

A PERDA DA CHANCE DE CURA

Grácia Cristina Moreira do Rosário
Juíza de Direito

1. A perda da chance de cura na responsabilidade médica

A responsabilidade médica se subordina à presença de três elementos: um fato prejudicial, o (s) dano (s), uma relação causal entre o fato prejudicial e o (s) dano (s).

O fato prejudicial pode ser uma falha, ou o fato de uma coisa, ou o fato de um empregado. No que diz respeito à falha, o médico é primeiramente ligado a um dever de humanismo médico completamente fundamental para informar o paciente e obter sua aceitação ao tratamento indicado. A informação dos riscos do ato médico deve relacionar-se àqueles normalmente verificados na prática; deve ser honesta, desobstruída e apropriada. Em segundo lugar, deve trazer detalhadamente as informações incidentais do tratamento ou nas continuações do ato médico. É o mesmo no que diz respeito aos riscos para as intervenções estéticas. Depois da informação, o consentimento deve ser coletado, não podendo ser ignorado que é uma liberdade fundamental do indivíduo recusar qualquer intervenção sobre o seu corpo.

É cediço que a responsabilidade possa ser imputada somente se os danos pelos quais um indivíduo pede reparação foram causados de maneira inquestionável pelo fato prejudicial que lhe deu causa. Entretanto, vem-se acentuando, pela jurisprudência, a utilização do conceito da perda das possibilidades de resultados da cura ou da sobrevivência.

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes existe uma consequência atual e certa.

A doutrina aconselha efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos.

A teoria diz que se pela intervenção errada do profissional, o paciente perde a possibilidade de se ver livre de determinada enfermidade, o médico deve ser responsabilizado. A ideia central é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexo de causalidade), enfatizando o resultado lesivo.

Nesse sentido, nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento.

Exemplo clássico na doutrina é o do profissional médico que não diagnostica um câncer no seu paciente, que vem a ser descoberto mais tarde por outro médico. Nesse caso, tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta a doença no início, a imperícia do profissional resulta por eliminar as possibilidades de sobrevivência do doente.

Se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está constituída uma perda de chance, que também constitui um dano em si mesma¹. Não é sem razão que, ao se referir à responsabilidade médica, IRANY NAVAH MORAES² diz ser essa examinada a partir do que o médico “fez e não deveria ter feito, deixou de fazer e deveria ter feito, falou e não deveria ter falado ou, ainda, não falou e deveria ter falado”.

Nos casos de aplicação dessa teoria, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o

dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, e sim, a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem.

A perda da chance pode surgir em diversas oportunidades, como:

- 1) A perda da chance de evitar um prejuízo pode eclodir no caso de morte de um recém-nascido que apresentou um quadro de apneia evoluindo para parada cardiorrespiratória após algumas horas do nascimento, sendo que, posteriormente, o bebê faleceu, ausente tratamento apto a desaguar em um resultado favorável. O que se perdeu é somente a chance de cura e não da continuidade da vida;
- 2) A perda da chance de receber um benefício. Advogado, agindo de forma negligente, não interpõe recurso ante o insucesso de seu cliente no julgamento em 1º grau. Presente a perda da chance;
- 3) A perda da chance por ausência de informação. A obrigação de informar o paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio pode acarretar consequências sobre a saúde ou quando a sua abstenção priva o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação. A obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos cabe ao médico, bem como a comprovação de que a informação foi bem dada. A informação deve ser exaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento que se torne risco grave.

Em princípio, a vítima só pode obter uma indenização integral de seu prejuízo se ela prova que o erro do médico é realmente a causa de todo o seu dano. Este princípio foi atenuado pela jurisprudência ao se elaborar a teoria da perda da chance. Corresponde ao fato de que uma vítima perdeu uma chance de adquirir uma situação semelhante àquela da média dos outros indivíduos. Exemplificando: Uma sentença da 1ª Câmara Cível do Tribunal, de 25 de março de 1968, determinou que o atraso provocado por um médico ao proceder aos exames e não permitindo desta maneira ao paciente de se beneficiar de cuidados especiais, justificou que seja retida a perda da chance de cura. É preciso esclarecer que o sofrimento não pode ser totalmente estranho à chance perdida, ademais, a perda da chance não deve ser puramente hipotética.³

O Capítulo II do Código Civil Francês traz regras sobre os delitos e quase-delitos. O artigo 1382 diz que qualquer falta cometida que cause um dano deve ser reparada.

Na edição 2000, da Editora Dalloz, constam textos, jurisprudência e anotações. Quanto às características certas do prejuízo causado pela perda de uma chance retrata as seguintes considerações:

Característica certa: Justifica legalmente a decisão da corte de apelação que em caso de soropositivo, o prejuízo resultante da sobrevivência da SIDA por um carácter certo de uma indenização imediata do prejuízo correspondente ao soropositivo, o pagamento da indenização referente a SIDA declarada está subordinado à constatação médica da doença. Perda de uma chance. Em razão da persistência de um diagnóstico errado, os médicos respondem pela perda de uma chance, em razão das sequelas sofridas.⁴

ALFREDO ORGAZ⁵, civilista argentino, explica sobre a perda da chance, afirmando que quando o agente de um ato ilícito, mediante seu ato, interrompe um processo que poderia conduzir em favor de outra pessoa para evitar um dano, corresponde estabelecer um prejuízo, podendo o prejudicado reclamar contra o agente uma indenização pela perda que poderia ser evitada. Exemplifica: um advogado que deixa de interpor um recurso legal ou incorre em negligência na produção de uma prova favorável ao seu cliente, e este perde em juízo. Diz, ainda, que quando a possibilidade de evitar a perda era bastante fundada, ou seja, quando mais que possibilidade era uma “probabilidade” suficiente, a frustração deve ser indenizada pelo responsável, pois esta indenização é da “chance” mesma, que o juiz apreciará em concreto, e não da perda que era objeto daquela, o que restou frustrada é propriamente a “chance”, a qual, por sua própria natureza, é sempre problemática em sua realização.

O diagnóstico equivocado pode levar a uma perda da chance do paciente de evitar os riscos que aconteceram pelo erro cometido. O diagnóstico pode ser definido como a apreciação do médico sobre o estado atual do paciente ou sobre o seu futuro. É a ação de determinar uma doença a partir de seus sintomas. A obrigação do médico no quadro do diagnóstico é uma obrigação de meios. Se os meios técnicos e intelectuais que são colocados em ação habitualmente por um profissional competente e diligente não tiverem sido acionados, a sua responsabilidade poderia ser comprometida. Se o diagnóstico é difícil de definir, não se pode reclamar do médico, salvo se ele tiver conformado com os dados adquiridos da ciência que se apresentam, caso seja necessário chamar terceiros competentes.

É preciso deixar claro que atualmente a jurisprudência distingue o diagnóstico evidente, sobre o qual o erro constituiria uma falta, do diagnóstico delicado e difícil, que não é considerado erro.

A título de exemplo, a recusa ou o atraso em preconizar a consulta a um especialista é falho. O atraso de diagnóstico por negligência em se informar dos resultados de análises é igualmente errôneo. O recurso a métodos de diagnóstico abandonados pelos especialistas competentes ou a métodos perigosos constitui igualmente uma falha, exatamente como a omissão de praticar exames aprofundados que provocam um erro ou um atraso de diagnóstico.

O atuar em equipe, constituída por vários profissionais – cirurgiões, médicos, enfermeiros, dentre outros – gera um vínculo de subordinação entre o chefe da equipe médica e os demais atuantes. O líder da equipe se responsabiliza pelos erros cometidos, considerando a responsabilidade pelo atuar dos profissionais, sendo eles assalariados, terceirizados ou cooperados. O chefe responde pela falta do dever de cuidado, *neminem laedere*, pela negligência de seu preposto a título de responsabilidade pelo feito de outra pessoa.⁶ Geralmente, o cirurgião responde pelos atos dos demais, pois é considerado como o cocontratante do paciente, devendo fornecer um trato satisfatório. O cirurgião, sendo necessário, deve velar pela intervenção de um médico anestesista. Todos os profissionais deverão executar os atos conferidos pelo chefe. Ele deve verificar a presença dos equipamentos e produtos necessários à intervenção cirúrgica, não podendo alegar excludente de responsabilização, em caso de erro médico. Presente o risco do empreendimento. Não existe vínculo de subordinação entre o chefe da equipe e os membros da equipe. O cirurgião responde pelos erros que pode cometer o médico ao qual recorreu. É uma espécie de responsabilização do atuar de outrem ausente vínculo de subordinação. A responsabilidade do cirurgião é mantida, inclusive por um atuar que normalmente não é realizado por ele, tendo em vista a obrigação geral de prudência e de diligência posta sob sua responsabilidade. Todavia, cada profissional deve se preocupar pelos atos dos outros e ser capaz mesmo de evitar eventual insucesso. O conceito de equipe médica deve ser levado em consideração. A obrigação de prudência e de diligência se aplica a cada membro da equipe que deve permanecer vigilante quanto à prestação de serviços realizada pelos demais profissionais.

Em determinados eventos, pode ocorrer a presença de várias especialidades, de forma sucessiva ou concorrente, dependendo da necessidade exibida naquele momento. No caso de uma lesão sofrida pelo enfermo, pode ser dificultosa a imputação do erro cometido a determinada pessoa, e essa dificuldade de imputar o erro a alguém bloqueia, teoricamente, a indenização ao paciente. O artigo 32 do Código de Deontologia Médica francês dispõe que: “O médico compromete-se a assegurar, pessoalmente, ao paciente cuidados conscienciosos, devotados e fundados em dados adquiridos da ciência, fazendo apelo, se for o caso, a ajuda de terceiros competentes.”⁷

Nesses casos, quando do ajuizamento da ação, o Magistrado deve nomear um perito que realizará as pesquisas de regras, de usos, de diligências, de cuidados a que o profissional deve se sujeitar nas circunstâncias do evento.

O chamado erro na organização do serviço deve também ser levado em consideração. O erro na organização do serviço pode ocorrer em razão da ausência de supervisão ou por falta do corpo médico, ou ainda, pela imprudência médica, bem como pela insuficiência de meios adequados para a prestação do serviço. Casos que espelham o erro na organização do serviço são: um anestesista conduzido por uma enfermeira sem que o médico soubesse da operação, ou o caso de intervenção tardia do enfermo ou da anestesia imprestável a um funcionamento defeituoso dos equipamentos utilizados pelo médico.

A responsabilidade civil do médico, bem como a perda da chance de cura, nem sempre circunda as lesões ocasionadas por intervenção cirúrgica ou tratamento, ausente o nexo de causalidade. A medicina não é tão abrangente a ponto de suplantiar a condição física do doente e milagrosamente trazer a saúde do enfermo de volta.

Há de se distinguir os casos de dano futuro palpável do evento hipotético, este último não indenizável. O juiz só poderá aplicar a perda da chance quando verificar a existência do vínculo de causalidade, e mais, quando esse vínculo for bastante forte para proporcionar ao requerente sucesso na demanda. Havendo certo grau de verossimilhança do dano é possível a indenização. A perda da chance retrata o insucesso de uma oportunidade que seria alcançado um proveito, caso não houvesse a interrupção abruptada em razão de um ato ilícito. A conjuntura que é frustrada não é o proveito esperado, mas a probabilidade de que esse proveito aconteceria se não fosse a interrupção oriunda do ilícito. A chance deve ser séria e provável. É rejeitada a indenização de mera suposição.

Assim, a perda da chance só será suscetível quando der lugar à reparação do dano oriunda da oportunidade perdida devido a um erro. A indenização será limitada ao único valor da chance perdida, que será consubstanciado no dano constituído pela não realização do que era esperado.

No domínio da perda da chance, o fenômeno aparece como um instrumento de medida do grau de certeza do prejuízo. O prejuízo parece certo, tanto assim que a sua existência é estabelecida pelo desvio da perda da chance.

Explica-se que a perda da chance é utilizada como reveladora do grau de solidez do vínculo causal. O dano, cuja existência não é posta em dúvida, traz um sabor de certeza, tendo em vista o forte vínculo causal entre o nexu e o fato que o gerou. Dessa forma, a simples perda de esperança não é geradora de uma lesão certa, devendo o dano ser considerado suficientemente constituído para ser reparado.

Em França, aplica-se a teoria da perda da chance na seara administrativa, principalmente no que se refere ao problema das leis de validação.⁸

Portanto, não se permite a indenização pelo proveito perdido, e sim pela perda da plausibilidade de almejar esta vantagem, distinguindo-se o resultado perdido e a chance de obtê-lo. Por conseguinte, a indenização da perda de uma oportunidade não se desvia da regra da certeza do dano, ante a probabilidade perdida. Assim, perdida a chance, presente estará a certeza do dano.

2. Relação de causalidade entre o ato e o dano e a quantificação do dano moral na perda da chance

Primeiramente, faz-se necessário abordar, mesmo que de forma sucinta, o nascedouro das duas principais teorias a respeito do nexu de causalidade, quais sejam: a teoria da equivalência e a teoria da causalidade adequada.

JOSÉ JUAN RIVAS BELANDRIA, em seu estudo sobre a causalidade diz que no campo do Direito Penal o criador da Teoria da Equivalência foi MAXIMILIANO VON BURI. Para a doutrina da equivalência das condições, na fórmula original de seu autor, não é possível haver distinção alguma entre as diversas condições que procedem ao resultado, para atribuir a só uma o caráter da causa, pois todas são igualmente necessárias para sua produção, e, portanto, equivalentes. Afirma, ainda, que entre todos os seguidores de Von Buri, destaca-se, por sua precisão lógica e clara da exposição, o eminente jurista alemão FRANZ VON LISZT, que explica a teoria da equivalência da seguinte forma: O resultado deve ser causado (provocado) por um movimento corporal; o movimento corporal e o resultado devem estar em relação de causa e efeito (em relação à causalidade). Exemplifica

com duas situações: caso do hemofílico, quando não sendo mortal em si mesma, aparecem outras circunstâncias, como o incêndio do hospital aonde foi conduzido o lesionado; a mesma atribuição deve ser dada quando para a produção do resultado haja intervindo, simultaneamente ou subseqüentemente ao movimento corporal, outros atos humanos. Assim, não oferece relevância alguma para a decisão do nexa causal a cooperação da negligência de um terceiro, do médico, por exemplo, que concorre com várias pessoas para a conduta imprudente com o mesmo lesionado. Quanto à teoria da causalidade adequada, o autor cita VON KRIES, que parte da concepção empírica de causa como conjunto de condições. Considera necessário destacar entre todas as condições que cooperam para a produção do resultado aquelas que são geralmente apropriadas e adequadas para originá-lo; são essas que atribuem caráter causal, negando as restantes.⁹

A ideia nodal é esclarecer obstáculos existentes na comprovação dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, realçando o resultado danoso. Assim, nas situações em que é difícil comprovar o nexa causal entre a conduta culposa do médico e a lesão experimentada pelo enfermo, permite-se que o elemento prejudicial gerador da indenização seja a perda de uma chance de resultado conveniente no tratamento.¹⁰

O prejuízo decorrente da perda de uma chance não é dano futuro, e sim atual, pois o resultado que poderia ser almejado no futuro não mais existirá, em razão da perda da chance. O dano resulta do prejuízo provável.

O Magistrado analisa a perda da chance no caso concreto. Tal fenômeno deve ser utilizado para definir os contornos de um dano já sofrido, e não para permitir indenizar um prejuízo puramente eventual. Pois é claro que a perda da chance não pode ser uma noção com ares liberais que o juiz queira utilizar para solucionar o litígio. O Magistrado deve ter o cuidado de indenizar o prejuízo, de alguma forma adaptando a reparação ao grau de certeza do dano, com o auxílio da perda da chance.

A perda da chance permite ao Magistrado proceder a uma avaliação do dano, uma vez que a sua existência é relativamente certa ante a distância que separa a superveniência pontual do fato gerador da chance perdida.

O juiz, pelo viés da perda da chance, chega a transformar em prejuízo certo o que poderia ser considerado como um prejuízo eventual, conseqüentemente não indenizável caso não se tivesse recorrido à perda da chance.¹¹

A falha deve ter engendrado um dano, e o vínculo causal entre a falha e o dano deve ser estabelecido. O mais difícil a definir é o vínculo de causalidade. O prejuízo deve surgir de uma consequência certa e direta de um erro médico.

O ideal é que a existência do vínculo de causalidade, proveniente de uma apreciação médica advinda de uma especialidade, se funde em conclusões de peritos designados para determinar ou não a presença deste vínculo causal.

Os danos sofridos pela vítima, oriundos do ato médico considerado errôneo, poderão ser objeto de indenização. Os prejuízos são fixados após a conclusão do laudo pericial.

Segundo MARTINHO GARCEZ NETO:

O que a ciência jurídica tem estabelecido, em definitivo, no campo da responsabilidade civil resultante do ato ilícito é o seguinte: quando uma imprudência ou negligência é provada contra o agente, não há necessidade de investigar além disto; desde que, afastada essa culpa, o dano não se tenha verificado, não há necessidade de mais nada para impor a condenação.¹²

Vale citar o direito argentino, que não possui previsão normativa expressa em matéria de danos causados aos consumidores por produtos de consumo e por serviços, aplicando-se os princípios gerais que regulam os pressupostos da responsabilidade civil. O dano é proporcional aos elementos capazes de estabelecer a verossimilitude do nexo causal.¹³

Nos casos de remoção de doente, em estado grave, por meio inapto, ocorrendo a morte do paciente no interregno da remoção, a responsabilização do hospital que autorizou a transferência é patente, pois ciente da gravidade do quadro apresentado pelo paciente jamais poderia permitir a remoção em condições precárias. Impõe-se concluir pela existência do nexo de causalidade.

Em posição diametralmente oposta ao que acima foi dito, o nexo de causalidade romper-se-á quando o nosocômio não aceitar a transferência e internação em suas dependências, de

um portador de tumor maligno em estágio avançado, por não possuir equipamentos necessários para a celebração da intervenção cirúrgica. Ausente a causalidade adequada a ensejar o dever de indenizar. O nexo de causalidade foi rompido, uma vez que, de conformidade com o diagnóstico, os médicos que atenderam ao moribundo concluíram que não havia chances de cura, tampouco de sobrevivência. Assim, as causas são independentes. O vínculo entre o comportamento do representante do hospital e o evento permite concluir, com base nas leis naturais, que a conduta não foi a causa da morte.

É prudente repetir que, quando da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, a relação causal que se institui entre a culpa do médico e o dano do doente não é natural e sim estritamente jurídica.

A reparação do dano sofrido deve ser integral, caso possível, pois o indivíduo lesionado tem o direito de ser ressarcido. O art. 944 do Código Civil determina que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O cerne do dispositivo é atribuir proteção ao lesado, com o intuito de retorno ao estado primário, ou seja, anterior à ocorrência do fato danoso.

Em sede de perda da chance de cura, o dano que exsurge é o de natureza moral, não obstante entendimentos divergentes, entendendo a presença do dano emergente – em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada – e do lucro cessante, apesar da impossibilidade de quantificar o dano material, ou de estabelecer a probabilidade de sua ocorrência.^{14 -15}

Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu uma importante modificação na célula principal do organismo do Direito Civil: a proteção à dignidade da pessoa humana tornou-se primazia. Assim, o Direito Civil deve voltar-se para a busca do instrumental que oferte possibilidade de almejar a reparação em sua totalidade da lesão sofrida. Todavia, a reparação pode não ser integral, dependendo da desproporção entre o grau de culpa do causador do dano e a lesão, conforme o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, adotando a teoria da gradação da culpa a incidir a quantia indenizatória. A gravidade da culpa não é a base da medida da indenização, e sim, o nexo de causalidade. A extensão da lesão deve ser inquirida a partir do nexo de causalidade.

No que se refere à quantificação, mensurar o dano moral com o fim de fixar a quantia pela chance perdida traduz-se em uma árdua tarefa, devendo o juiz quando da quantificação observar os seguintes parâmetros: a situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido

alcançada; a chance propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. A quantia da indenização deve ser menor do que o valor ajustado no caso de certeza concreta do dano. Não quer dizer que a condenação deva ser insignificante por tratar de uma chance frustrada.¹⁶

Na maioria dos casos a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento).

Todavia, MIGUEL KFOURI entende que:

Impõe-se, assim, a indenização pela perda da chance – teoria que vem ganhando corpo ante a conduta que se poderia exigir do profissional ou do hospital e que, muito embora pudesse não dar bons resultados, teria, todavia, o condão de dizer que todos os meios teriam sido empregados para evitar o mal. Nesse caso, a indenização é bastante minimizada, resultando em 20% a 30% do que seria devido em caso de morte.¹⁷

A fixação do valor da indenização por dano moral há de ser compatível com a lesão sofrida. A proteção da personalidade deve prevalecer, pois o lesado pleiteia uma mitigação da dor ocasionada e não um valor para a aflição propriamente dita.¹⁸

MARTINHO GARCEZ NETO, avaliando o dano e a fixação da condenação afirma que:

A solução, pois, que triunfou e ainda hoje permanece invulnerada na sua estrutura lógica e jurídica, é esta: far-se-ão tantas liquidações quantas forem necessárias para a avaliação do dano e fixação definitiva da condenação. Comprovada a existência do dano, ele não pode ficar irreparado. Cabe aos Tribunais, usando com prudência do arbítrio deferido aos Juízes no exame dos fatos e apreciação das provas, fixar um valor para a indenização que não representará nunca um enriquecimento injusto, mas também não permitirá o empobrecimento da vítima do ilícito.¹⁹

A análise da extensão do dano deverá abordar as condições pessoais do lesionado, tais como: a violação da dignidade da pessoa; a idade; a condição socioeconômica; se houve a afetação da saúde física e/ou mental; a compensação pelo dano sofrido – o exame da

possibilidade de sanar ou abrandar a moléstia na alma, além dos valores fundamentais relativos à sua personalidade que foram rompidos; a esfera de ação – investigação do reflexo do dano no ambiente social em que está integrado, se o dano se restringe ao âmbito familiar ou se repercute em um círculo que envolve um número maior de integrantes da coletividade.

É imprescindível a existência de critérios estáveis que ofertem ao Magistrado serenidade ao fixar o valor da indenização; a possibilidade de o litigante valorar a conveniência ou não de demandar; de ofertar credibilidade à coletividade no que se refere à confiabilidade no Poder Judiciário; além da evitação das aventuras jurídicas, que, infelizmente, acontecem de forma reiterada.

YUSSEF SAID CAHALI elenca fatos e circunstâncias que devem informar o convencimento judicial para a fixação do valor indenizatório no que se refere ao dano estético:

- 1^a) A natureza da lesão e a extensão do dano: Considera-se a natureza da lesão, a extensão do dano físico, como causador do sofrimento, da tristeza, da dor moral vivenciados pelo infortúnio; 2^a) Condições pessoais do ofendido: Consideram-se as condições pessoais do ofendido, antes e depois da ofensa à sua integridade corporal, tendo em vista as repercussões imediatas que a deformação lhe acarreta em suas novas condições de vida; 3^a) Condições pessoais do responsável: Devem ser consideradas as possibilidades econômicas do ofensor, no sentido de sua capacidade para o adimplemento da prestação a ser fixada; 4^a) Equidade, cautela e prudência: A indenização não deve ser tal que leve o ofensor à ruína nem tanto que leve o ofendido ao enriquecimento ilícito. A equidade, portanto, deve estar presente no espírito do julgador; 5^a) Gravidade da culpa; 6^a) Arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização: tratando-se de danos extrapatrimoniais, a indenização tem finalidade reparatória, à diferença do ressarcimento que ocorre no caso de danos patrimoniais.²⁰

Essas especificações deverão servir de objeto de individualização da decisão, de forma a espelhar a razoabilidade da indenização.

SILVIO RODRIGUES, analisando o poder ofertado ao Magistrado pelo legislador para a concessão ou não da indenização, bem como a graduação conforme a intensidade e a dor sofrida pelo lesado, afirma que, na verdade, tais poderes são dados ao Poder Judiciário, ante

a viabilidade da interposição de recursos com o fito de confirmar ou não o que foi decidido pelo juiz de primeiro grau.²¹

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em 1950, já afirmava que o elemento culpa não se faz necessário, de forma cabal, para evidenciar a responsabilização:

Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evoluiu para o sistema solidarista da reparação do dano.²²

A questão do tabelamento do dano moral, pelo legislador, causa inconvenientes, como a possibilidade de se estabelecer quantias irrisórias que não possuam o condão de reparar o dano sofrido, ou até mesmo estimular a realização de outros danos pelo causador do ato ilícito. O ideal se retrata na possibilidade de o julgador, no caso concreto, após a análise do fato e das provas, conferir uma quantia compatível ao caso que se apresenta, buscando tanto quanto possível a paz social e respeitando a dignidade da pessoa humana.

WESLEY DE OLIVEIRA LOUZADA BERNARDO assevera o seguinte:

Entendemos que o juiz estará muito mais apto a executar tal tarefa que o legislador. Este fixa normas de caráter genérico, regras de proceder que deverão ser observadas por todos, indistintamente; aquele as torna concretas, conforme a avaliação que faz de cada caso. Ora, no tema em estudo, o juiz tem acesso às provas dos autos, às questões objetivas e subjetivas que envolvem o caso concreto, podendo aplicar um juízo de valor mais adequado e que leve em conta não somente a norma infraconstitucional específica aplicável à espécie, no esquema clássico da subsunção, mas, também, e acima de tudo, os valores constitucionais.²³

O nexo de causalidade é nota essencial para o nascimento do dever de indenizar. Os danos oriundos necessariamente do ato ilícito são indenizáveis. As diversas conseqüências do ato ilícito, desde que advindas da conduta ilícita, fazem surgir a responsabilidade do causador do dano.

No que concerne à perda da chance, esta deve ser real, e não simples expectativa. Faz-se necessária a demonstração da existência de uma lesão final, sendo que a quantificação do prejuízo depende do estágio de possibilidade de que a chance perdida se efetuará. O *quantum* estará atrelado à estimativa do dano consequente à perda. No campo médico, a perda da chance de cura abala a causalidade. Esse nexos causal mitigado gera indenização diminuta, ligado à percentagem da chance perdida.

Segundo MIGUEL KFOURI NETO:

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato medido – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.²⁴

A perda da chance de cura provoca um dano pessoal. É claro que não haverá indenização da álea, e, sim, do prejuízo sofrido em razão do serviço não prestado de forma eficiente. O juiz apreciará, no caso apresentado, a chance desperdiçada. O *quantum* deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, já que não ocorreu o erro médico tradicional que gera indenização integral, no campo patrimonial e moral.

Nos casos em que se faz dificultosa a comprovação do nexos de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de um resultado favorável no tratamento.

É cediço que comprovar, cabalmente, o nexos de causalidade, no que se refere à teoria da perda da chance de cura é dificultoso, por isso a necessidade de amenizar a comprovação da causa da lesão.

Contudo, não é uma falha qualquer que deflagra a obrigação de reparar o dano. Deverá tratar-se de um atuar negligente, pois se assim não se visualizar, será impraticável o agir do profissional de medicina, já que o médico lida com o corpo e com a mente humana, que compõem um círculo frágil, tendo em vista os segredos não revelados pelo próprio corpo do homem. Cabe à ciência se sentir à vontade para labutar nas pesquisas que buscam a cura de diversas doenças, desde que os agentes atuem com diligência e prudência, observando o dever de cuidado. A vida humana não tem equivalente. Acima de qualquer valor, tem

dignidade. Por tal razão, é indispensável que as novas exigências de regulamentação da vida social tenham a tutela das normas jurídicas, no sentido de evitar que o homem se rebele, num último estertor, contra a opressão e a arbitrariedade. O direito à proteção da saúde humana não pode ser somente à aplicação correta do ordenamento jurídico, sem que se considere seu fundamento ético, individual e social, com vistas a alcançar o pleno reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de sua participação numa sociedade mais homogênea e mais justa em igualdade e liberdade.

O Direito brasileiro abraça o princípio da boa-fé objetiva, como essência de todo o regramento jurídico. Isso representa que não basta a intenção subjetiva, a intenção romântica, é necessário fiscalizar e limitar o dever de agir, evitando abuso no exercício de um direito, em prol de uma sociedade solidária.

Na medicina, o princípio espelha a necessidade de atualização técnica profissional diuturnamente, atentando para o progresso da Ciência Médica, além do dever de desempenho adequado à técnica exigida para o exercício profissional, em benefício do doente. A ausência de observância desse princípio pode provocar a responsabilidade médica pela perda da chance de cura e sobrevivência.

Ao final, o que a coletividade almeja é a proteção à pessoa humana e a preservação da espécie pelos próximos milênios.

3. Iatrogenia e a perda da chance de cura

Segundo RUI STOCO, “a expressão iatrogenia – iatro + geno + ia – significa a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer espécie”.²⁵

A iatrogenia é um fenômeno que não retrata um erro médico, pois o atuar errôneo advém de ausência do dever de cuidado, de um agir evitado de negligência ou imprudência. A iatrogenia encontra-se em um patamar diferenciado do da responsabilização, por se tratar de uma perturbação imprevisível e repentina,

A linha que separa a iatrogenia da responsabilidade civil não é tênue, pois a primeira exclui a responsabilização, por traduzir um atuar médico correto, de conformidade com as regras e princípios sugeridos pela Ciência Médica.

A Medicina trata da saúde dos seres humanos, que possuem constituições distintas. Dessa forma, quando o homem necessita de tratamento médico, com exceção dos que não usufruem de sua capacidade mental plena, possui consciência de que o profissional irá atuar da melhor forma possível para trazer a saúde de volta, já que se trata de uma obrigação de meio. Há situações em que a falha acontece, não obstante o devido cuidado com o doente. Neste caso, estará presente a iatrogenia, como causa excludente da responsabilidade, que, segundo a teoria do infortúnio, rompe o nexo de causalidade. Exemplo de iatrogenia é o caso de uma amputação de perna em razão de o paciente ser portador de diabetes. É uma lesão iatrogênica, tendo em vista o agir diligente do médico, com o intuito de salvaguardar a vida do doente.²⁶ O bem maior é preservado – a vida –, em detrimento de um bem menor – a perda de um membro.

O julgador há de ter atenção redobrada no julgamento da causa que verse sobre responsabilidade médica, para não incorrer em injustiça. Deverá identificar a presença da iatrogenia ou da responsabilidade. A iatropatogenia afasta o nexo causal. Em sentido diametralmente oposto, o profissional que agiu negligentemente pode alegar lesão iatrogênica para se livrar da condenação. Há de se ter cuidado ao julgar determinados casos médicos.

Felizmente, na atualidade, os cientistas descobriram medicamentos, tratamentos, bem como a utilização de equipamentos e instrumentos eficazes para a cura de diversas doenças. Todavia, há muitos procedimentos que causam lesão ao doente, mas necessitam de ser realizados para minorar a dor, o sofrimento, trazendo um mínimo de alegria ao paciente, que, por muitas vezes, se encontra na condição de moribundo. É o caso da quimioterapia para tratamento oncológico.

Em situações tais, o profissional que causar sequelas ao enfermo, não pode ser acusado de cometer erro médico, ao contrário, ante os cuidados ofertados, percebe-se a presença da lesão iatrogênica.²⁷

Cumpra dizer que o corpo humano reage, às vezes, ao tratamento médico ou até mesmo a uma intervenção cirúrgica de maneira imprevisível e inesperada, causando assombro aos mais abalizados cientistas, não obstante o avanço da ciência nos tempos modernos. Desta maneira, o tratamento de um doente pode deflagrar o surgimento de outras enfermidades ou abnormidade na saúde do paciente, sem que se possa responsabilizar o profissional, pois resta evidenciada a chamada iatrogenia.

A indenização pela perda de uma chance implica a interrupção do curso normal de um determinado fato pela ocorrência de uma atividade danosa, como, em razão da negligência no tratamento psiquiátrico ensejador da demência. Nesse caso, o ato danoso não se repercute sobre uma vantagem futura, mas sobre uma situação já existente e pertencente à pessoa, não podendo restar incertezas sobre a efetiva verificação da lesão. A prova da má atuação do médico há de espelhar um dano jurídico passível de indenização.

A aplicação da teoria da perda da chance encontra limites, uma vez que, não é qualquer possibilidade perdida que forçará o agente a ressarcir o dano. Simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização.

Dessa maneira, no que se refere à responsabilidade médica, a perda da chance de cura não possui consonância com a iatrogenia.

A lesão deixada pela perda de uma chance advém de um empenho insuficiente do médico, diferentemente da iatrogenia, que provém de um atuar preciso do médico, todavia, gerador de um dano, por ser medida imprevisível para salvar a vida humana.

- 1 DÍAZ, Júlio Alberto. **Do Dogma da Causalidade à Causalidade Suposta: a Responsabilidade Coletiva**. 1995. 187 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de Minas Gerais, Minas Gerais, 1995, p. 19.
- 2 MORAES, Irany Novah Moraes. **Erro Médico e a Lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 239.

- 3 HALPERN, Maître Celine. *Guide Juridique et Pratique de la Responsabilité Médicale*. Paris: De Vecchi, 2002, p. 61.
- 4 XAVIER, Henry; TISSERAND, Alice; VENANDET, Guy. *Code Civil: textes, jurisprudence, annotations*. Quatre-vingt-diux-neuvième edition. Paris: Dalloz, 2000, p. 1009-1011.
- 5 ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible: Actos Ilícitos*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952, p. 99-100.
- 6 “Art. 1169 do Código Civil. O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder penalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.”
- 7 *L'article 32 du Code de déontologie médicale dispose que “le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science en faisant appel s'il y a lieu à l'aide de tiers compétents.”* (HALPERN, Maître Céline. Op. cit. p. 58.)
- 8 “A indicação do emprego da perda da chance como critério no caso das leis de validação reside na constância da fórmula que utiliza o Conselho de Estado desde a sua decisão da Assembleia Lacombe de 1º de dezembro de 1961. Ela consiste em que ‘se na ausência de uma disposição expressa da lei de validação ou de uma indicação precisa dos trabalhos preparatórios deste texto, negando qualquer direito à reparação (aos interessados) [...] privados por causa das disposições dessa lei das possibilidades (de apresentação em um concurso ou de integração) sobre as quais eles podiam contar, a responsabilidade do Estado é em princípio suscetível de estar compromissada com o fundamento do princípio de igualdade perante os encargos públicos (a pessoa em questão) não pode, entretanto, reclamar uma indenização do Estado [...] desse chefe desde que não resulte da instrução que (ela), (quando não tinha nenhum direito – mas somente vocação – por apresentação ou integração) (na data da regulamentação objeto da validação), tenha naquela data reunido chances suficientemente sérias de ser (admitida, integrada) para que a intervenção da lei de validação possa ser vista como lhe havendo causar um prejuízo certo’. Uma tal estabilidade é bem o sinal de que a perda da chance, no contencioso da Função Pública tem um papel efetivo e indissociável de instrumento de medida, o de critério ou ainda de índice referencial. Em resumo, ela é uma noção-pivot.” (SALLET, Frédérique. *La Perte de la Chance dans la Jurisprudence Administrative Relative à la Responsabilité de la Puissance Publique*. Paris: L.G.D.J: Université Panthéon-Assas, 1994. p. 23.)
- 9 BELANDRIA, José Juan Rivas. *La Relación de Causalidad en la Calificación del Delito*. Mérida – Venezuela: *Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*, 1959. p. 67
- 10 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA disserta sobre a doutrina da causalidade adequada afirmando: “Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes

do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido”. (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. 9. ed. rev. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79.)

- 11 “A) *No es suficiente un nexo causal cualquiera, incluso anormal e imprevisible, entre el daño sufrido por una parte y el hecho lesivo que se pretende referir a la otra. Es necesario que el nexo causal presente el carácter de adecuación, univocidad y de inmediación que la ley exige para anudar una responsabilidad al acontecimiento lesivo; B) Tampoco puede permitirse una referencia a la otra parte si, junto a la univocidad del nexo causal no se tiene presente la exigencia de calificar el hecho lesivo como ilícito en relación con el interés lesionado. El hecho de la imposición de un gravamen, que en la hipótesis normal de culpa (artículo 2.043) toma la denominación técnica de imputabilidad, no se agota en la comprobación o en la constatación de una pura causalidad física y psíquica sino que proviene de una valoración social y jurídica de los intereses en juego: Se sigue de esto la inescindibilidad del juicio sobre el carácter inmediato y directo del nexo causal del juicio acerca del carácter ilícito del hecho lesivo, es decir, sobre el daño, la ‘injuria’ que eso representa para quién resulta lesionado en un interés propio protegido por el derecho. A la exigencia ineluctable de la calificación de ilicitud responde la fórmula que anuda la responsabilidad aquiliana no ya a todo y cualquier daño causado a otro sino únicamente al ‘daño injusto’ (artículo 2.043). Esta calificación proporciona al intérprete de la ley un criterio de correlación entre la protección jurídica del interés lesionado y el deber de conservación y de respeto que incumbe a la otra persona cuya actividad es tal que pone en peligro aquel interés”.* (BETTI, EMÍLIO. **Teoría General de las Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. Tomo II. p. 175-176.)

- 12 GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da Responsabilidade Civil**. 3. Eed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 29.

- 13 “*Relación de causalidad y daño. En sistemas como el argentino, que no tienen previsiones normativas expresas en materia de daños causados a consumidores por productos de consumo y por servicios, deben aplicarse los principios generales que regulan estos dos presupuestos de la responsabilidad civil.*

Corresponde al consumidor o usuario afectado, que pretende la reparación del perjuicio, acreditar la existência de un vicio o defecto en el servicio, el daño y proporcionar los elementos capaces de establecer la verosimilitud del nexo causal.

Probados dichos extremos queda establecida la responsabilidad del prestador si no acredita una circunstancia eximente idónea, conforme lo analizaremos más adelante.

En lo que respecta al daño indemnizable de lege data, son aplicables las normas del generales del código civil. (PIZARRO, Ramon Daniel. *Aspectos Generales de la Responsabilidad Civil en la Prestación de Servicios a Usuarios*. **Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, p. 322-352, mar. 1988. p. 336**)

- 14 Para SÉRGIO NOVAIS DIAS, o dano é uma espécie de lucro cessante: “[...] Na situação da perda de uma chance, os danos materiais emergentes têm sua certeza equiparada à certeza dos lucros cessantes, ou seja, à certeza baseada na probabilidade”. (DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999. p. 95)
- 15 Para SÉRGIO CAVALIERI, o dano também é uma espécie de lucro cessante: “O cuidado que o Juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. Ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.)
- 16 “O exemplo mais característico é do talentoso violinista, ganhador de vários prêmios quando ainda adolescente e que se lhe entremostra uma carreira promissora. Essa carreira, porém, é frustrada por um acidente que lhe rompe tendões do braço direito, causando paralisia do membro. O jovem virtuoso não mais poderá tocar o violino. Por todo o passado na vida do músico antes do acidente, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que se não houvesse o acidente, ele seria um grande músico. A perda da chance gerou menoscabo em decorrência da frustração da carreira.[...] (SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.)
- 17 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.
- 18 “É bem verdade ser impossível de se avaliar precisamente o preço da dor – qualquer dor. Mas, daí, afirmar-se que aquele que causou a dor não deva ser compelido a ressarcir materialmente o ofendido por ela é um contra-senso. De algum modo, o agressor, necessariamente, haverá de propiciar à sua vítima uma satisfação tão grande, na medida do possível, quanto a dor que motivou. É certo que o contrabalançar monetário pode realizar isso. Afinal, aquele que tira à vida do filho de outrem, causando-lhe tristeza profunda, pode, através de indenização, patrocinar os estudos de filho remanescente, compensando aos pais a dor com imensa exultação. Do mesmo modo, aquele que dá causa à perda de um membro do corpo de alguém, à lesão corporal, a doença venérea, à doença laboral, à injúria, à calúnia, à prisão indevida ou a um dano moral qualquer”. (CENCI, José Eduardo Callegari. **Considerações sobre o Dano Moral e a sua Reparação**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, n. 683, p. 45-48, set. 1992, p. 47.)
- 19 NETO, Martinho Garcez. **Prática da Responsabilidade Civil**. 3. Ed. rev., aum. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 26.
- 20 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual., conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277-280.
- 21 “Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima. Isso nos conduz à derradeira objeção, ou seja, a do excessivo arbítrio concedido

ao juiz. Não são poucos os que proclamam ser tão melhor a lei quanto menor poder conceder ela ao juiz; com efeito, abrir largas portas ao julgador, para lançar mão da regra que ele editaria se fosse legislador, é, ao ver de muitos, de grande inconveniência. Ora, tal conselho nem sempre pode ser seguido, pois em numerosíssimas hipóteses a regra de direito de reveste de grande flexibilidade. Ademais, quando o legislador confere ao juiz poderes para fixar moderadamente uma indenização por dano moral, não está ele conferindo a um homem o poder de fixar tal indenização; em rigor, está conferindo ao Poder Judiciário aquela prerrogativa, pois a decisão do juiz singular será examinada pelas instâncias superiores e se aquela vier a ser confirmada pela apelação, embargos e recurso extraordinário, tal decisão decerto representará o sentir de toda uma elite intelectual, representada pelo referido Poder Judiciário. Não me assusta o argumento do excessivo poder concedido pelo legislador ao juiz”. (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 19. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 192.)

- 22 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. 1, p. 25.
- 23 BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 136.
- 24 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.
- 25 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 566.
- 26 COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35.
- 27 JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO destaca que: “A medicina moderna, ao conceituar a iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seus pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica”. (CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 7-8).