



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE SOB A ÓTICA
DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Ana Claudia Amorim Wolf Cavalcanti

Rio de Janeiro
2023

ANA CLAUDIA AMORIM WOLF CAVALCANTI

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE SOB A ÓTICA
DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Nelson Carlos Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2023

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Ana Claudia Amorim Wolf Cavalcanti

Graduada em Comunicação Social pela Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Servidora Pública Federal.

Resumo – a responsabilidade civil médica é um tema bastante em voga no Poder Judiciário brasileiro, uma vez que o Estado é o garantidor do bem-estar de toda a população. Quando se fala em perda de uma chance médica pela cura ou por um tratamento capaz de evitar um dano maior a um enfermo, discute-se o papel da conduta médica para que seja aplicada ou afastada uma possível responsabilização civil. Nesse sentido, o presente artigo busca entender o papel do magistrado diante da análise de uma possível compensação pelos danos sofridos a um paciente frente a um caso concreto, já que não se trata de um tabelamento de valores a título de responsabilização civil, mas sim de vidas a serem protegidas.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil Médica. Responsabilidade Civil Médico - Hospitalar. Obrigação de meio ou de resultado. Perda de uma Chance.

Sumário – Introdução. 1. As diferentes espécies de obrigações da responsabilidade civil médica e suas consequências jurídicas. 2. A responsabilidade hospitalar nos danos causados aos pacientes no interior do nosocômio. 3. A teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência valorada pelo Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance da cura sob a ótica da responsabilidade civil médica.

Discute-se o papel do Poder Judiciário quando da ocorrência de alguma conduta médica equivocada que ocasione a perda da possibilidade de cura ou sobrevivência de um paciente, em razão de uma possível ausência de cuidado na elaboração de tratamentos e diagnósticos. Há uma linha tênue na quantificação do dano indenizável.

Tema presente no cotidiano, a responsabilidade civil tem por objetivo a responsabilização de agentes causadores de um dano, através de uma compensação pecuniária, além de penalizar aquele que praticou o ato, para que não venha a incidir novamente no erro.

Dessa forma, na seara médica não poderia ser diferente. É preciso apurar em cada caso apresentado se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico dispõe, era ou não possível chegar a um diagnóstico correto, conclusivo, ou a um tratamento satisfatório,

resultado, esse, não alcançado pelos pressupostos da culpa, quais sejam: negligência, imprudência injustificável ou imperícia.

O tema se mostra bastante relevante, haja vista o crescente aumento do número de demandas jurídicas ajuizadas por pacientes contra médicos, clínicas e hospitais, principalmente depois da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), no qual o médico passou a ser considerado como um “prestador de serviços” e o paciente como “consumidor”, agindo da maneira mais adequada ao caso apresentado.

Sendo uma sociedade de consumo, as relações inevitavelmente sofreram alterações. Assim, passou-se a uma alteração de nomenclatura de usuário e prestador de serviços.

Assim, a extensão do dano moral causado por uma conduta médica falha tem sido um fenômeno bastante discutido no âmbito do Poder Judiciário, uma vez que abarca dois ramos importantes do Direito, o Direito Civil e o Direito do Consumidor, além de princípios constitucionais fundamentais, como o da saúde e o da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho realça a necessidade de cautela exigida pelo Poder Judiciário frente a questões que envolvam uma possível responsabilização civil médica, em virtude da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, ou seja, a exigência da comprovação do nexo de causalidade entre o diagnóstico médico e a conduta adotada, a fim de valorar uma íntegra indenização a um determinado paciente.

No primeiro capítulo é feita uma abordagem objetivando analisar se as espécies de natureza jurídica da responsabilidade civil médica são iguais a todos os profissionais dessa categoria, de acordo com os princípios elencados no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando se é possível identificar, com fundamentos jurídicos sólidos, hipóteses de responsabilização dos estabelecimentos hospitalares quando estes causarem danos aos pacientes, seja por ação, seja por omissão de seus empregados, prepostos, médicos ou estranhos ao quadro, que prestam atendimento inadequado aos pacientes, causando-lhes danos que são passíveis de reparação.

O terceiro capítulo pesquisa quais as balizas que o Poder Judiciário deve seguir, a fim de que seja valorada uma indenização “justa” a um paciente, quando ocorrer uma conduta médica capaz de ser responsabilizada civilmente sob a ótica da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

Embora seja indiscutível que a evolução do conhecimento seja um processo contínuo, faz-se necessário definir um panorama calcado em dados sólidos e capazes de embasar o conteúdo apresentado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico, porque se pretende explicar os conceitos doutrinários a respeito do tema, apontando definições e posicionamentos a fim de cimentar a obra.

Quanto à abordagem, a pesquisa é qualitativa, sendo feito um aprofundamento no contexto estudado e uma perspectiva interpretativa desses possíveis dados para a realidade. Para obter a finalidade desejada pelo estudo, é empregado o método dedutivo, através de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, nas quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. AS DIFERENTES ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Tema presente no cotidiano, a responsabilidade civil tem por objetivo a responsabilização de agentes causadores de um dano, através de uma compensação pecuniária, além de penalizar aquele que praticou o ato, para que não venha a incidir novamente no erro. Assim, o que gera a responsabilização civil é justamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violado pelo dano.

Tanto na doutrina¹ quanto na jurisprudência², muito se fala a respeito das responsabilidades subjetiva e objetiva. Estabelecer uma diferenciação entre esses tipos de responsabilidade é de suma importância quando se pretende pleitear uma indenização de danos morais ou materiais, já que o elemento fundamental é caracterizado como uma conduta voluntária que viola um dever jurídico.

Apesar de o erro ocorrer em todas as profissões, o médico lida com a vida humana. Atua, em casos, muitas vezes, imprevisíveis, tornando o seu erro mais problemático. Como é um ser humano atuando em prol de salvar vidas, não pode comprimir sua atividade dentro de dogmas intratáveis.

A expectativa criada na atuação do médico causa um inchaço do Poder Judiciário no ajuizamento de ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar.

¹GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2023, p.8.

²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1698726/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jjurisprudencia/stj/1228011018>>. Acesso em: 17 set. 2023.

Diante da desenfreada atual sociedade de consumo, fez-se a necessidade de disciplinar a responsabilidade destes profissionais através do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º³, o qual aduz que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”. Elenca este parágrafo que a responsabilidade civil do profissional liberal é de natureza subjetiva.

Por se tratar de responsabilidade contratual, importa saber se esta obrigação é de meio ou de resultado, uma vez que depende do resultado a ser exigido pelo paciente, como no caso das cirurgias embelezadoras, que correspondem a uma obrigação de resultado.⁴

A obrigação de meio é aquela que exige apenas determinado comportamento do médico, não importando se foi ou não alcançado o resultado esperado pelo paciente, pois a forma de responsabilização é mediante culpa. Assim, o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão, pois a medicina possui inúmeras limitações, e a obrigação assumida pelo médico é proporcionar ao paciente todo o cuidado.⁵

Na obrigação de resultado, pontua ser aquela que exige do médico o alcance do resultado pretendido pelo paciente, respondendo pelo risco de sua atividade. A teoria do resultado é aplicada, via de regra, nas relações contratuais entre particulares, profissionais e prestadores de serviços.⁶

Assim, o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, não devendo agir com imprudência, negligência ou imperícia.

O primeiro elemento é caracterizado como o agir sem cautela, com descuido. Já o segundo, reflete em uma desídia médica, em uma falta de cuidado com o paciente. Por fim, o terceiro elemento da culpa é definido como o atuar de forma incompetente, sem a devida habilidade da profissão.⁷

³BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.

⁴STECKER, Débora Bafuri. *A responsabilidade civil do médico por danos causados em cirurgias estéticas*. 2013. 11 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, 2013.

⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil*. V.2. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020, p 589.

⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. V. 4. 15 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 290.

⁷CARBONI, Rosadélia Malheiros; NOGUEIRA, Valnice de Oliveira; REPPETTO, Maria Angela. *Erros no exercício da enfermagem que caracterizam imperícia, imprudência e negligência: uma revisão bibliográfica*. Disponível em: <https://repen.com.br/revista/wp-content/uploads/2018/12/REPEEn_2018_v29n1-2-3_a10.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023.

Embora a prova do nexo causal do ilícito caiba ao paciente ou à vítima, o ônus probatório cabe a quem a alega, quem possui melhores condições de fornecer as provas necessárias à instrução processual, que é o médico. Este possui acesso irrestrito ao prontuário, aos exames do paciente, além de deter razoável conhecimento técnico. O prontuário médico está previsto como objeto da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.638/2002⁸, sendo um documento descritivo e obrigatório a fim de documentar a atuação de cada profissional.

Dentro, ainda, do conteúdo probatório, é imperiosa a necessidade de manter qualquer paciente informado de todos os procedimentos a serem seguidos, sendo um ponto muito discutido quando se está diante de uma obrigação de resultado, com fins estéticos. O médico deve tomar cuidados e precauções a fim de se resguardar de eventuais erros que surjam durante um procedimento ou tratamento. Para isso, deve obter o consentimento prévio e expresso do paciente, devendo este, o paciente, se manifestar de forma livre e clara. Caso um paciente esteja sob um iminente perigo de vida, deve o médico obter o consentimento dos parentes mais próximos.

O dever de informar é considerado como um direito básico do consumidor e está previsto no art. 6º, inciso VII do CDC⁹, cabendo ao médico a inversão do ônus da prova, uma vez que se trata de relação de consumo. Destaca-se que a informação deve ser a mais clara possível, sendo vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”, conforme também dispõe o artigo 34 do Código de Ética Médico (Resolução CFM n. 2.217/2018)¹⁰.

O dever de informar também está previsto na CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso XIV¹¹, sendo assegurados a todos o acesso à informação e o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”.

Portanto, deixar de informar o paciente sobre o tratamento ou o procedimento, constitui negligência profissional, devendo responder civilmente de forma subjetiva, conforme ementa do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹² a seguir exposta:

⁸BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.638/2002*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2002/1638_2002.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 8.

¹¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.

¹²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC n. 0234880-02.2018.8.19.0001*. Relator:

APELAÇÃO CÍVEL. ATENDIMENTO MÉDICO. MÉDICA QUE NÃO COMPARECE PARA REALIZAR PARTO ELETIVO. PLANO DE SAÚDE E RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PLEITO AUTURAL, CONDENANDO SOLIDARIAMENTE TODOS OS RÉUS AO PAGAMENTO DE R\$15.000,00 A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL. APELO INTERPOSTO PELA AUTORA E PELOS TRÊS RÉUS. RESPONSABILIDADE DA PROFISSIONAL MÉDICA QUE É SUBJETIVA. (...) MÉDICA QUE REALIZOU TODO O PRÉ-NATAL DA AUTORA, MARCANDO O PARTO SEM LHE INFORMAR QUE ESTE PODERIA SE REALIZAR POR QUALQUER OUTRO OBSTRETA. QUEBRA DO DEVER DE CONFIANÇA.

Verifica-se a ocorrência de inúmeros julgados no mesmo sentido, condenando um médico pela falta do dever de informar, conforme ementa a seguir do Superior Tribunal de Justiça¹³:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

É preciso apurar em cada caso apresentado se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico dispõe, é ou não possível chegar a um diagnóstico correto, conclusivo, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não alcançado pelos pressupostos da culpa, quais sejam: negligência, imprudência injustificável ou imperícia.

Assim, possibilidade da álea da atividade médica no tratamento ou no diagnóstico de um paciente, diante do elemento culpa, é um dos grandes desafios enfrentados pelo Poder Judiciário.

2. A RESPONSABILIDADE HOSPITALAR NOS DANOS CAUSADOS AOS PACIENTES NO INTERIOR DO NOSOCÔMIO

Muito se discute sobre a responsabilidade civil hospitalar mediante a condicional da presença ou não de vínculo empregatício com o hospital. Sabe-se que o médico assume a

Desembargador André Luiz Cidra. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1848862 RN 2018/0268921-9*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1455143407>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial. Mais do que em outras profissões, há inúmeros sobressaltos e aflições perante a possibilidade de cometer erro em face de eventuais insucessos. O médico deve saber utilizar hoje a melhor técnica, recomendar os melhores tratamentos e os medicamentos presentes no mercado.

Conforme ilustrado por Miguel Kfoury Neto, em sua obra “Responsabilidade Civil dos Hospitais”¹⁴, deve-se identificar a origem do dano causado, podendo se dar pela atuação do profissional, pela hospitalização ou pelo setor de enfermagem. Para ele, se o estabelecimento somente acolheu o paciente, não haveria responsabilidade solidária. Em contrapartida, se durante a permanência do doente no hospital, sobrevém algum dano causado por preposto do nosocômio, atribui-se a responsabilidade objetiva amparada no CDC.

Para o mesmo autor citado acima¹⁵, além dos cuidados comuns, o hospital deve adotar todas as medidas para assegurar a integridade física dos doentes, evitando qualquer acidente que possa acarretar dano físico ao enfermo.

É pacífico o entendimento que a prestação de serviço defeituosa dos serviços extramédicos, como queimaduras e alimentos deteriorados, é de responsabilidade exclusiva da entidade hospitalar. São enquadrados como falha na prestação de serviço e estão regidos sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Foi o hospital responsabilizado pela aplicação equivocada de injeção por parte de auxiliar hospitalar numa criança, conforme julgado do STJ nesse sentido¹⁶.

Porém, discute-se a relação entre o profissional e o estabelecimento hospitalar.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, caso o médico tenha vínculo empregatício¹⁸ com o hospital, integrando a equipe médica, o hospital responde de forma objetiva como prestadora de serviços, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁹

Em contrapartida, caso o médico se utilize do hospital apenas para internar os pacientes, há controvérsia doutrinária a respeito da responsabilidade do hospital. Para Pablo

¹⁴KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 134.

¹⁵*Ibidem*, p. 44.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 1167466 SP 2017/0228772-0*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859667023>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Responsabilidade Civil. V. 4. 18 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n. 1761544 SP 2020/0242283-8*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1207719530>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

¹⁹BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁰, haveria responsabilização objetiva da entidade hospitalar, ainda que o profissional utilize eventualmente a estrutura física e logística do hospital. Em sentido contrário, Carlos Roberto Gonçalves defende²¹ se o profissional se utiliza apenas do hospital para internar os pacientes particulares, restaria afastada a responsabilidade da entidade hospitalar, sendo punível apenas o médico.

Segundo o STJ²², quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional; nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do Código Civil)²³, sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)²⁴.

Leciona ainda Carlos Roberto Gonçalves²⁵ que os laboratórios de análises clínicas, os bancos de sangue e os centros de exames radiológicos também se sujeitam à responsabilidade objetiva e de resultado.

A jurisprudência do Estado do RJ, em sede de apelação²⁶, confirma o entendimento nesse sentido à luz da teoria do risco do empreendimento. Assim, o estabelecimento que se dispuser a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes dos seus negócios, independentemente de sua culpa, já que a responsabilidade decorre da atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços. Para Venosa²⁷, não há dúvida em aplicar a teoria do risco para os estabelecimentos hospitalares, clínicas e assemelhadas, já que se colocam como fornecedores de serviços.

Na prática, o que se percebe frequentemente é a inserção do hospital no polo passivo da demanda, que, por sua vez, denuncia à lide (art. 125 do CPC)²⁸ o médico, seu preposto,

²⁰GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 3. 21 ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 289.

²¹GONÇALVES, *op. cit.*, p. 296.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1832371 MG 2019/0239132-8*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1240172903>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²³BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁴BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

²⁵GONÇALVES, *op. cit.*, p. 295.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 0013829-47.2013.8.19.0209*. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tjrj/1300374945>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁷VENOSA, *op. cit.*, p. 590.

²⁸BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

para exercer eventual direito de regresso, caso seja condenado. Ocorre que a doutrina majoritária, conforme leciona Kfoury²⁹, se posiciona pela inadmissibilidade dessa intervenção de terceiro, em razão de se tratar de relação de consumo, já que comprometeria a prestação efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional. Além disso, o art. 88 do CDC³⁰ é claro ao vedar a denunciação à lide nas relações de consumo.

Assim, conclui-se que a responsabilidade hospitalar tomou novo enfoque a partir da vigência do Código Consumerista, permitindo que o paciente possa ser ressarcido por eventuais danos suportados pela utilização dos serviços médicos e hospitalares, fato este que traz a necessidade de se analisar as relações jurídicas mantidas pelo profissional da medicina nas mais diversas espécies com o hospital. Resta ao magistrado investigar se há algum tipo de subordinação entre o médico e o hospital e se há alguma manipulação no sentido de mascarar tal relação.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA VALORADA PELO PODER JUDICIÁRIO

A teoria da perda de uma chance tem sua origem na França, por volta da década de 1960, e está calcada na possibilidade de indenização a fim de que seja evitado um prejuízo em razão da prática de um dano injusto.³¹

Destaca-se que para que seja declarada a perda de uma chance, faz-se necessário definir duas características principais da chance perdida: razoabilidade e presunção da causalidade, sendo esta última uma elastização da teoria da causalidade.

A teoria da perda de uma chance de cura pode ser definida como uma espécie da teoria da perda de uma chance. Para aquela teoria, que também teve origem na França, sendo aplicada em 1965, a chance se caracteriza como uma possibilidade real de cura de um paciente que venha a ser diagnosticado de forma equivocada por causa de um erro médico. Assim, a teoria da perda de uma chance se mostra sob um duplo aspecto, podendo se caracterizar como um dever de indenização, em razão de uma expectativa que restou frustrada de conseguir alguma vantagem caso o ilícito não tivesse ocorrido, precisando ser séria e verdadeira a possibilidade de êxito (perda da chance clássica). O outro viés aborda uma

²⁹KFOURI NETO, *op. cit.*, p. 48.

³⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

³¹SILVA, Francisca Ferreira da. *A aplicação da teoria da perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça*. 2019. 30 f. Artigo científico (Graduação em Direito) - Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2019.

pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada de forma eficaz, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).³²

Conforme o Enunciado n. 444 da V Jornada de Direito Civil:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.³³

Exemplo comumente visto na jurisprudência³⁴ é o do profissional médico que não diagnostica um câncer no seu paciente, e este 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 na eliminação das possibilidades de sobrevivência do doente.

O erro de diagnóstico, que pode resultar em um tratamento inadequado ao paciente, é uma das causas da teoria da perda de uma chance de cura. Destaca-se que há uma linha muito tênue entre o nexo de causalidade da conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Para Carlos Roberto Gonçalves³⁵, o erro de diagnóstico não é capaz de gerar responsabilidade médica, em virtude do avanço médico-tecnológico capaz de embasar uma decisão médica no controle de uma doença. Para ele, não poderia um médico alegar em sua defesa uma excludente de responsabilidade com base na falta de exames realizados. Haveria sim capacidade de refutar qualquer responsabilização médica caso fosse escusável o estado da ciência da medicina e não ocorressem danos a pacientes.

O agente estatal não responde pelo resultado (morte) para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente (relação hospital-paciente), resultando dessa relação o nexo causal; não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, no caso dos autos) foi tolhido da vítima, avaliando-se circunstâncias relativas ao afastamento da chance: a simples chance (de cura ou de sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente independente a ser protegido, pelo que sua privação

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1677083-SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/523916234>>. Acesso em: 4 set. 2023.

³³BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 444*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 01 set. 2023.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n. 0009922-47.2014.8.16.0004*. Relator: Desembargador Antonio Renato Strapasson. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/1343415060>>. Acesso em: 4 set. 2023.

³⁵GONÇALVES, *op. cit.*, p.289.

indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. Repara-se a chance, e não o dano final.

Diante da necessidade de trazer aos autos a comprovação do nexos causal de uma possível doença ou até mesmo de um tratamento que seja eficaz, cresce na jurisprudência o número de julgados para que seja aplicada a teoria da perda de uma chance de cura. Assim, o Poder Judiciário se vê diante de um quadro de análise subjetiva, se dando de forma casuística, uma vez que há a necessidade de se avaliar todas as possibilidades enfrentadas pelos médicos na cura ou no tratamento adequado a um paciente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em recente voto da Des. Maria Luiza de Freitas Carvalho (Apelação Cível n. 0001319-97.2017.8.19.0035)³⁶, julgou procedente o pedido do autor, em uma ação indenizatória fundada em alegada falha na prestação de atendimento médico ministrado em nosocômio público à autora, que se encontrava na 26ª semana de gestação gemelar, cuja demora na identificação do trabalho de parto prematuro e do tratamento adequado teria acarretado o óbito dos recém-nascidos, ocorrido em outro hospital. Vê-se que o julgador se socorreu em um laudo pericial capaz de analisar uma possível perda de uma chance de vida.

A jurisprudência³⁷ é firme no entendimento de que, para que possa haver uma indenização, faz-se necessária a probabilidade da chance de cura, afastando uma simples possibilidade. É essencial existirem critérios estáveis que deem ao juiz serenidade ao fixar o valor da indenização.

Diante desse cenário, uma “barreira” que se apresentaria à judicialização da saúde seria, entre outras, a quebra de isonomia gerada no tratamento dado àqueles que buscam o Poder Judiciário – e assim têm concretizados direitos sociais – e aqueles que não buscam – e não veem concretizados esses direitos que deveriam ser garantidos constitucionalmente a todos, sem distinção - especialmente diante do fato de que a desigualdade de acesso ao Poder Judiciário é também um problema que ainda não foi superado.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial n. 1.662.338³⁸, a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, especialmente quando

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 0001319-97.2017.8.19.0035*. Relatora: Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1936653891>>. Acesso em: 4 set. 2023.

³⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1929450 – SP*. Relator: Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1674055721>>. Acesso em: 5 set. 2023.

³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.662.338 – SP*. Relatora: Desembargadora Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654017&num_registro=201503075580&data=20180202>

os métodos científicos são sujeitos a dúvidas, pois nesses casos não se pode falar em imperícia, imprudência ou negligência.

Pelos motivos expostos, afirma-se que a teoria da perda de uma chance de cura precisa ser aplicada com cautela e precaução pelo Poder Judiciário, devendo o magistrado fundamentar suas decisões com elementos sustentados pela probabilidade de cura ou de tratamento de um paciente.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar aspectos importantes sobre a responsabilidade civil médica, tema recorrente nos Tribunais de Justiça brasileiros. Distinguiu-se, inicialmente, a responsabilidade civil subjetiva da responsabilidade civil objetiva.

Buscou-se demonstrar o Direito Civil está intrinsecamente atrelado ao Direito do Consumidor, que por sua vez, está interligado ao Código de Ética Médica, tendo o médico deveres implícitos e explícitos a um enfermo, sendo estabelecida uma relação de consumo entre eles. Nesse sentido, percebeu-se que há obrigações médicas que ultrapassam uma simples relação médico-paciente, devendo ser respeitados princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o do devido processo legal.

A judicialização da saúde deve ser olhada com a ajuda de uma lupa abraçando o princípio da boa-fé objetiva, a fim de que sejam rechaçados abusos no exercício de um direito, em prol de uma sociedade solidária.

Em seguida, foi abordada a responsabilidade civil que um médico teria caso tivesse um vínculo de emprego com o hospital em que o paciente sofreu a teoria da perda de uma chance de cura ou de tratamento adequado. Foi dito que o médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, sendo a questão de prova fundamental para uma eventual admissão de erro médico.

Por fim, foi abordada a teoria da perda de uma chance de cura ou de um tratamento, além da forma de aferição pelo Poder Judiciário diante de um caso em concreto. Elucidou-se que um magistrado deve se pautar o binômio da razoabilidade e da presunção da causalidade, não havendo um tabelamento de valores a título de indenização pelos danos causados a um paciente, sendo um limite muito tênue. Deve pautar suas decisões amparado na ciência, já que com ela chega-se a um resultado mais próximo de um diagnóstico real, plausível de

responsabilizar um erro médico. Desta forma, o direito à proteção da saúde não se restringe somente à aplicação das leis vigentes, sob um olhar legalista, mas sim sob a ótica individual.

Desta forma, conclui-se que um magistrado não deve fundamentar sua decisão em parâmetros objetivos, necessitando de muitos cuidados, já que a vida não pode ser quantificável de forma tão simplória. O Poder Judiciário deve analisar caso a caso, dando um tratamento humanizado tanto ao médico quanto ao enfermo. Esse seria o cerne da questão na teoria da perda de uma chance de cura ou de um tratamento eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2023.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 444*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>> Acesso em: 01 set. 2023.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.638/2002*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2002/1638_2002.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1698726/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jjurisprudencia/stj/1228011018>>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1848862 RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1455143407>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp n. 1167466 SP 2017/0228772-0*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859667023>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp n. 1761544 SP 2020/0242283-8*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1207719530>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1832371 MG 2019/0239132-8*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1240172903>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1677083-SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/523916234>>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1929450 – SP*. Relator: Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1674055721>>. Acesso em: 5 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.662.338 - SP*. Relatora: Desembargadora Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654017&num_registro=201503075580&data=20180202&formato=PDF>. Acesso em: 5 set. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AC n. 0234880-02.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador André Luiz Cidra. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n. 0009922-47.2014.8.16.0004*. Relator: Desembargador Antonio Renato Strapasson. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/1343415060>>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 0013829-47.2013.8.19.0209*. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1300374945>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 0001319-97.2017.8.19.0035*. Relatora: Desembargadora Maria Kuiza de Freitas Carvalho. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1936653891>>. Acesso em: 4 set. 2023.

CARBONI, Rosadélia Malheiros; NOGUEIRA, Valnice de Oliveira; REPPETTO, Maria Angela. *Revista Paulista de Enfermagem*. Disponível em: <https://repen.com.br/revista/wp-content/uploads/2018/12/REPE_n_2018_v29n1-2-3_a10.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. V. 3. 21 ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. V. 4. 15 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

_____. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. V. 4. 18 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. rev., atual e ampl.,

Rio de Janeiro: Forense, 2023.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Francisca Ferreira da. *A aplicação da teoria da perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça*. 2019. 30 f. Artigo científico (Graduação em Direito) - Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2019.

STECKER, Débora Bafuri. *A responsabilidade civil do médico por danos causados em cirurgias estéticas*. 2013. 11 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Obrigações e responsabilidade civil*. V.2. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.