

A UTÓPICA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DO DIREITO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, TJPR E TJPE

THE UTOPIAN APPLICATION OF THE LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN MEDICAL LAW: AN ANALYSIS OF THE CASES JUDGED BY TJRS, TJPR AND TJPE

Igor de Lucena Mascarenhas*
Adriano Marteleto Godinho**

RESUMO: O presente trabalho analisa a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no âmbito da responsabilidade civil do médico. A judicialização da saúde e o crescimento de demandas judiciais que discutem erros médicos têm permitido a aplicação de diversas teorias que tentam solucionar o problema da responsabilização civil do médico. A partir de uma análise bibliográfica, observou-se que a Teoria da Perda de uma Chance é inaplicável à responsabilidade civil do médico, em especial por tabelar percentuais de cura e recuperação, quando as variáveis que afetam tais índices são mutáveis de acordo com cada corpo. Logo, a objetificação do corpo humano, um elemento subjetivo, demonstra que a essência da teoria é incompatível com a sua aplicação na área de erro médico. Superado tal ponto, foi observado que 80% das decisões judiciais do TJPR, TJRS e TJPE entre 01 de janeiro de 2014 e 22 de setembro de 2015, quando utilizam a teoria da perda de uma chance como fundamentação para decidir, deixam de destacar nos acórdãos os percentuais de chance, o que representa uma flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório. Por fim, propõe-se que a utilização da teoria da perda de uma chance seja mitigada, de sorte que, caso aplicada, as médias de recuperação e cura possam auxiliar o juiz no arbitramento da indenização, porém não sejam determinantes para esta.

Palavras-chave: Erro Médico. Teoria Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil do Médico.

* Mestrando em Ciências Jurídicas – Direito Econômico da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba/ESMA (UFPB). Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade Maurício de Nassau (ESA-PB). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professor Substituto da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Patos – Paraíba – Brasil.

** Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor de Direito Civil no curso de Direito da UFPB. João Pessoa – Paraíba – Brasil.

ABSTRACT: This essay analyzes the application of the Loss of Chance Doctrine in cases of medical civil liability. The growth of lawsuits due to medical malpractice allowed the application of multiple theories to solve the civil liability of the physician. Through a bibliographical analysis, it was observed that the Loss of Chance Doctrine cannot be applied in the medical law, because it uses data observed in studies that may not be the same of the real case. Thus, the objectification of the human body, a subjective element, demonstrates that the nuclear element of the theory is incompatible with the medical law. It was observed that 80% of judicial decisions of TJPR, TJRS and TJPE between 01.01.2014 and 09.22.2015, did not include the percentage of the chance, a violation to the contradictory and full defense. Finally, it is proposed that the percentage of recovering and healing can be used to establish the indemnity, but cannot be the only element of the judicial consideration.

Keywords: Medical error. Loss of chance doctrine. Civil liability of doctors.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE; 3 O AUMENTO DAS DEMANDAS MÉDICAS; 4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE; 4.1 A SUA FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO; 4.2 POR QUAL MOTIVO A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO DEVE ALCANÇAR O ÂMBITO MÉDICO?; 5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA; 5.1 A JURISPRUDÊNCIA PARANAENSE; 5.2 A JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA; 5.3 A JURISPRUDÊNCIA PERNAMBUCANA; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em razão da crescente judicialização da saúde e importação de teses, antes restritas a determinados ramos do Direito, para a área do Direito Médico, o presente trabalho discutirá a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no âmbito deste recente ramo do Direito.

A atuação do médico outrora inquestionável, talvez por sua idealização em função da disparidade de conhecimento entre médico e paciente, agora é constantemente debatida. Alguns autores pontificam que houve a febre da responsabilidade médica¹, gerando uma crescente procura por seguro profissional².

- 1 Em alguns casos, a gratuidade judiciária fomenta essa postura, ao permitir aventuras jurídicas, ou “loterias judiciais, conforme aponta Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, cujo objetivo é tão somente pecuniário e sem nenhum respaldo técnico ou fático (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 60).
- 2 Médicos e hospitais têm buscado as seguradoras como forma de garantir que em caso de eventuais erros praticados, caberá a seguradora o dever de arcar com a reparação. Alguns

A mercantilização da medicina, com atendimentos rápidos e impessoais, tem causado um serviço médico superficial que majora a possibilidade de erro. A urgência médica foi transmutada em urgência do médico. A superficialidade do atendimento gera uma maior possibilidade de erro.

O presente trabalho discute a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no âmbito do Direito Médico. Para os juristas, a área de Direito Médico, sobretudo o erro médico, está em franca expansão. Em paralelo, é público e notório, o quantitativo de demandas jurídicas no campo da saúde, seja no âmbito dos planos privados de assistência médica ou no âmbito da Administração Pública. Há um constante debate sobre temas médicos que influencia no debate jurídico tais como judicialização da saúde, erro médico, concessão de tratamentos e medicamentos por planos de saúde.

Ocorre que no âmbito da responsabilidade civil do médico, a Teoria da Perda de uma Chance tem sido suscitada por advogados e acatada pelos magistrados sem a observância de requisito essencial à sua aplicação: a probabilidade ou chance do resultado satisfatório para o paciente.

Deste modo, através de uma análise bibliográfica e de um estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) se indicará aqui possíveis requisitos e condições necessários para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance³.

2 A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE

A enfermidade e os acidentes são inerentes à natureza humana. Como bem esclarece Miguel Kfoury Neto (KFOURY NETO, 2013, p. 56), o surgimento da medicina decorre do reconhecimento pelo homem de sua natureza frágil, de sorte que foram buscados meios para combater tais eventos indesejados.

estados americanos instituíram o dever de hospitais e médicos contratarem seguros profissionais, de forma análoga ao que ocorre no Brasil para o seguro automotivo. Logo, os seguros têm sido utilizados como uma alternativa para o crescente número de demandas na área da saúde. (MATIELLO, 2014, p. 168-169).

3 Tribunais escolhidos em razão da eficiência dos seus sistemas de busca de jurisprudência.

No passado, a relação médico paciente esteve envolta em um ar de xamanismo, em que o médico representava uma espécie de ser transcendental apto a curar todos os males, angústias e sofrimentos por que passavam o homem antigo.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira, nos séculos III e II a.c, a doença era vista como mera reprodução da vontade de Deus e o médico seria o sacerdote e representante divino no âmbito terreno. Caberia ao médico rituais místicos/religiosos com o fito de minorar a dor daquele que sofria. Neste contexto, o médico era um ser superior que, em muitos casos, confundia o poder político e religioso, exercendo um papel de supremacia em desfavor do doente (PEREIRA, 2015, p. 21).

A atividade médica era vista como um sacerdócio, uma atividade em que o desprendimento e dedicação eram essenciais. Eventuais infortúnios decorrentes do ato médico eram atribuídos a terceiros, elementos estranhos ou fatos fortuitos, jamais por imperícia⁴, imprudência ou negligência médica. O médico, sob um prisma estritamente paternalista, saberia qual a melhor opção para o paciente, de sorte que os resultados obtidos, quando negativos, estariam compreendidos dentro da “margem de erro” previsto na literatura especializada.

Em especial durante essa fase mística da medicina, o médico, em razão da sua “natureza” semidivina, era inquestionável. Tal aura perdura em algumas sociedades atuais, sobretudo nas pequenas comunidades. Esse pensamento está em consonância ao externado por Platão que pontificava que a morte decorre da própria natureza humana e da finitude da vida, ao passo que vencer a doença pode ser uma conduta atribuível ao médico. Por outro lado, Hipócrates, considerado o pai da medicina, defendia na obra *De Lege* que os médicos, ante a posição que ocupavam e a natureza da atividade desempenhada, deveriam ser mais severamente punidos pelos tribunais grego (PEREIRA, 2015, p. 22).

Na fase atual, ante a litigância excessiva no âmbito médico, pode-se dizer que, parafraseando a entrevista concedida por Luís Felipe Salomão, ministro

⁴ Alguns autores defendem a impossibilidade de haver a figura da imperícia médica, pois o profissional médico, após longo período de capacitação, poderia deixar de observar uma norma de cuidado ou atuar de forma precipitada/desleixada, porém não poderia ser inapto para o exercício da profissão.

do Superior Tribunal de Justiça, os pacientes têm transferido os resultados do consultório para o Judiciário (HAIDAR, 2013).

O outrora inquestionável profissional passou a ser objeto de constantes questionamentos e acusações⁵. Diferentemente da aura mística que o circundava, a difusão de informação, sobretudo através da internet, propiciam um pré-conceito sobre a potencial doença que acomete o paciente e este se sente confortável em inquirir, por vezes testar, o conhecimento médico e, uma vez o resultado não sendo satisfatório, há uma gama de bons e maus profissionais do Direito aptos a ingressar nessa nova e frutuosa área.

A medicina foi dessacralizada, sendo retirado o seu véu de incolumidade, perfeição e inquestionabilidade. As mesmas mãos que outrora foram vistas como fonte de cura e vida, em muitos momentos foram encaradas como mãos da morte e sofrimento. O terror nazista, sobretudo as suas experimentações médicas promovidas pelos profissionais nos campos de concentração⁶, trouxeram um profundo temor e desconfiança para a profissão⁷.

O médico deixou de estar imune às críticas e passou a ser demandado civil, penal e administrativamente por suas atuações, em especial após a inserção dos planos de saúde e a quebra da personalização do atendimento médico.

No passado, ainda que de forma diminuta, o médico era encarado como uma figura de confiança da família, em muitos casos, o médico da família,

5 Genival Veloso França destaca em sua obra *Direito Médico*, cuja primeira edição ocorreu em 1975, que a medicina do futuro será aquela em que “os pacientes deixarão de ser espectadores das suas consultas e passarão a ser questionadores das propostas de tratamento que lhe são oferecidas, porque muitas são as informações disponíveis”. Acreditamos que a medicina atual já se encontra na fase prognosticada pelo respeitado autor. De certo modo, o que era o futuro, é atualmente o presente (FRANÇA, 2013, p. 168-169).

6 Neste cenário, o nome mais proeminente é de Joseph Mengele, nomeado de anjo da morte, médico em Auschwitz responsável por promover experimentações eugênicas, além de esterilização compulsória daqueles que supostamente carregavam genes e/ou condições indesejáveis como debilidade mental, cegueira e surdez hereditárias e deformidades corporais. (SEIDELMAN, 1985, p. 1169).

7 O paternalismo médico, outrora enfrentado como um elemento positivo, pois apenas o médico detinha o conhecimento, é atualmente criticado, uma vez que a autonomia da vontade e o princípio do consentimento livre e esclarecido impedem que haja uma heterodeterminação sobre os tratamentos realizados no corpo humano. Por esse motivo, há um verdadeiro temor pela eutanásia, sobretudo em razão da prática eugênica promovida pelos médicos da Alemanha durante as duas Grandes Guerras.

responsável por cuidar de diversas gerações e nas mais variadas especialidades⁸. Todavia, no momento atual, a medicina avança a passos largos, o que demanda uma hiperespecialização médica de forma a permanecer atualizado as medidas e opções técnicas mais adequadas para os casos clínicos e cirúrgicos apresentados. Em paralelo à hiperespecialização, os planos de saúde quebram a existência de pessoalidade do atendimento médico.

Os planos de saúde são uma forma de acesso a este direito fundamental em razão da precariedade e inércia estatal. A consequência do temor pela não efetivação do direito à saúde pelo Estado é a busca, através do particular, da fixação de tal direito e a proliferação dos planos de saúde. Logo, a relação, outrora baseada na fidúcia, é subvalorizada em detrimento de um atendimento “rápido e eficiente”, nos termos da Resolução Normativa 259⁹.

Como forma de ilustrar essa quebra de pessoalidade dos atendimentos, a Resolução Normativa 259 estabeleceu uma tabela máxima de atendimentos, conforme pode ser verificado na Tabela 01:

Tabela 1 - Prazo máximo para disponibilização de atendimento médico pelos planos de saúde

Especialidade	Prazo Máximo
Consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia	até 7 (sete) dias úteis;
Consulta nas demais especialidades médicas	até 14 (quatorze) dias úteis;

8 Miguel Kfourri Neto destaca que a figura do médico da família, amigo e camarada, fonte de uma confiança cega e contra quem jamais se cogitaria demandar, desapareceu (KFOURI NETO, 2010, p. 609).

9 Logo, atualmente, o paciente que possui plano de saúde tem direito ao acesso médico, jamais acesso ao médico específico e individualizado. Os prazos para atendimento regulamentados pela ANS demonstram que o contratante de plano de saúde tem direito ao médico, porém não pode exigir que o seu atendimento seja feito por médico específico no prazo previsto na RN nº 259, uma vez que o plano de saúde não pode regulamentar a agenda e disponibilidade de um profissional, ante a existência da própria liberdade profissional em específico. A responsabilidade do plano é de fornecer uma gama de profissionais habilitados para prestar o serviço necessário ao caso em concreto. O art. 3º da norma é categórico ao definir que o atendimento que deva ser garantido seja genérico, ou seja, sem individualização profissional ao dispor que a “operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos [...] (ANS, 2011).

Especialidade	Prazo Máximo
Procedimentos de alta complexidade – PAC	Até 21 dias úteis
Atendimento em regime de hospital-dia	Até 10 dias úteis
Atendimento em regime de internação eletiva	até 21 (vinte e um) dias úteis
Urgência e emergência	Imediato

Fonte: ANS, 2015.

O ato médico, antes sacro, ritualístico e, de certo modo, nebuloso, tornou-se um *res in commercio*, passou a ser feito de forma impessoal¹⁰ e estritamente mercantil¹¹, sobretudo no Brasil, uma vez que estamos inseridos no sistema capitalista. A atividade médica, uma vez inserida no mercado, tornou-se um serviço que visa garantir um bem do paciente/cliente: a cura da doença. Ocorre que houve uma verdadeira inversão de valores, pois o paciente deixou de ser objeto de cuidado médico, tornando-se a doença a protagonista nessa relação.

Em especial em razão da perda de pessoalidade, o médico passou a ser fonte de desconfiança e questionamento. Houve a canibalização da relação médico paciente. Antes, a premissa era que o insucesso era um infortúnio, uma falta de

10 Também chamada de despersonalização da relação médico paciente.

11 Apesar de afirmarmos que a medicina está sendo exercida de forma mercantil, o Código de Ética Médica (CEM/2009 - Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1931/2009) dispõe que no inciso IX dos princípios fundamentais que “a Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Neste inciso, cremos que o que se propõe não é a instauração de uma medicina *pro bono* ou a vedação ao lucro. O que a norma busca proteger é o paciente, de modo que interesses pecuniários se sobreponham aos interesses do usuário do serviço. Como bem destaca Genival Veloso França, a medicina deve ser fonte de renda do médico, porém nunca deve se desviar da sua finalidade básica: o interesse vital do paciente. Trata-se de uma compatibilização entre o inciso II dos Direitos Fundamentais previsto no CEM/2009, que dispõe que a medicina tem como fim a saúde do paciente, e o sistema capitalista em que o médico está inserido. A possibilidade de cobrança garante que o médico satisfaça suas necessidades básicas e efetive sua dignidade, ao passo que a limitação dessa atuação visa tutelar os interesses do paciente (DANTAS; COLTRI, 2010, p. 20-21; FRANÇA, 2010, p. 16-25-26, 2013, p. 153-154).

sorte. Atualmente, parte-se do pressuposto que ocorreu um erro médico violador dos direitos da personalidade do paciente e, portanto, indenizável¹².

A medicina sofre com seu próprio êxito. A ideia de finitude da vida e envelhecimento têm sido cada vez mais negada, vide os casos de distanásia, terapias hormonais e cirurgias plásticas. A única certeza que o homem tem ao longo de sua existência é a morte. Porém, nessa fase de luta contra a doença e enfermidades, inerentes à realidade de todo e qualquer ser vivo, tem-se uma deificação do médico, aquele com poder de negar o que a natureza apresenta. A falha na negativa dos desígnios naturais gera o questionamento: será que o paciente foi “vítima” de um erro médico?

A falha de tratamento tem sido cada vez mais negada pelos pacientes e pelos médicos (FRAGATA; MARTINS, 2004, p. 256). Não curar o paciente é sinônimo de falha médica. Curiosamente, há uma militarização médica com o fito de cuidar da doença e não do paciente¹³. Esse conflito paradoxal entre o dever de cuidado e a não obtenção da cura tem levado o debate para os tribunais, com o objetivo que um terceiro fixe se houve ou não erro médico.

Os constantes avanços da medicina e demais áreas da saúde como farmácia geram uma expectativa pela cura que podem ser contrárias aos interesses do paciente. Como forma de analisar tal conflito, podemos verificar o uso de drogas ainda não testadas de forma suficiente como a fosfoetanolamina sintética para a cura do câncer, ou a distanásia na esperança de que a medicina avance e reverta o quadro terminativo do paciente. A ciência que cura, em muitas oportunidades, é a que condena.

O avanço médico gera novas oportunidades de interações sociais e consequentemente aumenta-se a probabilidade de conflito. Técnicas ou métodos surgem e aumentam o número de erros. Erros médicos advindos da reprodução

12 O médico passou a ser, novamente, encarado como um deus infalível e absoluto. Se não houve sucesso da prestação médica, necessariamente, de acordo com a atual relação de desconfiança, houve erro. A responsabilização médica deixou de ser de meio e passou a ser de resultado, uma espécie de teoria do risco integral (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 195).

13 Essa nova realidade vai de encontro à nova política estabelecida pelo biodireito de uma atuação mais humana e próxima do paciente (CAPRARA; FRANCO, 1999, p. 650).

assistida, de diagnósticos, falsos positivos ou a ocorrência de *wrongful birth*¹⁴ e *wrongful life*¹⁵ são exemplos de como a medicina tem errado. Ocorre que, ao mesmo tempo em que existem inúmeros erros, há uma infinidade de famílias que foram beneficiadas com essa evolução¹⁶.

A partir dessa nova fase da relação médico-paciente e da responsabilidade civil, o presente trabalho terá como objetivo analisar a aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos em que há um suposto erro médico em debate.

3 O AUMENTO DAS DEMANDAS MÉDICAS

Em paralelo à especialização de profissionais e a difusão de conhecimento e informações sobre erros médicos, há um fomento à litigância. A busca pelo Judiciário deixa de ser reparatória / indenizatória e passa a ser uma pretensão de acréscimo patrimonial. Trata-se uma verdadeira loteria em que a vítima tenta utilizar o Judiciário como meio de legitimar uma pretensão infundada.¹⁷

A gratuidade judiciária somada a potencialidade de êxito, ainda que mínimo, são estímulos a litigância no país e, sobretudo, ao assoberbamento do Judiciário. Sob o prisma da teoria dos jogos, o litigante só tem a ganhar ao

14 Casos em que uma criança nasce deficiente, pois os pais, apesar de autorizado o aborto terapêutico, não o fizeram, mesmo cientes da anomalia ou quando não promoveram os exames regulares e recomendáveis durante o período pré natal. Os pais são responsabilizados por terem prosseguido com uma gestação “indevida” (FRADA, 2009, p. 259; MULTEDO, 2013, p. 228).

15 Espécie de responsabilidade em que o profissional médico é responsabilizado por não ter observado eventual má formação na criança que irá nascer, causando uma vida de sofrimento (HENSEL, 2005, p. 141).

16 Ressalte-se que o crescimento das demandas gera o medo da experimentação e inovação. Toda técnica e medicamento já foram, em algum momento, experimentais. Intimidados com a possibilidade de demanda e responsabilização civil, os médicos podem deixar de inovar, estagnando a ciência. A medicina se tornaria uma ciência rotineira e arcaica. Tal qual acontece nos Estados Unidos, bons nomes de especialidades de risco se afastariam do exercício médico arriscado, criando um cenário de desassistência e êxodo profissional (KFOURI NETO, 2010, p. 609; BARROS JÚNIOR; 2011, p. 193).

17 O Judiciário, ao invés de trazer uma pacificação social, tem viabilizado a “superproliferação de demandas de ressarcimento”. Esse fomento pode ser destacado com frases do tipo: “eu não tenho a sorte de ser negatived indevidamente”. Trata-se, em muitas oportunidades, da banalização da lesão aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, a instigação ao sentimento mercenário (SCHREIBER, 2013, p. 193-194).

ingressar com ações. No Brasil em especial, é sabido que a classe médica é, comumente, formada por pessoas com um grande poder aquisitivo, de sorte que indenizações de fatos não indenizáveis ocorrem com o objetivo de evitar o transtorno e a exposição. A perpetuação do processo é uma espada de Dâmocles.¹⁸ Ou seja, a manutenção do processo gera mais insegurança do que o valor eventualmente despendido em acordos e/ou seguros.

A regra geral no Brasil é a de que o perdedor da demanda arque com o ônus da procedência / improcedência da demanda, nos termos do art. 82 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Ocorre que a gratuidade judiciária flexibiliza a regra geral, uma vez que a pessoa que alegar que não tem condições de suportar os custos financeiros de um processo não terá que pagar as custas e despesas processuais.

Luciano Benneti Timm, em palestra proferida no STF, destaca que a justiça gratuita é um fomento à litigância, pois a disputa judicial não está, salvo raras exceções, buscando a discussão do direito. Ante ao crescente número de processos e a ineficiência estatal em julgar em volume superior ao de novos processos, tem-se um assoberbamento do passivo estatal (TIMM, 2011).

Logo, a gratuidade judiciária maximiza o senso de oportunidade do litigante frívolo, que enxergará no Judiciário uma fonte de receita indevida. Miguel Carlos Teixeira Patrício indica que se os custos do processo (Cpr^a) forem inferiores às expectativas do desfecho do resultado da demanda no Judiciário (Ex.^a), o autor racional ingressará com a demanda (PATRÍCIO, 2005, p. 85). Como não há custo direto para o litigante frívolo, ainda que a demanda seja julgada improcedente, a tendência é que ambos sejam iguais a zero. Logo, a realidade encontrada no Brasil para o autor cuja gratuidade judiciária tenha sido deferida pode ser representada da seguinte forma¹⁹:

18 De acordo com Roberto Luiz D'Ávila, não existe nada que cause mais medo ao médico do que uma denúncia por má-prática profissional, uma vez que, independentemente de fundada ou infundada, a denúncia danifica a reputação do médico (D'ÁVILA, 2013, p. 440).

19 Equação adaptada a partir da apresentada por Miguel Carlos Teixeira Patrício. No estudo do referido autor, há a indicação de que haverá a tendência à litigância se $Cpr^a < Ex.^a$. Entendemos que se a possibilidade de êxito for maior ou igual aos custos, há a tendência à litigância. Todavia, se houver risco de que os custos sobreponham o retorno esperado, o indivíduo avesso ao risco tenderá a não litigar (PATRÍCIO, 2005, p. 46).

$$Cpr^a \leq Ex.^a$$

Sob o prisma da Teoria dos Jogos, há relação pode ser apresentada da seguinte forma, conforme o Quadro 1:

Quadro 1 – Teoria Dos Jogos Aplicada Às Aventuras Jurídicas²⁰

MÉDICO/AVENTUREIRO	HÁ PROCESSO	NÃO HÁ PROCESSO
PAGA	(X_1, Y_1)	(0,0)
NÃO PAGA	(X_2, Y_2)	(0,0)

Fonte: Elaboração própria, 2016.

Considerando que o comportamento racional do indivíduo aventureiro é ingressar com a ação, a conduta racional do médico é pagar, ainda que um valor injusto. A gratuidade judiciária importa na ausência de custos diretos para o aventureiro, ao passo que o médico, uma vez proposta a ação, terá que arcar com eventuais custos judiciais para o exercício de sua defesa. A loteria judicial no âmbito médico decorre, deste modo, da própria estrutura Judiciária brasileira (COUTO FILHO; SOUZA, 2005, p. 85).

De igual modo, André Gonçalo Dias Pereira aponta que os estudos americanos indicam que há uma imprevisibilidade do resultado na área médica, e que em 26% dos casos analisados, houve uma má distribuição de riqueza, uma vez que fora indenizado o ato não indenizável (ausente de erro médico), ao passo que atos indenizáveis não o foram, ratificando a natureza aleatória das demandas judiciais (PEREIRA, 2015, p. 90). O paciente é apresentado ao médico como uma moeda de duas faces: uma é a fonte de renda, a outra é de ser um risco, um potencial processo²¹.

20 Para a análise do quadro acima, necessário que se observe que $X_1 > X_2$ e $Y_1 > Y_2$.

21 De certo modo, esse temor do processo pode ter um aspecto positivo: um atendimento mais cuidadoso, zeloso e claro. Ou seja, o temor da existência de um eventual processo pode fazer com que o médico assuma como padrão de atendimento, aquele que nunca deveria ter deixado de ser o *standard* de comportamento. Como bem esclarece Roberto Luiz D'Ávila, muitos

Logo, o atual estado de “febre da responsabilidade médica” (PEDRO, 2008, p. 31) encontra respaldo nessa possibilidade de renda, a famigerada indústria do dano moral, aliada a ausência de custos para os beneficiários da gratuidade judiciária.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Neste tópico tentaremos apresentar a realidade da teoria da perda de uma chance no âmbito médico, em especial os motivos pelos quais ela não deve ser aplicada. Há uma tendência de estabelecer parâmetros objetivos a uma relação que é, em sua essência, subjetiva.

4.1 A SUA FUNDAMENTAÇÃO E APLICAÇÃO

A teoria da perda de uma chance, no âmbito médico, consiste na responsabilização civil do profissional ou da instituição a que este se vincula, em razão da não disponibilização de um tratamento adequado ou de um tratamento tardio. Trata-se de uma forma de aferir a responsabilidade civil do profissional que é amplamente aceita pela doutrina²² e jurisprudência²³, apesar de não estar individualizada no âmbito legal, de modo que sua aplicação decorre da adequação da

médicos são denunciados pelo simples fato do paciente, independentemente de ser litigante frívolo ou não, se sentir abandonado ou por não ter recebido as informações adequadas, de sorte que uma das forças motrizes da denúncia é a insatisfação do paciente/cliente. Todavia, devemos ressaltar que esse temor pode acarretar em um desserviço médico, uma vez que, temendo ser demandado, o profissional passará a hiperrinformar o paciente, ou seja, alargar o conceito de consentimento informado. A quantidade de informação é tamanha que, ao invés de clarificar os riscos, opções e método que será utilizado, o paciente ficará “desnortado”. Ou seja, será um consentimento informado viciado (D’ÁVILA, 2013, p. 449-450).

22 Alguns autores como Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza negam a aplicação da referida teoria no âmbito do Direito Médico brasileiro, pois, sob a perspectiva dos autores, a importação de teoria para o contexto brasileiro é inaplicável (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 64).

23 No âmbito do Judiciário, já foi reconhecida, de forma “institucional”, a aplicação da teoria da perda de uma chance, conforme se observa no Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil realizada em 2011 que estabeleceu que a perda de uma chance se aplica a danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial quando houver uma chance séria e real, não ficando o julgador restrito a elementos apriorísticos.

referida Teoria ao âmbito do art. 186 do CC/02²⁴. As inovações sociais exigem do Judiciário respostas e este busca na doutrina soluções aparentemente adequadas quando a legislação apresentada é insuficiente para o caso concreto. Como forma de se adequar ao princípio da inafastabilidade e equidade, o Judiciário e a doutrina adotaram a teoria da perda de uma chance que pode concebida como uma tentativa de reparação quando não é possível constatar, de forma direta, o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta lesiva do agente (GONDIM, 2010, p. 471).

Apesar de não estar previsto no ordenamento pátrio, a sua aplicação é, de certo modo, pacífica, sobretudo na área de contratos comerciais, em especial nos princípios do UNIDROIT, conforme se observa no artigo 7.4.3:

A compensação é devida somente por danos, incluindo danos futuros, se verificado razoável grau de certeza.

A compensação pode ser em razão da perda de uma chance na proporção da probabilidade de sua ocorrência.

Se que o montante da indemnização não puder ser estabelecido com um suficiente grau de certeza, a sua fixação fica a critério do julgador (tradução livre, grifo nosso) (UNIDROIT, 2010).

Rute Teixeira Pedro estabelece que a Teoria da Perda de uma Chance pode ser aplicada em uma infinidade de casos no âmbito da área médica. Como forma de exemplificar algumas situações destaca: perda de chance de cura ou sobrevivência²⁵, perda de uma chance de recusar uma intervenção, perda de uma chance em ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, perda de uma chance de da prova frustrada (PEDRO, 2008).

24 Apesar de adotarmos o entendimento de que a teoria se trata de uma nova forma de mensurar o nexo de causalidade, autores como Nuno Santos Rocha entendem que se trata de um dano em si, ou seja, espécie autônoma economicamente valorável. A chance pode ser encarada como uma mitigação do nexo de causalidade e a chance um dano em si mesmo (ROCHA, 2015, p. 91).

25 A jurisprudência tende a não condenar o médico que, apesar de não diagnosticar temporariamente determinada doença, comprova que o diagnóstico não era evidente, tratando-se, portanto de diagnóstico complexo e delicado (ROSÁRIO, 2008, p. 172).

Essa teoria objetivista de responsabilização foi adotada a partir de 1965 na França que tinha por objetivo proteger os pacientes de eventuais perdas de oportunidade de cura e/ou sobrevivência. O que se indeniza não é o dano propriamente dito, e sim a expectativa de que o dano não teria ocorrido caso o profissional tivesse observado os mandamentos profissionais. Logo, se a contribuição do profissional para o evento danoso for essencial e fundamental para a sua ocorrência, é inviável a aplicação da referida teoria, uma vez que a reparação não é integral, já que se indeniza a chance e não o prejuízo final (KFOURI NETO, 2010, p. 75). Logo, não se objetiva discutir se a atuação médica causou determinado dano, e sim defender se o dano não teria ocorrido caso a atuação médica tivesse sido adequada.²⁶

Trata-se de uma flexibilização do nexos causal, de modo que não há a necessidade de se comprovar que a conduta do ofensor foi determinante para o resultado lesivo e sim que sua conduta foi determinante para a mitigação das chances do ofendido. Logo, a chance perdida representa o dano causado, também chamado de dano parcial, caso haja referência ao prejuízo integral. Há uma redução no rigor da apreciação do nexos de causalidade.

No Brasil, o *leading case*²⁷ para a aplicação da teoria foi o caso do Show do Milhão. Como forma de ilustrar o caso julgado por intermédio do Recurso Especial (REsp) Nº 788.459, transcreveremos trecho do relatório do acórdão:

Cuida-se de ação de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a 1ª Vara Espe-

26 Considerando a dificuldade na indicação precisa do quantum que a atuação médica colaborou para o resultado lesivo, sugere-se a não aplicação imediata da referida teoria, de modo que seja aplicada de forma subsidiária, ou seja, sempre que a responsabilidade civil clássica não puder responder à necessidade social (KFOURI NETO, 2010, p. 177).

27 Citamos o REsp 788459 BA como *leading case*, uma vez que foi este garantiu a profusão da teoria, sendo citado inclusive pela doutrina estrangeira (ROCHA, 2015, p. 20-21). Todavia, conforme indicado por Cinthia Loureiro, Cláudia Martins e Maria Reis, o primeiro julgado sobre o tema foi promovido pelo TJRS nos autos da apelação cível nº 591064837 (1991) que teve como relator o julgador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Por outro lado, Gerson Luiz Carlos Branco traz um julgado de 1990, de relatoria do mesmo Ruy Rosado de Aguiar Júnior em que não reconhece, no caso em concreto, a aplicação da Teoria de perda de uma chance, apesar de já demonstrar ciência de sua existência (BRANCO, 2010, p. 563; LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2015).

cializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA, empresa do grupo econômico “Sílvio Santos”, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa “Show do Milhão”, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como “pergunta do milhão”, não respondida por preferir salvar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo (STJ, 2006, p. 334).

Como pode se observar do trecho transcrito, na milionária pergunta, o programa não apresentou, dentre as quatro alternativas previstas, uma resposta adequada. A autora/participante do programa optou por garantir os R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) já obtidos e não respondeu a última pergunta, que maximizaria o seu ganho ao patamar de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Considerando a perda da chance de acumular mais R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) ao prêmio já conquistado de idêntico valor e a existência de quatro alternativas para a resposta, tem-se que a probabilidade matemática da autora/participante de incrementar seu patrimônio seria de 25% (1/4). Logo, o

dano que foi de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) deve ser diluído entre as chances da autora (25%), monetarizando a chance perdida em R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).²⁸

Ou seja, para a aplicação da teoria da perda de uma chance é essencial que haja um dano e uma chance mensuráveis, de sorte que sem a previsibilidade da chance, não há razão para se suscitar a teoria da perda de uma chance.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em outra oportunidade, conforme se extrai do REsp nº 1190180/RS, pontuou que deve haver uma análise detida entre as reais possibilidades de êxito e a perda de tal oportunidade em razão de uma conduta omissiva ou comissiva do profissional liberal.

Desse modo, observa-se que não é todo resultado danoso ao paciente que acarretará responsabilização ao profissional, uma vez que a obrigação do médico é, via de regra, de meio, de sorte que eventuais complicações estão compreendidas na “zona de infortúnio”, ou seja, inseridas no percentual de risco inerente ao procedimento.²⁹

A Teoria da Perda de uma Chance envolve uma possibilidade e o índice de sucesso dessa possibilidade. Há uma incerteza no nexos de causalidade fundamental para a ocorrência do prejuízo e certeza na possibilidade (KFOURI NETO, 2013, p. 77). De acordo com Grácia Cristina Moreira do Rosário, a teoria da perda de uma chance tratará uma zona limítrofe para a responsabilidade, a dúvida entre “certo e incerto, hipotético e seguro” (ROSÁRIO, 2008, p. 169). Ou seja, não se pode afirmar que a atuação/omissão médica foi determinante para o resultado lesivo. Enquanto que na teoria da responsabilidade civil clássica

28 Alternativa viável e mais justa, ao invés da aplicação da teoria da perda de uma chance, seria a indenização total. Em tal situação, assim como ocorre em concursos públicos, a questão “anulada” é contabilizada em favor do prejudicado. Essa alternativa é proposta em razão de um simples problema de aplicação da perda de uma chance: caso o candidato, ao invés de ter parado, tivesse respondido a questão e perdido tudo? Caso o participante tivesse perdido tudo, a princípio, ele deixou de ganhar R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em razão de quatro alternativas apresentadas e que nenhuma representava uma resposta. Logo, seu prejuízo teria sido de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil), ou seja, 25% do prêmio, porém apenas 40% do valor efetivamente recebido no julgado do STJ.

29 A referida autora continua afirmando que o médico não deve a cura ao doente e sim um tratamento adequado, além do emprego da prudência e cuidado no exercício do seu mister (PEDRO, 2008, p. 95).

é possível afirmar que sem o nexo de causalidade não há o dever de indenizar, a Teoria da Perda de uma Chance irá quebrar esse dogma civilista para afirmar que, ainda que não haja certeza, o simples fato de ter mitigado as chances de sobrevivência/recuperação, há o dever de indenizar, ainda que parcialmente.³⁰

Trata-se de uma espécie de escapismo ao dilema judicial da regra do “tudo ou nada”, uma vez que a aplicação de teoria acarreta em uma espécie de procedência parcial do pedido e, portanto, “dissolveria” o erro cometido por todos os envolvidos, aparentando ser a medida menos injusta, ante a falta de certeza do determinismo da conduta médica para o resultado danoso (ROCHA, 2015, p. 22). Como bem destaca Ruy Rosado de Aguiar Jr., o precursor da aplicação da teoria no Brasil, trata-se da responsabilização do profissional quando o juiz não está seguro de que o evento teria ocorrido em razão daquela omissão/ação, porém esta facilitou a superveniência do resultado (AGUIAR JÚNIOR, 2010, p. 538).

Regra geral, o médico não deve ao paciente o dever de cura e sim uma atuação adequada e diligente com o fito de obtenção da cura, sobrevivência e/ou não consumação de uma deficiência/enfermidade (PEDRO, 2008, p. 119). A inobservância desse dever de diligência atrai a aplicação da teoria. O comportamento censurável e reducionista de oportunidades é que é penalizado e não o dano integral propriamente dito.³¹ “A chance configura um dano atual não hipotético” (ANDREASSA JÚNIOR, 2010, p. 545).

A noção da Perda de uma Chance é caracterizada quando o lesado encontra-se em uma situação que lhe permite a possibilidade de alcançar determinada posição favorável e em virtude de comportamento de terceiro, observa-se a

30 Como bem destaca Anderson Schreiber, “o dever de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso. O nexo causal, ou relação de causalidade, vem usualmente definido como um vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um representa a consequência do outro.” (SCHREIBER, 2013, p. 55).

31 Glenda Gonçalves Gondim destaca que a teoria da perda de uma chance não repara o dano, mas sim a chance. Tal afirmação não parece-nos ser a mais adequada, pois, caso não houvesse dano, não haveria o que reparar. A principal diferença reside no fato de que o dano reparado diverge do dano experimentado ao final de todo o processo. O dano reparado é o da chance perdida e não o fato final lesivo, ou seja, a perda da chance é dano. Edmilson de Almeida Barros Júnior também partilha do entendimento de que a teoria da perda de uma chance indeniza sem nexo de causalidade e sem a certeza do dano, todavia, conforme exposto ao longo deste trabalho, o que se indeniza é a chance perdida que, de fato, representa um dano (GONDIM, 2011, p. 192; BARROS JÚNIOR, 2011, p. 192).

perda dessa chance. Todavia, em razão da incerteza da probabilidade, o lesado deve mensurar o dano em razão da perda dessa chance e não da sua totalidade, como se houvesse certeza de sua ocorrência. Trata-se do ressarcimento pelo fato de ter a possibilidade perdida. Caso se indenize o dano em sua integralidade, está se afirmando que a conduta médica foi o único elemento responsável pela ocorrência do dano (AGUIAR JÚNIOR, 2010, p. 538). “A esperança (perdida) de obter um ganho ou a possibilidade (frustrada) de evitar um dano” é o fundamento e objeto de reparação (PEDRO, 2008, p. 208). A aplicação do uso da Teoria da Perda de uma Chance objetiva a reparação parcial, uma vez que não se indeniza o prejuízo final e sim a chance arruinada.

Logo, para a aplicação da teoria da perda de uma chance é imperioso que se aponte uma possibilidade e se mensure tal possibilidade. A responsabilização civil do médico pautado na Teoria da Perda de uma Chance deve ser precedida do apontamento do *quantum* de probabilidade perdido. A condenação sem esse lastro argumentativo é mera responsabilização civil, não se justificando o ressarcimento em função da teoria apontada.

O julgador deve observar, com base na razoabilidade e concretude da chance ocorrer, a probabilidade de que aquele que deixou de auferir um ganho teria em razão da conduta omissiva ou comissiva do médico (FONSECA, 2014, p. 139). Sem a indicação da chance, não há que se falar em indenização de acordo com a Teoria da perda de uma chance. Ou seja, são necessárias três etapas para fixação da indenização: 1ª - indicação do dano integral; 2ª - indicação da chance; 3ª aplicação do percentual ao dano total. Caso ausente qualquer uma das três etapas, nula a aplicação da referida teoria.

4.2 POR QUAL MOTIVO A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NÃO DEVE ALCANÇAR O ÂMBITO MÉDICO?

O fundamento da relação médico-paciente é a intersubjetividade. Ou seja, são dois sujeitos se relacionando, em que o primeiro detém o conhecimento técnico científico capaz de minorar o sofrimento e dor do segundo. Logo, é fundamental é que se dialogue e se observe as peculiaridades de cada caso, de modo que a resposta seja adequada.

Rute Teixeira Pedro, apesar de reconhecer a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica, destaca que o médico atua “sobre uma máquina muito complexa – o homem – e é confrontado com um conjunto de variáveis que não domina (PEDRO, 2008, p. 237).

Logo, o que se observa da teoria discutida é que ela objetiva relações que são, por excelência, subjetivas.³² É incabível mensurar chances de recuperação, cura ou sobrevivência. O uso estatístico para mensurar as chances é pautado na média, de sorte que, via de regra, toda indenização pautada na estatística será maior ou menor, caso fosse possível mensurar a chance específica.

Imaginemos os casos de duas pacientes diagnosticadas com câncer de mama: Paciente “A” e paciente “B”. A paciente “A” pode ter sido extremamente diligente ao longo de sua vida, ter feito diversos autoexames e exames mamográficos e descobriu no estágio inicial que tinha um tumor maligno. Por outro lado, a paciente “B” nunca fez nenhum exame e descobriu, em estágio final, que era portadora de um tumor maligno após sentir fortes dores e se submeter ao exame mamográfico. Ao final, a paciente “A” vem a falecer, ao passo que a paciente “B” se recupera. Não são raros os casos de recuperações milagrosas ou que divirjam dos estudos e desafiem a probabilidade³³.

No exemplo apresentado, observa-se que a recuperação não é idêntica, pois trata-se de um sujeito em que milhares de variáveis poderão interferir. Logo, caso um médico cometa um erro e as mesmas duas pacientes venham a falecer, aplicar o mesmo percentual para ambas seria lesivo para o profissional, no caso de “A”, e lesivo para a paciente “B”, eis que goza de uma capacidade de recuperação formidável. “A” seria hiperrindenizado, ao passo que “B” seria hipoidenizado.³⁴

32 Fernando Campus Scaff defende que o Direito da Saúde, no qual o Direito Médico está inserido, há certas peculiaridades que impedem a aplicação fria e absoluta de conceitos e teorias clássicas. O Direito da Saúde já seria ramo autônomo do Direito, com metodologia, doutrina e objeto claramente definidos (SCAFF, 2016).

33 Podemos citar o caso ocorrido em Belo Horizonte em que uma mulher recebeu 06 (seis) tiros na cabeça e sobreviveu (AGÊNCIA..., 2015).

34 A corte de apelação de Maryland, no caso Fennell vs. Southern Maryland Hospital Center, analisou o seguinte caso hipotético: um grupo composto por 99 pacientes em que cada um detinha 33% de chance de sobreviver. Em razão de um atendimento médico inadequado, todos falecem. De acordo com a teoria civilística clássica, ante a ausência de causalidade, nenhum dos pacientes receberia a indenização. Todavia, estatisticamente, 33 pacientes teriam

O ser humano é por essência diferente, de sorte que cálculos estatísticos não podem servir como parâmetro para uniformizar e tabelar o homem.³⁵ Caso diverso da aplicação da teoria da perda de uma chance seria em um sorteio, em que não há ingerência humana. Ou seja, as chances de se ganhar na Mega-Sena são estatisticamente mensuráveis e não podem ser afetadas, caso obedecidas as regras e a legislação, pelo homem.³⁶ Não há variabilidade. Considerando que seis números devem ser escolhidos de um total de 60 e que seis números serão sorteados, a chance é de 1 em cada 50.063.860, conforme dados divulgados pela Caixa Econômica Federal (CAIXA..., 2015).

Ademais, ainda que se supere a questão da objetividade de uma relação subjetiva, há a necessidade de se justificar o motivo de escolha do percentual. Explica-se: havendo diversos estudos sobre a matéria, como justificar qual seria o mais adequado? Por qual motivo os resultados do estudo da Universidade Federal do Rio de Janeiro deve se sobrepor ao resultado obtido pela Universidade de São Paulo? Será que a amostra dos estudos utilizados pela Universidade Estadual de Campinas é mais adequada que a amostra da Universidade Federal da Paraíba?³⁷

sobrevivido. A não aplicação da teoria da perda de uma chance, gera um prejuízo para 33 pacientes. Todavia, a aplicação da teoria da perda de uma chance, implica da indenização da perda de 33% de chance de sobrevivência. Ou seja, 66 pacientes, que teriam morrido, seriam hiperindenizados, ao passo que 33 pacientes que teriam sobrevivido serão hipoindenizados, causando uma injustiça para os 99 casos, apesar de ser observada uma justiça social. (BRUER, 1994. p. 969).

35 Sobre o tema, Rafael Peteffi da Silva discorda, ao afirmar que as estimativas precisam gozar de certo grau de precisão e, portanto, podem ser aplicadas como uma fonte heterodoxa do nexo de causalidade (SILVA..., 2007, p. 102 e ss.).

36 A Mega-Sena foi apresentada para fins meramente didáticos, ou seja, não há afirmação de que ela poderia ser objeto da referida teoria, uma vez que a chance de vencer é tão diminuta que representa mera probabilidade matemática, sem nenhum respaldo concreto. A doutrina especializada entende que a teoria da perda de uma chance só pode ser utilizada quando houver chances reais de êxito. Neste sentido, chance estatística deveria ser desconsiderada, ao passo que a chance pessoal seria aplicável a teoria. Grácia Cristina Moreira do Rosário adota o entendimento de que uma chance séria não pode ter o percentual inferior a 40%, apesar de citar o entendimento de Miguel Kfourri Neto, compartilhado por Nuno Santos Rocha, que entende que uma resposta apriorística é arriscada e inadequada (ROCHA, 2015, p. 58-60; PEDRO, 2008, p. 389; ROSÁRIO, 2008, p. 181).

37 A falta de exigência de um nexo de causalidade determinante causa uma maximização da insegurança jurídica, ante a existência de decisões extremamente subjetivas, discricionárias e, por vezes, incoerentes. A teoria da perda de uma chance, de certa maneira, já presume que a redução da chance colaborou com o dano integral/final, quando, na verdade, apenas

Há uma série de variáveis que deverão ser respondidas, o que torna, ainda mais complexa, a atividade judicante.

Sempre que envolver algum aspecto humano, a aplicação da teoria da perda de uma chance mostrar-se-á injusta. Imaginemos o mesmo caso do Show do Milhão. No caso em tela a pergunta tratava da disposição das terras indígenas no texto constitucional brasileiro. Logo, as chances de profundo estudioso da matéria obter êxito são maiores do que a de estudante de Biologia, por exemplo. Aplicar o mesmo percentual de 25% de chances para Gilmar Ferreira Mendes - ministro do STF, autor de diversos obras e referência do estudo constitucional brasileiro – e o aluno de Biologia citado é irracional. O aluno, por razões estatísticas, partindo-se do pressuposto que desconhece a resposta, tem 25% de chances de acertar, porém o estudioso tem uma chance muito maior do que o do “cidadão comum”.

A padronização de chances para relações humanas é inviável, pois haverá uma má reparação do dano, pois alguns receberão indenizações superiores as reais chances existentes, ao passo que outros receberão indenizações inferiores as reais existentes. Em ambos as situações, o réu ou o autor arcarão com uma parcela de indenização indevida, resultando em um enriquecimento ilícito em relação à parte contrária.

Rui Stoco, uma das poucas vozes que critica a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance para profissionais liberais, afirma que esta apresenta dificuldades de aplicação, em especial pela dificuldade de se mensurar a chance. Continua ainda defendendo que a admissão da teoria seria “admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria”.³⁸ Ademais, para o ilustre autor, a aplicação da teoria tornaria a responsabilidade do profissional liberal de resultado e não de meio, como habitualmente é a dos advogados e médicos, o que representaria, de certo modo, uma grande contradição (STOCO..., 2010, p. 1168).

pode ter contribuído. “Há uma imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável” (SCHREIBER, 2013. p. 79).

38 Não compactuamos com o trecho citado diretamente, pois o dano não seria o final e sim a chance perdida.

Edmilson de Almeida Barros Júnior, um grande estudioso do Direito Médico, defende em sua obra que a teoria da perda de uma chance é inaplicável no ordenamento pátrio, pois é um extremo em que se condena sem que esteja comprovado o nexo de causalidade. Para ele, citando a doutrina francesa, há a aplicação de um nexo de causalidade virtual e o dever de indenizar sem que esteja comprovada a colaboração da conduta médica para o resultado final.³⁹

A aplicação da Teoria da Perda de uma chance objetiva uma relação subjetiva e cujo resultado seria incerto. O uso, único e exclusivo, de patamar estatístico para arbitramento da chance, considerando o “homem-médio” é perigoso, pois gera a má-distribuição de riqueza, gerando enriquecimento sem causa. Com o fito de sanar uma injustiça da teoria civilística clássica, o nexo causal é relativizado, criando outra injustiça.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Superada a discussão pelo não cabimento da teoria da perda de uma chance no âmbito médico, o presente estudo promoveu uma análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul como forma de esclarecer que, ainda que aplicada, os julgadores não têm observado as três etapas citadas no item 4.1, em especial o *quantum* de chance.

5.1 A JURISPRUDÊNCIA PARANAENSE

Em relação à referida teoria, eis o panorama do TJPR:

39 Não compartilhamos de forma integral o pensamento do ilustre autor. Acreditamos que não pode haver uma aplicação fria da teoria da perda de uma chance, mas o erro, ainda que não se possa precisar o *quantum* ele contribui para o resultado final, deve ser reparado, caso contrário, estaremos diante de uma verdadeira escolha de Sofia: não indenizar, pois o nexo de causalidade não foi suficientemente comprovado, ou indenizar integral, caso em que cometeremos uma injustiça para com o médico. O reconhecimento da chance enquanto dano autônomo e, portanto, reparável é uma medida intermediária e, ainda que não seja a ideal, é a que pode ser considerada a mais justa na atual conjuntura (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 192).

Tabela 2 – Relação entre a perda de uma chance e o Direito Médico no TJPR período entre 01 de janeiro de 2014 e 22 de setembro de 2015

Crerios de Avaliaão	Quantitativo
Número de Casos Julgados sobre a mat6ria pelas C6maras C6veis do TJPR	90*
Número de demandas julgadas procedentes com base na Teoria da Perda de uma Chance	15
Número de casos em que h6 o uso dos percentuais para quantificar a chance nos votos	4
Número de casos em que a quantificaão da chance foi negligenciada	11
Número de relatores que julgaram procedentes com base na Teoria de Perda de uma Chance	15

Fonte: Elaboraaão pr6pria a partir de consulta ao s6tio institucional do TJPR.

* **Legenda:** N6mero total de casos envolvendo erro m6dico, independentemente da proced6ncia ou n6o da demanda.

A partir da an6lise da tabela 01, 6 poss6vel afirmar que a Teoria da Perda de uma Chance tem sido aplicada de forma equivocada em 73% dos casos em que 6 suscitada. Apenas 27% dos casos faz expressa refer6ncia ao percentual de chances perdidas em raz6o do erro m6dico praticado.

Ocorre que a n6o indicaão do percentual, al6m de representar um erro t6cnico, indica uma violaão 6 ampla defesa e contradit6rio, uma vez que a decis6o imputa uma condenaão sem que esteja fundada em um lastro probat6rio.

Logo, observa-se que a falta da indicaão da chance perdida inviabiliza a aplicaão da referida teoria, sobretudo por impedir uma impugnaão especifica aos fatos controvertidos no processo. Havendo dano, nexo de causalidade e aão/omiss6o por parte do m6dico, h6 que se falar em dever de indenizar, por6m o uso da Teoria da Perda de uma Chance deve ser precedido da indicaão do percentual que o paciente detinha e foi perdido em raz6o do erro m6dico. Ou seja, pune-se a causalidade parcial ou concausa (ROCHA, 2015, p. 34).

5.2 A JURISPRUDÊNCIA GAÚCHA

Divergindo da jurisprudência paranaense, não foi observada nenhuma relevância da Teoria da Perda de uma Chance para dirimir conflitos sobre erro médico. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) aplica a responsabilidade civil por arbitramento, sem a necessidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

A referida teoria encontra, basicamente, adstrita ao julgamento de demandas envolvendo erro de advogados, em razão da morosidade para propositura de ações e/ou perdas de prazo para interposição dos recursos cabíveis, além de negativas de cobertura por parte de planos de saúde.⁴⁰

Quando utilizado o indexador “Perda de uma chance” na aba de busca de jurisprudência no período entre 01.01.2014 e 22.09.2015 são destacadas 190 demandas julgadas por alguma das Câmaras Cíveis do TJRS, porém apenas 08 foram julgados procedentes que, ainda que de forma reflexa, discorrem sobre a perda de uma chance, conforme Tabela 02:

Tabela 3 – Relação entre a perda de uma chance no TJRS período entre 01 de janeiro de 2014 e 22 de setembro de 2015

Crerios de Avaliao	Quantitativo
Número de Casos Julgados sobre a matéria pelas Câmaras do TJRS	190*
Número de demandas julgadas procedentes com base na Teoria da Perda de uma Chance nas relações médicas	07
Número de casos em que há o uso dos percentuais para quantificar a chance nos votos	0
Número de relatores dos casos que aplicaram erroneamente a teoria	06
Número de casos em que foi suscitada a “perda de uma chance” de sobrevivência do paciente	01**

Fonte: Elaboração própria a partir de consulta ao sítio institucional do TJRS, 2015.

⁴⁰ Julgados que afastam dano moral com base na teoria da perda de uma chance em razão dos julgadores entenderem que não há lesão aos direitos da personalidade comprovados.

- * **Legenda:** Número total de casos envolvendo teoria da perda de uma chance, independentemente da procedência ou não da demanda. A metodologia divergiu da aplicada no TJPR em razão da diferença dos sistemas de busca de jurisprudência.
- ** **Legenda:** Neste caso específico, o julgador apontou para o erro médico na condução do atendimento o que minorou as possibilidades de vida da paciente. Apesar de ter citado que a atuação médica reduziu a chance de sobrevivência da paciente, o julgador arbitrou o valor da indenização, sem mencionar a referida teoria. Cf. TJRS.Apelação Cível Nº 70057772527, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Julgado em 03/04/2014.

5.3 A JURISPRUDÊNCIA PERNAMBUCANA

A jurisprudência pernambucana apresenta uma baixa incidência de casos que discutem a perda de uma chance. No período objeto de análise apenas 7 (sete) julgados trataram do tema. Destes, apenas 3 estão relacionados a erros médicos, dos quais dois explicitam o uso da teoria da perda de uma chance.

Deste modo, podemos ilustrar a realidade pernambucana da seguinte forma:

Tabela 04 – Relação entre a perda de uma chance no TJPE período entre 01 de janeiro de 2014 e 22 de setembro de 2015

Critério de avaliação	Quantitativo
Número de Casos Julgados sobre a matéria pelas Câmaras do TJPE	7
Procedência da Demanda com base na Teoria da Perda de uma Chance nas relações médicas	02
Casos em que há o uso dos percentuais para quantificar a chance nos votos	0
Número de relatores dos casos que aplicaram erroneamente a teoria	02
Casos em que foi suscitada a “perda de uma chance” de sobrevivência do paciente	01*

Fonte: Elaboração própria a partir de consulta ao sítio institucional do TJPE, 2015.

- * **Legenda:** Neste caso específico, o julgador apontou para o erro médico na condução do atendimento o que minorou as possibilidades de melhora da saúde do paciente. Apesar de ter citado que a atuação médica reduziu a chance de sobrevivência da paciente, o julgador arbitrou o valor da indenização, sem mencionar a referida teoria. Cf. TJPE. Agravo

356055-00090875-19.2010.8.17.0001 1ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Relator: Erik de Sousa Dantas Simões, Julgado em 13/01/2015.

Logo, da mesma forma que as demais Cortes objeto de estudo, não houve o cuidado por parte dos julgadores de indicar nos acórdãos o percentual de chance do paciente.

6 CONCLUSÃO

A dessacralização da profissão do médico, em especial com a sua inserção no mercado, gerou uma massificação das demandas envolvendo erros médicos. Neste contexto, com vistas de garantir uma resposta para a coletividade, o Judiciário importou da França a “Teoria da Perda de uma Chance” com o fito de indenizar os pacientes-vítimas de erro médico quando não se pode afirmar, com convicção, que caso o médico tivesse sido diligente, o resultado seria completamente diverso e favorável ao paciente.

A regra geral do dever de indenizar, no âmbito particular, está fundada na existência de um ato ilícito, existência do nexo de causalidade e um dano. O nexo de causalidade será o liame fático e/ou jurídico que vinculará a conduta daquele responsável pela conduta ilícita para com o dano causado. No caso da teoria da perda de uma chance, tal nexo de causalidade é flexibilizado. Não há certeza se há nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano causado, porém há uma certeza de que caso aquela conduta não tivesse ocorrido, o resultado poderia ser outro.

Logo, a teoria da perda de uma chance não buscará indenizar o dano, uma vez que se desconhece se a conduta foi condição *sine qua non* para o resultado, porém afirma-se, com certeza, que ela reduziu a capacidade de êxito do paciente. Deste modo, modificando a teoria civilística clássica, o nexo causal é relativizado, de modo que a chance, ainda que parcial, seja indenizada.

Neste contexto, o dano sofrido pela vítima e indenizado pela teoria seria a chance perdida, ao passo que o nexo de causalidade seria representado pela chance mitigada. A teoria da perda de uma chance é um método de redução da

indenização, em razão da incerteza do resultado final, uma técnica de quantificação de dano com base em estatísticas aplicáveis ao “homem médio”.

Ocorre que, conforme defendido ao longo do texto, a teoria da perda de uma chance objetiva uma relação que é, por excelência, subjetiva. A aplicação de percentuais de cura ou sobrevivência ao corpo humano é indevida, uma vez que varia de acordo com cada corpo. A aplicação de um estudo genérico a um indivíduo específico gera um enriquecimento sem causa. O autor, caso detenha chances inferiores à média utilizada, será hiperrindenizado, o que acarretará perda para o réu, ao passo que, se detiver chances superiores à média utilizada, será hipoidenizado.

A ausência de certeza do nexo de causalidade determinante para o resultado danoso gerará decisões injustas e que, ainda que o valor social seja justo, apresentarão indenizações individuais desequilibradas, caso observadas as peculiaridades de cada ser humano.

O tabelamento com o uso de chances genéricas para o corpo humano representa uma espécie de objetificação de algo impassível de tal medida. As chances de cura e sobrevivência variam de corpo para corpo, inúmeras outras variáveis poderão afetar o caso. Diversos são os casos de pessoas que, contra todas as expectativas e estatísticas se recuperam, ao passo que outras, apesar de todo o quadro clínico favorável, possuem desfechos trágicos. Ademais, a objetivação do corpo e tabelamento, sem considerar a individualidade de cada ser humano representa uma violação da sua própria dignidade.

Deste modo, preferível que, em caso de erros médicos, se arbitre uma indenização devida, considerando sempre o caso concreto, as suas peculiaridades e as estatísticas de recuperação, porém estas últimas não podem ser o fundamento da decisão. Ou seja, o julgador pode até considerar que as chances de recuperação, porém estas devem ser um dos fundamentos da decisão, jamais o único. Logo, o que se propõe é a responsabilidade médica no caso concreto, sem que sejam utilizados resultados apriorísticos, porém estes, quando suscitada a referida teoria, devem ser referenciados.

Além de se observar a inaplicabilidade da teoria, é necessário destacar que ela tem sido aplicada de forma errada, sem a observância dos seus pressupostos essenciais. São necessárias três etapas para fixação da indenização: 1ª - indicação

do dano integral; 2ª - indicação da chance; 3ª - aplicação do percentual ao dano total. Ou seja, a chance tem o dever de mitigar o montante indenizatório, uma vez que o objetivo de utilização da teoria é a reparação da chance e não do dano causado. Todavia, o que se observa nos TJPR, TJRS e TJPE é que os julgadores, via de regra, negligenciam a indicação do percentual, suscitando e fundamentando suas decisões com base na teoria da perda de uma chance, porém não mensuram qual seria o percentual da chance, o que torna a decisão totalmente teratológica.

De uma amostra de 20 decisões de procedência com base na Teoria da Perda de uma Chance, apenas 04 apresentaram em seus acórdãos o percentual de chance perdido. Ou seja, apenas 20% das decisões aplicam de forma correta a Teoria da Perda de uma Chance. A ausência de indicação do percentual, além de representar um desconhecimento da teoria e sua aplicação, importa em um cerceamento do direito das partes. Ora, autor e réu não poderão impugnar de forma fundamentada a decisão, uma vez que não há respaldo para o valor arbitrado. A falta de indicação do quantum perdido e os seus reflexos no dano concreto inviabilizam um questionamento propriamente dito da decisão.

O caso do Show do Milhão é clássico para exemplificar o caminho percorrido pelo julgador para entender a chance perdida equivalia a R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). De forma idêntica, as decisões sobre perda de uma chance na área médica, caso se reconheça a sua aplicabilidade, devem fundamentar o quantum de chance, de sorte que qualquer agente, no momento de análise da fundamentação, possa entender o motivo pelo qual o valor fora arbitrado. Todavia, entendemos como mais adequada, ante a dificuldade de fixação da chance, a decisão do TJPE e a do TJRS que reconhecem que houve “perda da chance” e o julgador, portanto, arbitra o valor devido. Em tal situação, havendo insurgência por parte do sucumbente, poderá questionar o montante arbitrado em relação ao caso concreto, ou seja, sem a necessidade de se remeter a estudos e estatísticas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. **Mulher sobrevive após ser atingida por 6 tiros na cabeça.** Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,mulhersobrevive-apos-ser-atingida-por-6-tiros-na-cabeça,20061111p31570>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade civil do medico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais, v. 5:** responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 507-541.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Responsabilidade Civil pela perda de chance no Direito. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais, v. 2:** responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 525-557.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDES (ANS). **Prazos de espera para usar o Plano de Saúde e prazos máximos de atendimento.** Disponível em <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/prazos-de-espera-para-usar-o-plano-de-saude-e-prazos-maximos-de-atendimento>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

AGENCIA NACIONAL DE SAÚDES (ANS). **Resolução Normativa – RN n. 259, de 17 de junho de 2011:** dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN nº 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc1OA==>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano medico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais, v. 5.:** responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 543-574.

BRUER, Robert S. Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases. **Mo. L. Rev.**, v. 59, 1994.

CAIXA ECONOMICA FEDERAL. **Mega sena**. Disponível em: <ttp://loterias.caixa.gov.br/wps/portal/loterias/landing/megasena>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CAPRARA, Andrea; FRANCO, Anamelia Lins e Silva. A Relação paciente médico: para uma humanização da pratica medica. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 15, jul./set., 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v15n3/0505>. Acesso em: 30 set. 2015.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'AVILA, Roberto Luiz. Erro profissional do medico ou resultado adverso?. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Orgs.). **Dos hospitais aos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 437-461.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica**: Resolução CFM n. 1931, 17 set. 2009. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como dano?: Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite. In: CAMPOS, Diogo Leite de;

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Orgs.). **Pessoa Humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

FRAGATA, Jose; MARTINS, Luis. **O erro em medicina: perspectivas do individuo, da organização e da sociedade**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANCA, Genival Veloso. **Comentários ao código de ética médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

_____. **Direito Médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GONDIM, Glenda Goncalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais, v. 5: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 471-505.

Haidar, Rodrigo. **Empresas transferiram seu call center para o Judiciário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

HENSEL, Wendy Fritzen. The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 40, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. A responsabilidade civil do medico. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas Essenciais, v. 5: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 607-644.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais:** código civil e código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOUREIRO, Cinthia Ayres Holanda; MARTINS, Claudia Laise Reis; REIS, Maria Clara Simeão. **A teoria da perda de uma chance de cura e sua aplicação na seara médica.** Disponível em: <<http://www.faeite.edu.br/revista/Artigo3-cinthia-ayres-claudia-laise-maria-clara.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MULTEDO, Renata Vilela. A responsabilidade civil por nascimento indesejado. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; DADALTO, Luciana (Orgs.). **Dos hospitais aos tribunais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PATRICIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância.** Coimbra: Almedina, 2005.

PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico:** reflexões sobre a noção da perda de uma chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direito dos pacientes e responsabilidades médicas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de chance como uma nova espécie de dano.** Coimbra: Almedina, 2015.

ROSARIO, Gracia Cristina Moreira de. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.11. n. 43, p. 167-186, 2008.