, em princípio, configura-se obrigação de meio.

A essência da responsabilidade subjetiva assenta-se na pesquisa ou indagação de como o comportamento médico contribuiu para o prejuízo da vítima, ou seja, na teoria da culpa. *Culpa*, aqui, é entendida em sentido lato, isto é, culpa *stricto sensu* e dolo.

A culpa em sentido estrito é atributo da conduta humana, ação ou omissão, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia. Configura elemento do ato ilícito, conforme definido pelo artigo 186 do Código Civil: “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Negligência, por sua vez, caracteriza-se pela falta de cuidado por uma conduta omissiva. Nesse caso, haverá negligência na atividade médica caso o médico se abstenha de adotar cuidados necessários ao desenvolvimento de um bom resultado. Por exemplo, o médico que deixa de adotar os cuidados recomendados para se evitar uma infecção age com negligência.

¹² KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 193.

¹³ Advirta-se que a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, é aplicada pacificamente aos *estabelecimentos médicos*, por força do Código de Defesa do Consumidor, dado que o estabelecimento que oferece serviço médico é fornecedor de serviços.

A imprudência caracteriza-se por uma conduta comissiva em que o sujeito assume riscos desnecessários. É o caso do procedimento médico desnecessário, excessivo ou minado de abuso ou desvio de poder, capaz de gerar lesão ao paciente.

Embora o legislador não tenha mencionado expressamente a imperícia, não há dúvida de que se trata de modalidade de culpa. Na imperícia médica, compreendem-se as hipóteses de falta de experiência ou conhecimentos práticos necessários ao exercício da profissão, de despreparo profissional ou inabilidade técnica. Sua constatação é delicada, tendo em vista que a atuação como médico pressupõe o cumprimento de uma série de pré-requisitos, entre os quais a formação universitária e a inscrição no Conselho Regional de Medicina. Como exemplo, tome-se o caso em que os sintomas do paciente indicam claramente uma determinada doença e, por falta de prática, o médico prescreve tratamento para outra ou não consegue efetivar um diagnóstico apto, como abaixo elucidado.

*"O simples fato de ministrar a uma paciente um remédio do qual o mesmo não necessita já se configura a imperícia, e no presente caso houve erro grosseiro por parte da profissional que usou hormônios para o tratamento de joanetes."*¹⁴

Tanto na culpa quanto no dolo há conduta voluntária do agente. Mas, no dolo, a conduta já nasce ilícita, uma vez que a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico. Nesse sentido, Sílvia Rodrigues entende que *"o dolo se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atividade vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito, mesmo, de alcançar o resultado."*¹⁵

3.3 Consentimento informado e responsabilidade

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 2.0000.00.501090-8/000. Desembargador Relator: Antônio de Pádua. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 01/03/2010 12/01/2010/2010.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvia. **Responsabilidade Civil**. Volume IV, 20ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Outro aspecto fartamente debatido é a responsabilidade do médico por omissão quanto a seu dever de informar.

É direito do paciente a participação em toda e qualquer decisão sobre práticas médicas. Trata-se de garantia constitucional relacionada à dignidade humana, aqui entendida, essencialmente, como capacidade de autodeterminação. Em outras palavras, deve o paciente ter garantida a possibilidade de decidir sobre seu próprio corpo, sem submissão à vontade do médico.

Para afastar a responsabilidade por falta de informação, alegando o paciente que desconhecia dos atos a serem empregados e, que se os conhecesse jamais teria deles se utilizado, deve o profissional atuar com base no consentimento informado.

Por óbvio, só se cogita de consentimento válido quando o paciente tem lucidez e compreensão suficientes. De uma forma geral, todo procedimento terapêutico tende a se subordinar à aceitação do paciente. Este é o caminho acolhido pela Ciência do Direito, coerente com o princípio de que a vida, a saúde e a integridade física são interesses do paciente, em primeiro lugar. O médico é convocado a interferir apenas para resguardá-los. Daí sua subordinação à vontade do paciente.

O direito à vida e à integridade física são resguardados pela Constituição da República de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, caput. Por se tratar de bens indisponíveis, a necessidade do consentimento informado se torna latente. Ressalta-se, contudo, que o consentimento informado não isenta o médico do dever de cautela, de diligência e perícia, servindo como legitimação à intervenção médica.

Diante da inexistência do consentimento informado, a culpa do médico já se torna presente pela negligência quanto a um dos seus deveres, que por outro lado constitui direito do paciente de esclarecidamente decidir sobre as ações que possam incidir sobre a sua integridade física.

O procedimento médico deve ser, portanto, ato de autodeterminação do paciente. Segundo Stancioli, o ato autônomo desdobra-se, nos requisitos de *compreensão*, *intenção* e *ausência de influências controladoras*. A *compreensão* da doença e do tratamento decorrem da explicação do médico; a *intenção* envolve a consciência sobre os riscos, e a decisão responsável de assumi-los; por fim, o terceiro requisito vem coibir a atuação abusiva do profissional, que detém o conhecimento técnico e não pode exercê-lo de forma abusiva ¹⁶.

Surge para o médico, então, o dever de alertar o paciente, exaustiva e previamente, com absoluta compreensão, como regra geral, quando o tratamento envolver perigo de qualquer natureza. Além disso, para que o consentimento seja considerado válido, deve haver voluntariedade do paciente ou de seu responsável, que devem receber informações claras e objetivas sobre os riscos e benefícios do tratamento médico.

Sendo assim, o termo de consentimento informado é um elemento característico do atual exercício da medicina; sua elaboração é dever jurídico e ético dos profissionais, a que corresponde um direito subjetivo, de caráter constitucional, dos pacientes.

A doutrina vem estabelecendo a relação entre a conduta e a obrigação médica, segundo alguns parâmetros, quais sejam:

- a) *dever de aconselhar adequadamente o paciente;*
- b) *obrigação de tomar os cuidados necessários e manter sigilo;*
- c) *não cometer desvio ou abuso de poder (experiências médicas);*
- d) *dever de informação, esclarecendo o paciente sobre a doença, os cuidados, as prescrições, os riscos possíveis e as precauções a serem tomadas;*
- e) *manter o paciente informado da realidade do seu estado e dos riscos possíveis;*

¹⁶ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 34 e ss.

- f) nos casos de cirurgia exigir o consentimento do paciente, salvo nas emergências, com informações completas sobre o procedimento cirúrgico e a técnica a ser utilizada; e
- g) não recusar atendimento ou omitir socorro.¹⁷

Ressalta-se, assim, que a obtenção formal de termo de consentimento válido não tem, por si só, o condão de isentar o médico de responsabilidade por danos advindos de sua conduta, porquanto não o exime de atuar com a devida diligência. Resta excluída, apenas, a responsabilidade pela falta de informação, permanecendo a responsabilidade subjetiva decorrente da atuação profissional.

4 A teoria da perda de uma chance e a relação médico-paciente

Considerável doutrina surgida na França é a denominada *teoria da perda de uma chance*, que leva em conta a possibilidade de o profissional da saúde garantir ao seu paciente a *chance de recuperação*, seja através de uma intervenção responsável ou por meio de um diagnóstico tempestivo.

Não há, no Código Civil brasileiro, menção expressa a essa teoria. Mas, em regra, para sua aplicação válida ao caso concreto, faz-se necessária a demonstração de que, com a atuação médica, o paciente perdeu oportunidade essencial em sua vida. Observe-se que não se trata de configurar, necessariamente, o resultado morte. Não obstante a inexistência da morte, a indenização é plausível, uma vez que, se o médico não tivesse atuado de certo modo, a oportunidade seria concreta.

Salienta-se que, em alguns tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, gradativamente, vem sendo aplicada a supracitada teoria no Brasil:

¹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 531.

(...) Atua com negligência o médico que dá causa a diagnóstico tardio de câncer, inviabilizando a extirpação precoce do mal e as chances de sobrevivência da paciente (CDC art. 14, § 4º). Não socorre o apelante o argumento de que a morte da paciente, em virtude do câncer, era inevitável. Na realidade, o dever de indenizar não decorre exclusivamente do desfecho letal, mas do fato de que a paciente poderia ter tido maior tempo de vida caso tivesse tido acesso, desde logo, ao diagnóstico de câncer e ao tratamento médico adequado. E é justamente esse fato que dá ensejo à procedência do pedido. É verdade que não se pode afirmar com certeza absoluta que o resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse a paciente conhecimento prévio do câncer. O caso concreto encerra, sem dúvida, uma obrigação de meio e não de resultado. Vale dizer que o apelante tinha a obrigação de cuidar com atenção da sua paciente, não se comprometendo, contudo, de curá-la. No entanto, não é menos verdade que se o médico apelante tivesse empreendido todas as diligências no sentido de zelar pela saúde da paciente, a sobrevivência desta teria transcorrido com mais qualidade(...).¹⁸

Argumenta-se que, quando o atendimento médico deixa a desejar, o profissional da saúde retira do paciente a chance de cura ou manutenção da vida, sendo o fato causador da responsabilidade a má-atuação do profissional, e não o resultado (moléstia ou morte).

(...) Na realidade, o dever de indenizar não decorre exclusivamente do desfecho letal, mas do fato de que a paciente poderia ter tido maior tempo de vida caso tivesse tido acesso, desde logo, ao diagnóstico de câncer e ao tratamento médico adequado. E é justamente esse fato que dá ensejo à procedência do pedido. É verdade que não

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº: 2003.01.1.116230-6. Desembargador Relator: Arlindo Mares. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 25/01/2010.

*se pode afirmar com certeza absoluta que o resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse a paciente conhecimento prévio do câncer (...).*¹⁹

Assim, também, tem sido o entendimento nos casos da fase após a execução do contrato de prestação de serviços, o que revela a continuidade da responsabilidade do médico na fase posterior ao procedimento realizado.

*(...) Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada (...)*²⁰

Contudo, como acima mencionado, a teoria da perda de uma chance não é adotada amplamente pelos tribunais, tendo em vista que se trata de matéria divergente na doutrina e jurisprudência, além de ser doutrina recente no Brasil. Contra a aplicação mais ampla, verifica-se o entendimento de que a perda de uma chance seria um dano em potencial.

Sérgio Cavalieri Filho esclarece, nesse ponto, que a aplicação da teoria da perda de uma chance depende da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a impossibilidade de nova oportunidade para o paciente. Indo além, descreve que a doutrina será aplicada “(...) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como

¹⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº: 2003.01.1.116230-6. Desembargador Relator: Arlindo Mares. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 25/01/2010.

²⁰TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 70020554275. Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 27/01/2010.

progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa por falha do advogado (...)".²¹

Esta teoria propende que o juiz aplique a responsabilidade civil avaliando a perda de uma oportunidade que a pessoa sofreu; conseqüentemente, trata-se de uma expectativa de vantagem presumível que poderia ser auferida, caso não ocorresse determinada hipótese capaz de retirar aquela conveniência.

Assim, avaliando esta possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, a jurisprudência do tribunal do Rio Grande do Sul vem, acertadamente, provendo pretensões indenizatórias, reparando danos causados em decorrência da má-atuação médica, a qual extrai de seus pacientes a possibilidade inescusável de vantagem e oportunidade de recuperação.

(...) O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento médico mais próximo, no período pós-operatório? Não há como fazer qualquer afirmação. Mas é possível que sim. E o réu, ao dispensar a presença de cardiologista, ao não providenciar minucioso estudo das condições cardiovasculares da paciente, durante a cirurgia, ao somente informar o anestesista do quadro clínico momentos antes da operação, ao não observar pessoalmente a evolução do pós-operatório, acabou por tolher, ainda, que em proporções não identificáveis, uma possibilidade de reverter a morte da paciente. E, em se tratando de vida humana, todas as medidas possíveis deveriam ter sido adotadas, e de fato não o foram. Perfeitamente aplicável, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar um nexo de causalidade entre a conduta e o dano,

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.(...)²²

Importante ressaltar, ademais, que a perda de uma chance não equivale ao lucro cessante. Este representa que a vítima deixa de auferir em decorrência do dano; versa sobre um prejuízo de ordem meramente patrimonial. A perda de uma chance, por outro lado, retrata a expectativa de uma vantagem presumível que poderia ser auferida, seja material ou imaterial. Logo, a análise desta teoria não se dá em razão da vantagem não obtida, mas da perda de uma oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo.

Em alguns casos, a verificação da presença dos pressupostos da responsabilidade civil é dificultada, impossibilitando o dever expresso de indenizar. Nessas situações, não se pode visualizar um dano certo, mas análise do caso concreto deve demonstrar que a vítima sofreu a perda de uma oportunidade em decorrência de uma atuação ilícita. Por exemplo, o paciente que perde a oportunidade de se recuperar em razão do diagnóstico impreciso de um quadro clínico. Nessa hipótese, o juiz sentenciante deve-se pautar por um juízo de probabilidade para auferir o montante da oportunidade perdida.

Relacionando este raciocínio com a vontade da lei ao imputar ao agente causador de dano a obrigação de indenizar, não há que se questionar se a perda de uma chance é dano indenizável ou dano em potencial. Uma vez presentes os requisitos para a configuração da perda de uma chance, os danos daí decorrentes devem ser satisfatoriamente reparados.

A reparação deve proporcionar à vítima ou aos seus sucessores a satisfação de um direito, qual seja, o direito à indenização em consequência de ato ilícito, muito embora, em se tratando de dano imaterial, impossível o ressarcimento pleno, tendo lugar, meramente, uma compensação econômica.

²²TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 70020554275. Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 27/01/2010.

5 Conclusões

A título de considerações finais, deve-se situar que a questão da responsabilidade civil médica é avaliada sob o enfoque da responsabilidade subjetiva, mesmo em casos de cirurgia plástica embelezadora, que enseja, por sua vez, uma qualificação na exigência do consentimento informado. O consentimento informado válido é um direito do paciente e reflete a sua capacidade de autodeterminação, sendo esta uma garantia decorrente da sua dignidade humana. Ressalta-se, contudo, que o consentimento informado válido não isenta o médico de atuar de forma diligente, servindo apenas como legitimação à intervenção médica.

Inegável, ademais, que o instituto da responsabilidade civil tem sido aprimorado continuamente. Diante dessa necessidade social de aprimoramento, o referido instituto tem sofrido mudanças gradativas, em especial pela jurisprudência e doutrina. Visando à melhor aplicação do instituto da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance tem sido empregada gradualmente pelos tribunais, uma vez que esta teoria implica necessariamente na evolução sob ponto de vista da teoria do dano, pois não analisa a existência de um dano certo, mas a perda de uma expectativa presumível, reforçando a idéia de que há o dever expresso de indenizar àquele que sofre dano decorrente da atuação ilícita.

6 Referências

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III, 12^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 3^a edição, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.

STANCIOLI, Brunello de Souza. **Relação Jurídica Médico-Paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6^a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 9^a edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade Civil**. Volume IV, 20^a edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Artigo extraído da internet, disponível em: jus2.uol.com.br. Acesso em 01/02/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 16^a Câmara Cível. Apelação Cível nº: 1.0015.06.029310-5/001. Desembargador Relator: Batista De Abreu. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 08/06/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1^a Turma Cível. Apelação Cível nº: 0051046-33.1998.807.0000. Desembargador Relator: João Mariosa. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 02/02/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1^a Turma Cível. Apelação Cível nº: 20030110743562. Desembargador Relator: Souza e Ávila. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 02/02/2010.

Associação Brasileira de Cirurgia Plástica, disponível em: www.cirurgiaplastica.org.br. Acesso em 04/02/2010.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 2.0000.00.501090-8/000. Desembargador Relator: Antônio de Pádua. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 01/03/2010 12/01/2010/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. Apelação Cível nº: 2003.01.1.116230-6. Desembargador Relator: Arlindo Mares. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em 25/01/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº: 70020554275. Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 27/01/2010.