

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A
TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO TJRS**

MONOGRAFIA

Ania Kliemann

Santa Maria, RS, Brasil
2013

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO TJRS

por

Ania Kliemann

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria, como requisito parcial para
obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. MS. José Fernando Lutz Coelho

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A
TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO TJRS**

elaborada por
Ania Kliemann

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

José Fernando Lutz Coelho
(presidente/Orientador)

Isabel Christine S. de Gregori (UFSM)

Paulo Ricardo Inhaquite da Costa (UFSM)

Santa Maria, 03 de dezembro de 2013.

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre à margem de nós mesmos.

Fernando Pessoa

*Dedico este trabalho
especialmente ao meu amado
marido, Paulo, pelo incentivo e
apoio nesta longa jornada em
busca da realização de um
sonho...*

AGRADECIMENTOS

A Deus, sem o qual, nada seria possível.

*Aos meus pais, pela vida e tudo o mais que deles
recebí.*

*Às minhas irmãs, Candy, Vanda e Romy, pelo
estímulo e apoio.*

*Ao Mestre José Fernando Lutz Coelho, pelos valiosos
ensinamentos e pela confiança depositada.*

*Aos professores da Fadisma e da UFSM cujo
aprendizado foi indispensável para a construção deste
trabalho.*

*Aos amigos que, de perto ou de longe,
acompanharam esta jornada e torceram pelo meu êxito.*

RESUMO

Monografia
Faculdade de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO TJRS

AUTORA: ANIA KLIEMANN
ORIENTADOR: JOSÉ FERNANDO LUTZ COELHO
Santa Maria, 03 de dezembro de 2013.

O presente trabalho teve o objetivo de apresentar alguns aspectos importantes sobre a teoria da perda da chance e a responsabilidade médico-hospitalar, bem como verificar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito do tema. Para tanto, procedeu-se à análise dos recursos julgados pelo Tribunal sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance. A pesquisa jurisprudencial retornou 63 recursos julgados no período entre 1990 e outubro de 2013. Estes julgados forneceram subsídios para a elaboração dos gráficos apresentados no capítulo 4, que trata da aplicação da teoria da perda da chance à responsabilidade médico-hospitalar no TJRS. Como resultado desta pesquisa jurisprudencial, verificou-se, entre outros, que a partir de 2007 houve um incremento significativo no número de recursos sobre o tema, sendo que a maioria deles foram apelações cíveis. Constatou-se ainda que os hospitais figuraram como réus na maioria das ações, as quais foram propostas principalmente em função da morte, invalidez ou perda de membro, sentido ou função dos pacientes. Com relação ao êxito nas demandas após o julgamento dos recursos, verificou-se que as vítimas foram as maiores beneficiadas. Conclui-se que, a despeito de o acolhimento da teoria da perda de uma chance no Poder Judiciário Brasileiro ser recente, já trouxe novos contornos às noções de responsabilidade civil, com reflexos também na responsabilidade médico-hospitalar. Isto porque a aceitação da causalidade parcial tem ensejado a condenação de médicos, clínicas e hospitais a indenizar as vítimas, ainda que não seja possível ter absoluta certeza de que sua ação ou omissão foram decisivos para a ocorrência do dano, ou, dito de outro modo, que o dano não ocorreria caso a conduta do réu fosse diversa. Nesse contexto, através da teoria da perda de uma chance indeniza-se não o dano em si, mas a chance perdida, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras chave: responsabilidade; médico-hospitalar; perda de uma chance.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**PHYSICIAN'S CIVIL LIABILITY AND THE LOSS OF CHANCE
THEORY IN TJRS**

Author: Ania Kliemann
Adviser: José Fernando Lutz Coelho
Santa Maria, December 3rd 2013.

This study aimed to present some important aspects about the loss of chance theory and the medical-hospital liability, as well as to verify the Court of Justice of Rio Grande do Sul (TJRS) understanding of the issue. For that, the medical-hospital liability appeals judged by the TJRS were analyzed on the basis of the loss of chance theory. The jurisprudential research returned 63 judged appeals between 1990 and October 2013. Such appeals provided data for the creation of the graphs presented in chapter 4, which refer to the application of the loss of chance theory in medical-hospital liability in the TJRS. Among the results of this jurisprudential research, it was verified that there was a significant increment in the number of appeals about the matter from 2007, the majority of them being civil ones. Further, it was found that hospitals appeared as defendants in most of the actions, which were mainly proposed as a result of the patient's death, disability or limb, sense or function loss. With regard to the success in the demands after judgment of the appeals, it was observed that the decisions were mostly in the plaintiffs' favor. It can be concluded that, although the adoption of the loss of chance theory by the Brazilian Judicial Power is recent, it has brought new outcomes to the notions of civil liability, also reflecting in the medical-hospital liability. That is because acceptance of the partial causality has condemned physicians, clinics and hospitals to compensate the victims, even though it is not possible to be absolutely certain whether the action or omission was decisive for the damage to occur, or, that the damage would not have occurred if the defendant's conduct had been different. In this context, the lost chance rather than the damage itself is compensated for through the loss of chance theory, using the principles of proportionality and reasonability.

Key-Words: liability; medical-hospital; loss of chance.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|----------------|---|
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CEM | Código de Ética Médica |
| CFM | Conselho Federal de Medicina |
| CREMESP | Conselho Regional de Medicina de São Paulo |
| DF | Distrito Federal |
| REsp | Recurso Especial |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| TJMG | Tribunal de Justiça de Minas Gerais |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul |

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Gráfico 1-** Evolução do número de julgados envolvendo responsabilidade médico-hospitalar onde foi suscitada a aplicação da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013.....**39**
- Gráfico 2** - Espécies e número de recursos relativos à responsabilidade médico-hospitalar julgados pelo TJRS à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013.....**40**
- Gráfico 3** - Apelantes, embargantes e agravantes nos recursos interpostos e julgados pelo TJRS à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013.**41**
- Gráfico 4** - Decisões colegiadas unânimes e por maioria e decisões monocráticas tomadas pelo TJRS nos recursos envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013.**41**
- Gráfico 5** - Pessoas físicas e jurídicas de direito público e de direito privado que figuraram como réus nos processos cujos recursos foram julgados pelo TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013**42**
- Gráfico 6** - Espécies de danos que deram ensejo à propositura das ações por responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, das quais houve recurso ao TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013. .**43**
- Gráfico 7** - Demandas favoráveis aos autores e réus, dentre os recursos julgados pelo TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013 envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance.. **44**
- Gráfico 8** - Número de decisões do TJRS favoráveis aos autores relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013 que mencionam expressamente o CDC.**45**
- Gráfico 9** - Espécies de danos acolhidos nas decisões favoráveis aos autores sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas pelo TJRS no período de 1990 a outubro de 2013.**47**
- Gráfico 10** - Espécies de danos materiais reconhecidos nas decisões procedentes sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas pelo TJRS no período de 1990 a outubro de 2013.....**48**

| | |
|---|-----------|
| Gráfico 11 - Número de decisões do TJRS favoráveis aos autores relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período de 1990 a outubro de 2013 que mencionam expressamente os termos “proporcionalidade”, “razoabilidade” e/ou “prudência”..... | 49 |
| Gráfico 12 - Número de decisões favoráveis aos autores ou aos réus que foram reformadas ou mantidas pelo Tribunal, relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, no período entre 1990 e outubro de 2013. | 50 |
| Gráfico 13 - Número de recursos interpostos pelos réus que reformaram as decisões de 1º. grau em ações sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, no período entre 1990 e outubro de 2013.. | 51 |
| Gráfico 14 - Número de recursos dos autores decorrentes de ações sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas improcedentes no 1º. grau e reformadas pelo TJRS, no período entre 1990 e outubro de 2013.. | 52 |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 14 |
| 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO..... | 22 |
| 3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO | 30 |
| 3.1 CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM FACE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE | 35 |
| 4 A APLICACAO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE À RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR NO TJRS | 38 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 56 |
| ANEXO - RELAÇÃO DE JULGADOS CONSULTADOS PARA A ELABORAÇÃO DOS GRÁFICOS..... | 60 |

INTRODUÇÃO

A aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito brasileiro conferiu novos contornos às hipóteses em que as entidades e profissionais devem ser impelidos a indenizar as vítimas. Antes dela, a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano era condição *sine qua non* para o surgimento do dever de indenizar. Atualmente, com a aplicação desta teoria, vislumbra-se a possibilidade de, na ausência do nexo de causalidade, indenizar não o dano em si, mas a chance perdida pela vítima em virtude da ação ou omissão do agente, ainda que não se tenha certeza de que conduta diversa evitaria o dano.

Esta teoria tem sido argüida com freqüência cada vez maior pelas vítimas em um diversificado número de hipóteses de responsabilidade civil e o seu acolhimento por parte do Poder Judiciário também cresce paulatinamente. Na área da saúde, e mais especificamente na área médica, não tem sido diferente. Prova disso é que no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) cresceu significativamente o número de recursos sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance a partir de 2007.

Considerando a atualidade do tema, aliado à necessidade de quantificar e trazer à luz o “olhar” do Poder Judiciário sobre a questão e os reflexos disto para a prática diária de quem atua na área da saúde, a temática despertou inquietudes que estimularam o desenvolvimento do presente trabalho. Nesse sentido, se por um lado há indiscutivelmente o direito do paciente de ter reparados os danos ou a chance perdida, por outro lado questiona-se em que medida os profissionais da saúde devem ser responsabilizados por suas ações ou omissões, quando muitas vezes estas (ações ou omissões) estão adstritas às condições de trabalho (ou à falta delas) colocadas à disposição pelo Poder Público ou pelos hospitais/clínicas. Dito de outro modo, sabedores que somos da realidade vivida na maioria dos hospitais e unidades de saúde, onde não existem ou não funcionam sequer os equipamentos mais básicos para diagnóstico e também não há recursos humanos em número suficiente para permitir ao médico dedicar-se a cada paciente de modo a elaborar um diagnóstico adequado e, conseqüentemente, um plano de tratamento eficaz na

tentativa de solucionar o problema do paciente, é possível exigir do médico conduta diversa? E mais: é justo responsabilizá-lo nas hipóteses em que não dispunha de tempo/equipamentos/meios de diagnóstico/equipe auxiliar, entre outros, para atuar?

Por esta razão, a análise da problemática em torno da apreciação da responsabilidade profissional à luz da teoria da perda da chance também é de suma importância para que se possa delinear os elementos que devem estar presentes para a sua aplicação adequada, afim de não se cometer injustiças, tanto para os profissionais e entidades, quanto para as vítimas.

Com o intuito de refletir a respeito destas questões, o presente trabalho foi elaborado pelo método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico e estatístico. A monografia foi estruturada em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo abordou-se a teoria da perda de uma chance e alguns aspectos relativos à sua aplicação. O capítulo 2 abordou a responsabilidade civil do médico, especialmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC). No terceiro capítulo foi abordada a aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade médico-hospitalar. Por fim, no último capítulo, intitulado “a aplicação da teoria da perda da chance à responsabilidade médica no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, foram apresentados os dados compilados em pesquisa jurisprudencial no site do referido Tribunal. O tema é relativamente novo, controvertido e, acima de tudo, envolvente. Por isso, longe de esgotar o assunto, o presente trabalho humildemente pretende contribuir com algumas reflexões sobre o tema.

1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance, de acordo com Dutra (2012), surgiu no Direito Francês como um complemento da noção de responsabilidade civil, em face da impossibilidade de exercício de uma oportunidade. Prossegue o autor:

A Responsabilidade Civil por perda de uma chance é uma teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. Essa teoria tem a característica de reconhecer uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo, consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, a probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria.

Gonçalves (2010, p. 260) esclarece que a construção da hipótese do dano derivado da perda de uma chance deve-se à jurisprudência francesa que “desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito”.

Ao dispor sobre o caráter aleatório do instituto da perda da chance, Santos (2009, p.9) afirma que:

Tal sorte de prejuízo se constitui no dano pela perda da chance que a vítima tinha de alcançar certa vantagem ou de evitar um prejuízo. A chance que ela possuía era, por óbvio, aleatória. Entretanto, havia probabilidades de que a vantagem fosse alcançada. O dano ocorre, portanto, no exato ponto em que a pessoa é privada dessa possibilidade, por um fato alheio, atravessado no processo aleatório.

De acordo com Savi (2012, p. 3), a teoria da perda da chance permitiu que se fizesse uma “distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”.

Trata-se de uma teoria inovadora no meio jurídico, uma vez que lida com a quantificação de algo incerto e hipotético (DUTRA, 2012).

Savi (2012, p. 2), por sua vez, questiona se é possível falar em dano certo e, portanto, indenizável, uma vez que não há como determinar com absoluta certeza qual teria sido o resultado dos eventos dos quais dependia a realização da vantagem esperada. E é o próprio autor quem responde ao questionamento:

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da

perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Halfeld (2011, p. 50) vai mais além, ao afirmar que na aplicação deste instituto o autor do dano será responsabilizado quando privar alguém de obter uma vantagem ou impedi-la de evitar prejuízo, sendo que a peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos decorre do fato de não se tratar de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade. O prejuízo decorrente da perda de uma chance, segundo Rosário (2009, p. 140), não é dano futuro, mas atual, uma vez que o resultado que poderia ser almejado no futuro não mais existirá em razão da perda da chance. Nestes termos, afirma a autora, “o dano resulta do prejuízo provável”.

De acordo com Carvalho (2011), a teoria da perda da chance durante muito tempo não foi aplicada pela dificuldade de comprovação de um dano efetivo e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta de terceiro. Explica o autor:

Com isso, nos casos em que o dano era decorrente da perda da chance, com a privação da vítima, a partir de um ato de terceiro, da chance de obter alguma vantagem ou de ter evitado um prejuízo, com o paradigma vigente na Responsabilidade Civil, os danos eram suportados pela própria vítima.

Por esta razão, coube à doutrina e à jurisprudência se debruçarem sobre o problema da superação dos moldes tradicionais de dano e nexo de causalidade, permitindo desta forma a reparação da perda de uma chance. No entanto, de acordo com Bortoluzzi (2007, p. 46), ainda não há consenso doutrinário a respeito de sua natureza jurídica.

Em termos de jurisprudência, a autora aponta que os tribunais brasileiros “parecem trabalhar em total dissonância com a doutrina nacional”, na medida em que a maioria dos julgados trata a perda da chance como espécie de dano moral enquanto a doutrina a considera uma espécie de dano material. A este respeito, Savi (2012, p. 57) ressalta que além do dano material, muitas vezes a perda da chance pode ensejar a agregação do dano moral, mas não se pode admitir que o dano causado pela perda da chance seja considerado exclusivamente moral porque, segundo o autor “a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial, que se enquadram como uma subespécie de dano emergente.

Corroborando a afirmação de Bortoluzzi (2007), o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não acolheu o pedido de danos materiais no REsp 1.335.622 – DF, fundamentando seu indeferimento na impossibilidade de concluir que a conduta adequada do réu impediria o resultado danoso. Prossegue o relator:

Explica-se: considerando que não há como ser ligada a conduta da ré ao evento morte – não há como ter certeza de que, ainda que prestado o atendimento de emergência de forma adequada, a paciente sobreviveria –, **a indenização deve ater-se apenas ao dano moral, excluído o material. Mesmo porque, como já dito, não se pode indenizar o possível resultado.** Não se indeniza o que a vítima hipoteticamente deixou de lucrar, mas, sim, a oportunidade existente em seu patrimônio no momento em que ocorreu o ato danoso. **O que os pais perderam, repita-se, é a chance do tratamento e não a continuidade da vida.** A falta reside na chance de cura de sua filha, e não na própria cura. **Falta, assim, pressuposto essencial à condenação do recorrente ao pagamento do pensionamento, nos termos em que formulado.** (BRASIL, 2012)

Em seu voto vista no mesmo REsp, a Ministra Nancy Andrighi divergiu do relator, por entender que, no caso dos autos, foram levados em consideração diferentes liames de causalidade para o dano moral e material, de modo que foi provido o pedido de dano moral e improvido o dano material. Explica a Ministra:

[...] A despeito disso, julga procedente o pedido de indenização moral, afirmando não se tratar de reparação pela morte da criança, mas pela perda da chance de sobrevivência decorrente da omissão do hospital. Rogando ao i. Min. Relator as mais elevadas vênias, penso ter havido confusão na apreciação do nexos de causalidade enquanto requisito indispensável à caracterização de cada um dos danos. **Salvo melhor juízo foram levados em consideração diferentes liames de causalidade: para o dano material buscou-se nexos entre o comportamento do hospital e o resultado morte, enquanto para o dano moral procurou-se nexos entre a referida conduta e a redução de chance de sobrevivência do paciente. Daí as diferentes conclusões alcançadas, admitindo a existência de dano moral, mas afastando a presença do dano material. Ocorre que, em se tratando de perda da chance, há um único nexos de causalidade a ser perquirido, ligado, como visto, não ao resultado final (morte) para o qual a conduta do agente pode ou não ter contribuído, mas apenas à oportunidade que se privou.** Trata-se, pois, de quantificar em que medida a conduta do hospital contribuiu para a chance (de viver) perdida. Nesse aspecto, deve-se: (i) verificar a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) confirmar se a ação ou omissão do agente tem nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético. A partir daí, a reparação civil pela perda de uma chance se dará pelo estabelecimento de uma indenização para esse bem jurídico autônomo, em uma proporção aplicada sobre o dano final experimentado, fixada conforme a probabilidade da chance perdida de alterar esse resultado danoso. (BRASIL, 2012)

Pelo exposto em seu voto vista, a Ministra Nancy Andrighi votou no sentido de determinar a baixa dos autos à origem para que se apurasse em que medida a conduta do hospital reduziu a chance de sobrevivência da menor. Na Apelação Cível 70051433290 do TJRS (BRASIL, 2013e), o desembargador Tasso Caubi Soares Delabary seguiu o posicionamento jurisprudencial majoritário apontado por Bortoluzzi (2007), de modo que em seu voto manifestou o entendimento de que a perda da chance enseja a reparação por danos morais:

[...] PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CHANCE PERDIDA, PORQUANTO A FALTA DE EFETIVO EMPENHO NA BUSCA DE VAGA EM SERVIÇO DE TRATAMENTO INTENSIVO NEONATAL, INDISPENSÁVEL AO CUIDADO DA CRIANÇA, CONSOANTE A PROVA TÉCNICA PRODUZIDA, TOLHEU AS CHANCES DE CURA E ADEQUADO TRATAMENTO DO FILHO DA PARTE AUTORA, QUE ACABOU FALECENDO.
Dano moral que decorre do próprio fato, *in re ipsa*. Valor da condenação fixado, além das peculiaridades do caso em concreto, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como com a natureza jurídica da condenação. [...]

Ao dispor sobre o incremento de julgados nos tribunais brasileiros apreciados à luz da teoria da perda da chance, Savi (2012, p. 47) também alerta para a dificuldade dos tribunais pátrios harmonizarem os conceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Exemplifica o autor:

Alguns julgados entendem que a perda da chance deva ser considerada uma modalidade de dano moral ou em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há farta jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maioria das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucro cessante. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda da chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente.

Savi (2012, p. 14), também aponta as semelhanças entre o lucro cessante e a perda da chance no que tange à matéria probatória, ao dispor que em ambas as hipóteses as vítimas tem dificuldades para provar o dano, uma vez que em ambos os casos sempre restará a “dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse”.

Carvalho (2011), por sua vez, entende que é controvertido na doutrina o tipo de dano decorrente da perda de uma chance, controvérsia que, segundo o autor,

ainda pende de consenso também nos tribunais, conforme trecho do voto do relator Adão Sergio do Nascimento Cassiano, do TJRS, em decisão sobre o tema:

Mas há controvérsia com relação à modalidade de dano patrimonial a “perda da chance” constitui se dano emergente, lucro cessante ou modalidade intermediária. Há julgados nos tribunais pátrios concedendo a indenização pela “perda de uma chance” a título de lucro cessante. No entanto, parece predominar o entendimento de que **se trata de uma terceira espécie de dano patrimonial, consistente em um dano material hipotético (porém real), intermediário entre o lucro cessante (o que efetivamente deixou de ganhar) e o dano emergente (o que a vítima perdeu)**. (Brasil. 2004).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Venosa (2010, p. 324), ao afirmar que a perda da chance pode ser considerada uma terceira modalidade, intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante.

De acordo com Carvalho (2011), a teoria da perda de uma chance é um novo paradigma da responsabilidade civil, para o qual ainda se busca respostas que permitam compreender os novos contornos dos elementos da responsabilidade civil.

Braga (2012) aponta três requisitos básicos para configurar a possibilidade de pleitear judicialmente com base na aplicação da teoria da perda da chance: **uma chance séria e real**; a **quantificação do dano** e a **perda definitiva da vantagem esperada pela vítima**.

A respeito da **chance séria e real**, Braga (2012) entende que esta deve realmente demonstrar a possibilidade de concretização da expectativa futura que fora ilícitamente ceifada da vítima do evento danoso, a qual não se confunde com os lucros cessantes. De acordo com o autor, o lucro cessante se diferencia pela quantificação do grau de probabilidade das chances de prejuízo:

A resolução desta questão reside justamente na quantificação da probabilidade. Podemos dizer que quando as chances do prejuízo futuro ocorrer forem próximas à absoluta certeza, é possível a aplicação dos lucros cessantes. Neste sentido, esta modalidade indenizatória vincula-se muito mais à certeza do que à chance, razão pela qual são modalidades distintas. Caso clássico da doutrina é o taxista que tem seu carro abalroado, deixando de auferir ganhos futuros justamente pela indisponibilidade de seu objeto de trabalho. Na verdade, seria impossível demonstrar ao Juiz qual seria seu lucro exato por dia não trabalhado, ainda que futuro. Entretanto, efetuado simples média aritmética, é possível convencer o Magistrado acerca de uma quantia razoável e estimada de seu prejuízo, atribuído à situação um grau de elevada certeza.

De acordo com Bortoluzzi (2007, p. 6), o dano caracteriza-se pela chance perdida, de modo que o que é passível de indenização é a chance e não o benefício que a vítima almejava conseguir, ou o prejuízo que queria evitar.

Venosa (2010, p. 325), por sua vez, entende que o acolhimento da teoria da perda da chance relativizou a idéia de que o dano deve ser real, atual e certo, pois a aplicação desta teoria leva a indenizar “a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo, embora os lucros cessantes não fujam muito dessa perspectiva”. Prossegue o autor:

Os julgados demonstram que, quando é estabelecida indenização por lucro cessante, em várias oportunidades a construção é feita sob hipóteses mais ou menos prováveis. Na verdade, quando se concede lucro cessante, há um juízo de probabilidade, que desemboca na perda de chance ou de oportunidade. [...] Em muitas situações, ao ser concedida a indenização por lucros cessantes, os tribunais indenizam, ainda que em nosso país não se refiram ordinariamente à expressão, à perda de oportunidade ou perda de chance, frequentemente citada na doutrina estrangeira. (VENOSA, 2010, p. 328)

Rodrigues (2011) delimita o objeto da indenização da perda da chance da seguinte forma:

[...] neste tipo de responsabilidade civil não se admite expectativas incertas ou pouco prováveis. A chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização foi frustrada pelo fato danoso. Contudo, a vítima não necessita provar de forma específica que a chance certamente iria ocorrer, uma vez que se trata de um processo provável e não absolutamente concreto, para tanto, basta demonstrar que a probabilidade de que a vantagem esperada fosse concreta, com boas chances de certeza, ou seja, a demonstração provável de sua ocorrência para que assim possa ser configurada a perda de uma chance. [...] Portanto, o que se indeniza não é aquilo que deixou de ser ganho com a perda da oportunidade ou chance, caso isto acontecesse seria necessário a prova cabal de sua certeza, mas sim o que se busca indenizar é a perda da sua possibilidade, estando ligado a um juízo de probabilidade onde se verifica se as chances eram sérias e reais.

Venosa (2010, p. 329), por sua vez, entende que não há que se falar em perda de oportunidade se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, de modo que a chance deve ser devidamente avaliada quando “existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza”. Prossegue o autor: “O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constituiu uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da ‘chance’.

Rosário (2008) exemplifica com clareza a linha tênue entre os danos que permitem a aplicação do instituto da perda de uma chance e os que não o permitem:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos

acontecimentos, de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos; se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

A perda da chance deve ser analisada no caso concreto, de modo que se possa definir os contornos de um dano já sofrido e não para permitir indenizar um prejuízo puramente eventual (ROSÁRIO, 2008).

A respeito da **quantificação do dano**, sua importância reside na distinção entre a chance e a certeza, de modo que a indenização pela perda da chance será sempre inferior à do dano certo. Braga (2012) explica:

Esta questão é muito importante, principalmente quando o evento futuro tem cunho patrimonial, **devendo sempre o montante indenizatório respectivo à perda da chance ser inferior à quantia efetivamente esperada caso o evento futuro ocorresse sem a intervenção ilícita de um terceiro**. Esta dedução é lógica, pois contrario sensu estar-se-ia equiparando a chance à certeza, fato este que foge à alçada do Instituto em exame. (grifo não original)

No julgamento do REsp 1.335.622 – DF, a Ministra Nancy Andrighi enfrentou a problemática que envolve a quantificação do dano e a consequente aplicação proporcional desta quantificação na reparação:

Transpondo essas considerações para a hipótese dos autos, deve-se apurar se a internação em UTI – impossibilitada pela conduta omissiva do hospital – traria à menor uma chance real e concreta de sobrevivência e, em caso afirmativo, **qual seria, percentualmente, essa chance. Esse percentual incidirá sobre o prejuízo integral – material e moral – suportado pelos recorrentes por força do falecimento da menor, atuando como um quantificador do dano, de modo a se obter uma indenização exclusivamente pela perda da chance. Por outro lado, constatada a inexistência de uma oportunidade efetiva de sobrevivência, não estaremos diante de uma perda da chance indenizável.**

No particular, porém, o TJ/DF se pautou pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e o evento morte, **deixando de apreciar, a partir da aplicação da teoria da perda da chance, até que ponto a transferência da menor para o hospital poderia ter evitado o seu falecimento, ou seja, em que medida a sua internação na UTI aumentaria a sua expectativa de vida** (Brasil, 2012).

Por fim, a **perda definitiva da vantagem esperada pela vítima** deve estar presente, sob pena de não ser possível a aplicação da teoria da perda da chance:

[...] caso exista alguma possibilidade, mesmo que ínfima, de obter êxito naquela empreitada, não se pode afirmar que o sujeito passivo do dano perdeu todas as chances de alcançar seu objetivo, seja qual for, descaracterizando a possibilidade da aplicação deste Instituto. (Braga, 2012)

Em artigo sobre a (in)aplicação da teoria da perda de uma chance nos fatos ocorridos durante o período de exceção, Dutra (2012) explica a importância da aplicação desta teoria no Direito pátrio, ainda que despida de embasamento legal:

Desse modo, vê-se que mesmo em se tratando de tese que foi absorvida apenas por força de jurisprudência e da avaliação da doutrina, a Teoria da Perda de uma Chance vem ganhando força no sistema brasileiro de julgamentos. Ela é sem dúvida, um importante fator que aumenta significativamente a probabilidade de reparação de danos aos indivíduos. Desse modo, representa um avanço no processo de responsabilização, reforçando o tema da Responsabilidade Civil e atualiza-o para responder as novas demandas que vem surgindo e que precisam de uma resposta do judiciário, como é o caso dos fatos ocorridos durante o regime de exceção brasileiro, fatos esses que somente foram indenizados, porém não foram analisados frente a teoria da perda da chance, teoria esta que abrirá um novo mundo de discussões quanto ao tema (DUTRA, 2012).

De acordo com Rosário (2009, p. 157), há limites para a aplicação da teoria da perda da chance, tendo em vista que não é qualquer possibilidade perdida que forçará o agente a ressarcir o dano, de modo que simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Para o entendimento acerca da responsabilidade médica, é imprescindível destacar inicialmente, ainda que de forma sucinta, o que se espera do médico no seu atuar. Nesse sentido, Rosário (2009, p. 160) discorre sobre o tema:

[...] a tarefa do médico não é fácil. A atividade exige do profissional, além dos conhecimentos e habilidades especiais, a consciência dos deveres éticos e jurídicos que visam proteger a dignidade da pessoa humana e o dever de curar, esforços para lidar com o lado emocional do paciente, sob o risco de ser processado por não alcançar os objetivos almejados pelo paciente. [...] Do médico espera-se uma prática cautelosa, inadmitindo-se ações imprudentes. É dever do médico dar informações e aconselhamentos essenciais ao paciente, suficiente cuidado, não usar de ação abusiva, ser honesto, fornecer tratamento digno de ser humano, informar o paciente de cada novo passo no tratamento, obediência às regras do sigilo, ter boa fé objetiva. [...] Decerto que na relação médico paciente, o enfermo procura o profissional de saúde para alcançar alívio e a cura desejada, porém, não se pode esperar do médico uma atuação milagrosa, considerando-se que a medicina é uma atividade de meio, não de resultado.

Gonçalves (2010, p. 257) complementa afirmando que os médicos serão civilmente responsabilizados somente nas hipóteses em que restar demonstrada sua imprudência, imperícia ou negligência.

Carvalho (2011) esclarece que a responsabilidade civil decorre da violação dos limites impostos à liberdade humana, devendo o causador dos danos responder em sua integralidade. Nestes termos, prossegue o autor, a responsabilidade civil apresenta três elementos essenciais: a conduta humana; o dano e o nexo de causalidade, tendo ainda como elemento accidental a culpa, os quais devem ser comprovados para que surja o dever de indenizar.

Tratando especificamente sobre a natureza da relação que se estabelece entre médicos e seus pacientes, Gonçalves (2010, p. 256) afirma que “já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica”, sendo sua obrigação de meios, na medida em que, via de regra, o objeto do contrato é a prestação dos serviços com diligência e cuidado, não se comprometendo o médico em obter a cura do paciente.

Com o advento do CDC, a responsabilidade do médico passou a ser disciplinada por este diploma legal, nos termos do § 4º do artigo 14 do CDC, sendo sua responsabilização condicionada à comprovação de sua culpa. No entanto, as pessoas jurídicas que atuam na área da medicina (hospitais e clínicas, por exemplo),

via de regra, respondem objetivamente, nos termos do caput do art. 14 do CDC (BRASIL, 1990).

Exceção à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica ocorre quando a falha do serviço decorrer de erro dos profissionais, hipótese em que a presunção da culpa e a conseqüente responsabilidade da mesma dependerá da apreciação da culpa dos profissionais, não se configurando a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. É o que explica Gonçalves (2010, p. 268), ao afirmar que, mesmo com o advento do CDC, o hospital não responderá objetivamente quando se tratar de danos causados por médicos integrantes de seus quadros, uma vez que é necessário comprovar a culpa dos médicos para se ter como presumida a culpa do hospital.

Além dos hospitais e assemelhados, também respondem objetivamente e com obrigação de resultados os bancos de sangue, laboratórios de análises clínicas e centros de diagnóstico por imagem (GONÇALVES, 2010, p. 267)

Considerando que normalmente a atividade médica é executada em equipe, o chefe da equipe médica possui um importante papel, conforme ensina Rosário (2009, p. 137):

O atuar em equipe, constituído por vários profissionais – cirurgiões, médicos, enfermeiros, dentre outros – gera um vínculo de subordinação entre o chefe da equipe médica e os demais atuantes. O líder da equipe se responsabiliza pelos erros cometidos, considerando a responsabilidade pelo agir dos profissionais, sendo eles assalariados, terceirizados ou cooperados. O chefe responde pela falta do dever de cuidado, *neminem laedere*, pela negligência de seu preposto a título de responsabilidade pelo feito de outra pessoa. [...] A obrigação de prudência e de diligência se aplica a cada membro da equipe que deve permanecer vigilante quanto à prestação de serviços realizada pelos demais profissionais.

A este respeito, Gonçalves (2010, p. 258) explica que o médico responde não só por fato próprio, mas também por fato de terceiros que estejam sob suas ordens. Exemplifica o autor: “Assim, por exemplo, presume-se a culpa do médico que mandou sua enfermeira aplicar determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente”. É semelhante o entendimento de Rizzardo (2009, p. 337), ao afirmar que a responsabilidade por fato de outrem ocorre se o médico se fez substituir ou formou uma equipe para auxiliá-lo em sua atividade, devendo arcar com as conseqüências das falhas causadas por estes profissionais. Entende o autor que o mesmo princípio se aplica quanto à equipe auxiliar composta por enfermeiros, assistentes e atendentes.

A respeito da obrigação de reparar o dano, Rosário (2009, p. 149) explica que não é qualquer falha que enseja a obrigação de repará-lo. Entende a autora que deve-se estar diante de um atuar negligente, pois se assim não o for, “será impraticável o agir do profissional de medicina, já que o médico lida com o corpo e com a mente humana, que compõem um círculo frágil, tendo em vista os segredos não revelados pelo próprio corpo do doente”.

Ainda de acordo com Rosário (2009, p. 136), no tocante ao diagnóstico a obrigação do médico é de meios, de modo que se este não se utilizar dos meios técnicos e intelectuais habitualmente colocados em ação por um profissional competente e diligente, isto poderá comprometer sua responsabilidade. Prossegue a autora:

Se o diagnóstico é difícil de definir, não se pode reclamar do médico, salvo se ele tiver conformado com os dados adquiridos na ciência que se apresentam, caso seja necessário chamar terceiros competentes. É preciso deixar claro que atualmente a jurisprudência distingue o diagnóstico evidente, sobre o qual o erro constituiria uma falta, do diagnóstico delicado e difícil, que não é considerado erro.

O entendimento a respeito do erro é de suma importância na seara da responsabilidade profissional. De acordo com Iturraspe e Lorenzetti (1991, p. 137), o erro é o comportamento objetivamente distinto do que exigia a situação em concreto, mas não necessariamente culposos, existindo quando se faz todo o possível, quando se prestam todos os meios e ainda assim se chega à conclusão de que eles não eram aptos para obter o fim perseguido.

Para melhor compreensão da responsabilidade médica, convém estabelecer a distinção entre as modalidades de erro médico, quais sejam, o erro profissional, o erro de diagnóstico e a iatrogenia, uma vez que cada uma delas terá implicações distintas na apreciação da responsabilidade médica. De acordo com Gonçalves (2010, p. 261), o erro profissional (ou erro de técnica) advém da incerteza da arte médica, na medida em que a imperfeição da ciência é uma realidade. Por esta razão, entende o autor que este tipo de erro é escusável, assim como a iatrogenia também o é. A iatrogenia consiste no dano causado pelo médico em pessoas saudáveis ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados (GONÇALVES, 2010, p. 262).

No entanto, a imperícia, o desconhecimento da arte médica e a falta de diligência ou de prudência em relação ao que se poderia esperar de um bom

profissional, de acordo com Gonçalves (2010, p. 262), constituem situações ensejadoras de responsabilização. Entende o autor que se trata de “responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado”. Por fim, o autor afirma que o erro de diagnóstico (determinação da doença do paciente e de suas causas) também não enseja a responsabilização do médico, desde que seja “escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos”.

Rizzardo (2009, p. 329) afirma que a falibilidade é inerente à pessoa, de modo que nenhum médico está a salvo de cometer erros, sejam eles de diagnóstico, tratamento ou prescrição, devendo, para evitar a responsabilização, demonstrar que o diagnóstico foi elaborado de acordo com os sintomas verificados ou demonstrar que em face da gravidade do quadro que apresentava o paciente não era possível atingir a cura ou minimizar os danos. Prossegue o autor:

Não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por açodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico, dentre outros múltiplos fatores.

Para Gonçalves (2010, p. 262), os avanços tecnológicos na área da medicina requerem maior rigor na análise da responsabilidade médica, especialmente quando decorrente de diagnóstico equivocado por desídia do profissional que poderia ter submetido o paciente a determinados exames e/ou procedimentos mas não o fez, “optando por um diagnóstico precipitado e impreciso”. Na prática, isto significa que há uma linha muito tênue entre o erro técnico escusável e o não escusável, o que torna cada vez mais difícil a tarefa do magistrado em sua atividade jurisdicional.

De acordo com Iturraspe e Lorenzetti (1991, p. 137), a avaliação do erro deve compreender o lapso que vai desde o início da prestação do serviço até o seu término, ou, dito de outro modo, não se deve avaliar o erro em um instante, uma vez que todos nós podemos nos equivocar (ITURRASPE; LORENZETTI, 1991, p. 139).

Ainda sobre a reparação do dano, convém destacar que ela é cabível também quando o dano decorrer do não cumprimento do dever de informação, dever este que está em consonância com o disposto no CDC, conforme explica Rosário (2009, p. 134):

A obrigação de informar o paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio pode acarretar conseqüências sobre a saúde ou quando a sua abstenção priva o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação. A obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos cabe ao médico, bem como a comprovação de que a informação foi bem dada. A informação deve ser exhaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua freqüência, desde o momento que se torne risco grave.

Ao abordar a responsabilidade pelo não cumprimento do dever de informação, Iturraspe e Lorenzetti (1991, p. 157) entendem que devem ser estabelecidas com precisão as conseqüências jurídicas da omissão do dever de informar ou do seu cumprimento defeituoso. Afirmam os autores que a culpa surge por não haver informado ou por tê-lo feito defeituosamente, o que se julga conforme os modelos pré descritos, não sendo necessária negligência no tratamento.

Com o advento do CDC e o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que este diploma legal se aplica à relação estabelecida entre profissionais de saúde e seus pacientes, têm sido cada vez mais frequente a exigência do cumprimento do dever de informação em face dos profissionais de saúde. Exemplo disso se infere da leitura da ementa da Apelação Cível Nº 70043239284, recentemente julgada pelo TJRS, cujo relator foi o desembargador Niwton Carpes da Silva (BRASIL, 2013c):

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROGRAMA DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA. GRAVIDEZ APÓS O PROCEDIMENTO. **AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA.** RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO PELOS DANOS OCACIONADOS PELOS SEUS PROFISSIONAIS MÉDICOS. DANO MORAL CONFIGURADO. Trata-se de ação de indenização por danos morais na qual a autora alega a responsabilidade dos réus, médico e Município, pela **falta de informação adequada, uma vez que após ter se submetido à laqueadura das trompas, voltou a engravidar**, julgada extinta, sem resolução do mérito, em face do médico, em razão da ilegitimidade, e procedente contra o Município. INTERESSE PROCESSUAL - Não há se falar em carência de interesse processual da parte autora, haja vista que o pedido inicial não está amparado no nascimento de seu filho, mas sim na falha da prestação os serviços a que foi submetida, que resultou em uma gravidez não planejada e que, ademais, representou risco à sua saúde, pois se trata de pessoa hipertensa. Assim, é manifesto o interesse da autora em ver processado e julgado o seu pedido de indenização por danos morais, máxime porque entende ter sido lesada com a prestação de serviços defeituosa. Preliminar desacolhida. [...] Outrossim, **é um direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os produtos e serviços disponibilizados no mercado pelos fornecedores. Nesse sentido, preceitua o artigo 6º, inciso III, do Estatuto Consumerista.** "In casu", considerando que, segundo o depoimento da demandante, esta somente procurou o Programa de Laqueadura oferecido pelo Município porque já havia passado por duas gravidezes de alto risco, um aborto espontâneo e uma gravidez tubária, é possível aferir que o objetivo perquirido, através do método de esterilização, era evitar nova gravidez, e

nada mais. Todavia, **a prova dos autos demonstrou que a paciente não foi informada adequadamente sobre as deficiências do método de esterilização adotado, o que ocasionou uma gravidez indesejada e, por evidente, abalo moral, pois frustrou o planejamento familiar e, ainda, a autora suportou uma gravidez de risco. O nexos causal entre a conduta do preposto do município réu e o dano causado, restou devidamente comprovado em razão da falha do processo de informação.** Presentes, pois, os pressupostos da responsabilidade civil (o dano, o nexos de causalidade e a conduta ilícita do demandado através de um de seus agentes), medida que se impõe é de reconhecer o dever de indenizar. QUANTUM INDENIZATÓRIO - Valorando-se as peculiaridades da hipótese concreta, o valor de R\$ 15.000,00 é justo para minimizar o dano causado à autora. "Quantum" mantido. [...] DUPLA APELAÇÃO. APELAÇÕES DESPROVIDAS, COM EXPLICITAÇÃO DA SENTENÇA. (Apelação Cível Nº 70043239284, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 29/08/2013)

Ainda sobre o dever de informação do médico, Rosário (2009, p. 160) ressalta a importância de sua observância, ao afirmar que o médico tem o dever de informar aos pacientes sobre os benefícios e riscos dos procedimentos, de modo que diante da insatisfação do paciente cabe ao médico demonstrar que agiu com diligência e que o insucesso deve-se a uma das excludentes de responsabilidade, quais sejam, força maior, culpa da vítima e caso fortuito.

A respeito da culpa da vítima, esta muitas vezes decorre da não observância de deveres próprios ao paciente na relação contratual, hipótese em que não há que se falar em responsabilidade do profissional, como bem enfatiza Rosário (2009, p. 160):

Por sua vez, o paciente tem o dever e a obrigação de ser honesto e transparente no cumprimento do seu dever: fornecer informações que são de sua responsabilidade e seguir corretamente as prescrições médicas. Entretanto, há casos em que o enfermo não cumpre suas obrigações, não seguindo, seja por conta própria ou por ato de terceiros estranhos ao assunto e até por outro profissional, as ordens formais e os conselhos do médico, ocasionando falha na elaboração do diagnóstico e dificuldades no tratamento. Considera-se, então, que, nestes casos, não é imputada ao médico a responsabilidade.

Independentemente de qual seja a ação ou omissão que deu causa ao dano, deve-se ter em mente que o CDC franqueou a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, nos termos do inciso VIII do art. 6º. do referido Código (BRASIL, 1990):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

De acordo com Gonçalves (2010, p. 257), a hipossuficiência que dá ensejo à inversão do ônus da prova não é apenas econômica, mas também técnica. Entende o autor que o médico está em melhores condições de trazer aos autos os meios de prova necessários à apuração de sua responsabilidade. Por esta razão, os prestadores de serviços médicos devem dispensar especial atenção na elaboração e guarda do conjunto probatório de seu agir.

É importante ressaltar que a responsabilidade do médico por danos causados aos seus pacientes não se restringe somente à esfera civil, haja vista que o médico pode ser impelido a responder também nas esferas criminal e administrativa. O principal regramento legal que fundamenta os processos por infrações éticas é a Resolução CFM Nº1931/09 (CONSELHO, 2009), mais conhecida como Código de Ética Médica (CEM).

Em capítulo que trata da responsabilidade profissional, o CEM¹ dispõe sobre as vedações impostas aos médicos no exercício de sua atividade profissional. Ao dispor sobre o relacionamento com os pacientes e familiares, o CEM estabelece, entre outros, a obrigatoriedade de o médico utilizar todos os meios disponíveis para o diagnóstico e tratamento dos pacientes:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

¹ É vedado ao médico:

Art. 1º **Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.**

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

[...]

Art. 3º **Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou,** mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º **Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.**

[...]

Art. 6º **Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais,** exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

[...]

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los (CONSELHO, 2009).

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. 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.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

[...]

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CONSELHO, 2009).

Em notícia publicada recentemente no site do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), o referido Conselho informou que em dez anos aumentou em 302% o número de processos ético profissionais a partir de denúncias contra médicos principalmente por má prática e erro médico, mas também por outras infrações previstas no CEM. Em números, informa o CREMESP que em 2001 houve 1022 processos e em 2011 este número subiu para 3089 processos (CREMESP, 2012).

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A teoria da perda de uma chance tem sido aplicada pelos tribunais em casos que envolvem a responsabilização de médicos que atuaram de maneira negligente, imprudente ou imperita e, em decorrência disto, privaram seus clientes da “chance” de obter a cura de determinadas doenças ou ainda de evitarem danos.

Halfeld (2011, p. 50) ensina que o médico não tem obrigação de curar seus pacientes, mas deve aplicar-lhes todo conhecimento e técnica de que dispõe, oportunizando-lhes as chances de obterem a cura ou de sobreviverem. No entanto, prossegue o autor, quando isto não acontece, o que em última análise significa que o paciente não teve a oportunidade de sobreviver ou obter a cura, surge o dever de indenizar, ainda que não se tenha certeza de que a conduta adequada levaria à cura ou recuperação do paciente. É o que explica o autor:

[...] quando os cuidados prestados pelos médicos são deficientes ou falhos, ocasionando a perda da oportunidade que teria o paciente de se curar ou sobreviver, torna-se necessária a responsabilização do mesmo, pois embora não se tenha certeza de que aquela pessoa encontraria a cura ou sobreviveria, suas chances foram diminuídas, não tendo tido ela, a oportunidade de ser tratada corretamente e em tempo hábil. (Halfeld, 2011, p. 50)

Cavaliere Filho (2012, p. 414) explica a distinção entre o erro que causa um dano direto ao paciente e a perda da chance de cura ou sobrevivência:

A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se há erro médico e esse erro provoca *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico.

Em seu voto vista no julgamento do REsp 1.335.622 – DF, a Ministra Nancy Andrighi defende a aplicação da teoria da perda da chance na responsabilidade médica, ainda que isto “implicaria romper com o princípio da *conditio sine qua non*, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica”. De acordo com a Ministra, isto se resolve com o entendimento

de que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal com o resultado:

A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, **o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a vítima.** Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar (Brasil, 2012).

O eminente relator do REsp 1.335.622 – DF², Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, também manifestou-se no sentido de que, ainda que o réu não tenha causado diretamente o evento danoso, sua omissão dá ensejo à aplicação da teoria da perda de uma chance:

Dessume-se, portanto, que é indiscutível que, no caso em apreço, o hospital pode não ter causado diretamente o resultado morte, mas tinha a obrigação legal e não o impediu, **privando a paciente de uma chance de receber um tratamento digno que, talvez, pudesse lhe garantir uma sobrevivida.** Em suma, **a omissão está em relação de causalidade não com o evento morte, mas com a interrupção do tratamento, ao qual tinha a obrigação jurídica de realizar, ainda que nunca se venha a saber se geraria resultado positivo ou negativo para a vítima** (grifos não originais).

² RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. **PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.** 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes. 3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança. 4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral. 5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. 6. **A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.** 7. **Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.** 8. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

Referindo-se à conduta e aos danos dela decorrentes na área médica, Rosário (2008) afirma que, ainda que em regra a responsabilidade só possa ser imputada se os danos pelos quais um indivíduo pede reparação foram causados de maneira inquestionável pelo fato prejudicial que lhes deu causa, vem-se acentuando pela jurisprudência a utilização do conceito da perda das possibilidades de resultados da cura ou da sobrevivência.

Isto porque, em princípio, a vítima só poderia obter uma indenização integral de seu prejuízo se provasse que o erro do médico foi realmente a causa de todo o seu dano, princípio este que foi atenuado pela doutrina e pela jurisprudência com a aplicação da teoria da perda de uma chance. A chance perdida, no caso, “corresponde ao fato de que a vítima perdeu uma chance de adquirir uma situação semelhante àquela da média dos outros indivíduos” (ROSÁRIO, 2008).

De acordo com Savi (2012, p. 3), há duas modalidades de responsabilidade civil por perda de uma chance, sendo que normalmente a responsabilidade civil médica ou responsabilidade civil pela perda da chance de cura ou sobrevivência se enquadram na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final.

Bocchiola (1976, *apud* Savi, 2012, p. 23) entende que nos casos de responsabilidade médica, “a problemática gira em torno do nexos causal entre a ação e o resultado danoso consistente na perda de chance de sobrevivência ou de cura”.

Rosário (2009, p. 134) explica que, nos termos da teoria da perda de uma chance, se a intervenção equivocada do profissional ocasiona a perda da possibilidade de o paciente curar-se, o médico deve ser responsabilizado, o que, em última análise, dependerá da comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva. Prossegue a autora:

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

Cumprido ressaltar que a teoria também é aplicável na hipótese de responsabilidade objetiva, que prescindir da comprovação da culpa do agente, seja ele pessoa física ou jurídica. De acordo com Rosário (2009, p. 161) ao firmar um contrato com seus pacientes, os hospitais e clínicas assumem diversas obrigações, tais como hospedagem, prestação de serviços médicos, entre outros. Entende a

autora que sua responsabilidade é objetiva nos termos do CDC, sendo o médico responsável também pela equipe a ele subordinada, de modo que, “havendo erro, falta do dever de cuidado e negligência, responde pelos danos”.

A ementa da Apelação Cível 1.0024.07.688476-6/002 de relatoria do Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira, julgada recentemente pelo TJMG, ilustra uma das hipóteses de conduta em atendimento médico que enseja a aplicação do instituto por falha do serviço de hospital:

EMENTA: RECURSO INTERPOSTO APÓS O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - NÃO CONHECIMENTO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL NO ATENDIMENTO DA GESTANTE DURANTE PARTO PREMATURO - FALTA DE PEDIATRA - CONFIGURADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - APLICAÇÃO** - SOFRIMENTO SUPOSTO PELA PARTE AUTORA DIANTE DO MAU ATENDIMENTO DE SEU FILHO RECÉM-NASCIDO - DANO MORAL - CONFIGURADO - MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO - CABIMENTO - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - SUPOSTOS PELA PARTE RÉ - MANTER O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...] - **A responsabilidade do hospital é objetiva, prescindindo da comprovação da culpa, sendo que, uma vez comprovados nos autos a existência de falha na prestação do serviço médico, o dano suportado pelo paciente e o nexo de causalidade, evidencia-se a sua obrigação de reparação civil.** [...] - A indenização por danos morais imposta à parte ré deve ser ampliada, porquanto restou demonstrada a **falha no atendimento hospitalar** da parte autora, considerando que **a falta do pediatra nos primeiros minutos após o nascimento da criança prematura, retirou a sua chance de sobreviver**, bem como causou profundo abalo emocional na genitora, que presenciou a negligência para com o seu filho, sem nada poder fazer. - Levando em conta que foram reconhecidos outros danos morais a serem reparados e, por consequência, que a indenização foi majorada, tendo sucumbido minimamente a requerente em sua pretensão, bem como que o recurso da parte ré sequer foi conhecido, os ônus de sucumbência devem ser suportados apenas pela parte ré. - Deve ser mantido o valor dos honorários advocatícios, uma vez que foram fixados de modo adequado e justo, considerando a natureza e a importância da causa e o grau de zelo do advogado, conforme preceitua o art. 20, § 4º, do CPC (BRASIL, 2012).

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, do TJRS, na Apelação Cível Nº 70052376779 (BRASIL, 2013a):

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. QUEDA CRIANÇA DA ALTURA DE CINCO METROS. TRAUMA CRÂNIO-ENCEFÁLICO. AUSÊNCIA DE EXAME RADIOLÓGICO. PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DAS LESÕES SOFRIDAS PELO TRAUMA. CAUSA DOS SINTOMAS DA PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Caso dos autos em que o autor, então contando com sete anos de idade, sofreu queda de uma altura de cinco metros, sofrendo trauma crânio encefálico. Levado ao nosocômio codemandado e atendido pelos médicos que lá atuavam, permaneceu em observação por 17 horas, sendo medicado, sem que fosse realizado exame radiológico procedimento tido como necessário para

verificar a extensão das lesões sofridas. Removido por familiares para outro hospital e realizado o exame radiológico, foi de pronto encaminhado para hospital de referência no qual submetido à craniotomia, diante da constatação de fratura no crânio, permanecendo 14 dias na UTI e recebendo alta 24 dias após a queda. Sequelas neurológicas e psicológicas permanentes, incapacitando o autor. **Prova dos autos que evidencia a falha no atendimento médico-hospitalar prestado, notadamente a inércia em não realizar exame radiológico para aferir o grau das sequelas sofridas pelo autor e a ocorrência de fratura de crânio, bem como por não ter determinado a transferência do autor para outro hospital com condições de prestar adequado atendimento, tolhendo as chances de eventual possibilidade de ausência ou minoração das sequelas resultantes do trauma. Erro de diagnóstico. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico contribuiu para o agravamento do estado de saúde da paciente, diminuindo suas chances de eventual possibilidade de ausência ou minoração das sequelas resultantes do trauma. [...] DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DESPESAS COM TRATAMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Considerando a incapacidade do autor em razão das sequelas sofridas, faz jus ao pensionamento mensal vitalício reclamado. Contudo, tratando-se de perda de uma chance, uma vez não ser possível determinar a inócorência das sequelas caso houvesse o correto atendimento médico, fixado em 2/3 do valor do salário mínimo, a contar da data em que o autor completou dezesseis anos. Da mesma forma, faz jus o autor ao ressarcimento de 2/3 dos valores despendidos com tratamento médico, a ser apurado em liquidação de sentença, bem como ao pagamento de 2/3 de eventuais despesas futuras para o tratamento das sequelas. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME (BRASIL, 2013a).**

No caso em exame, se está diante de evidente hipótese de erro na organização do serviço, uma vez que o aparelho de raios X do hospital não estava funcionando quando da internação do menor. Este tipo de erro, segundo Rosário (2008) pode ocorrer “em razão da ausência de supervisão, por falta do corpo médico, ou, ainda, pela imprudência médica, bem como pela insuficiência de meios adequados para a prestação do serviço”.

É importante salientar que o juiz só poderá aplicar a teoria da perda de uma chance quando verificar a existência de nexos de causalidade, e este for forte o suficiente para proporcionar ao requerente sucesso na demanda devido ao grau de verossimilhança (ROSÁRIO, 2008). Afirma ainda a autora que “a perda da chance retrata o insucesso de uma oportunidade que seria ofertada ao doente caso não houvesse a interrupção abrupta em razão de um ato ilícito. A conjuntura que é frustrada não é o proveito esperado, mas a probabilidade de que esse proveito ocorreria não fosse a interrupção oriunda do ilícito”.

A Apelação Cível nº 70053811626 (BRASIL, 2013b), de relatoria do desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, do TJRS, ilustra bem a questão da valoração da probabilidade do proveito e não do proveito em si:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. **DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO.** AUSÊNCIA DE MEDIDAS PRECONIZADAS PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DOS SINTOMAS DO PACIENTE. **PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR.** Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina do hospital demandado foram negligentes na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, ignorando peculiar circunstância de não possuir o baço, inviabilizando o diagnóstico da moléstia que lhe acometia e tolhendo as chances de tratamento e cura. [...] Conduta imprudente, negligente e imperita da equipe médica do nosocômio demandado, que ignorou a condição de esplenectomizado do paciente, o que obriga a suspeição de Sepsis Pós Esplenectomia, bem como ignorou sintomas de infecção que demandava investigação diagnóstica mais acurada e tratamento mais agressivo para o quadro apresentado, com o uso imediato de antibiótico. **Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico tolheu eventuais chances de cura ou melhora do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou no seu óbito por infecção generalizada. Configurada a responsabilidade do demandado devido à evidente falha no atendimento médico-hospitalar ao de cujus, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar.** DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em virtude da falha no serviço prestado pelo demandado que culminou no óbito do esposo, pai e filho dos autores. **Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação.** DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. VIÚVA E FILHAS MENORES. [...] **O valor do pensionamento deve ser calculado à razão de 2/3 sobre 60% da remuneração auferida pelo de cujus à época do óbito, incluídas as verbas acessórias que compunham a remuneração, haja vista que o outro terço corresponderia aos seus gastos de ordem pessoal, considerando, ainda, a mitigação do valor em razão da perda de uma chance.** [...] DANO MATERIAL. DESPESAS COM FUNERAL. Condenação da demandada ao pagamento de 60% das despesas com funeral devidamente comprovadas nos autos. APELO PROVIDO. UNÂNIME (BRASIL, 2013b).

É importante ressaltar também que a indenização cabível à vítima, via de regra, não será integral. De acordo com Halfeld (2011, p. 50), será parcial ou mitigada, tendo em vista que não se está diante de uma certeza absoluta, mas da possibilidade de conseguir um resultado.

3.1 CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM FACE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A necessidade de estabelecer critérios mínimos para fixar o valor da indenização diante da aplicação da teoria da perda de uma chance ainda é questão controvertida. De acordo com Carvalho (2011), o valor obstaculizava a aplicação da

teoria da perda da chance, na medida em que era necessário “estabelecer uma indenização que ao mesmo tempo repare integralmente o dano causado, mas sem causar enriquecimento ilícito no caso de perda de uma chance”. Entende o autor que nos casos cujos moldes permitem a aplicação da teoria da perda de uma chance deve-se buscar a integral restituição do valor equivalente à chance perdida e não do valor do ganho que foi impedido, levando-se em consideração o grau de probabilidade de ter alcançado aquele benefício ou evitado as perdas se o ato ilícito não tivesse ocorrido.

A respeito do quantum indenizatório, Venosa (2010, p. 330) também ressalta a dificuldade para sua fixação:

[...] em matéria de valor e limites indenizatórios, qualquer que seja a situação, as questões são casuísticas e a doutrina apenas pode apontar parâmetros, sem estabelecer limites. Não convém que, para a responsabilidade em geral, o legislador estabeleça critérios tarifados, como fez na responsabilidade aeronáutica, por exemplo.

Cavaliere Filho (2012, p. 414) enfatiza a importância de se aplicar o princípio da razoabilidade no momento de arbitrar o valor da indenização.

Rosário (2009, p. 132), por sua vez, explica que na jurisprudência italiana a quantificação da indenização da perda da chance consiste em repartir o valor do resultado útil esperado e sobre este fazer incidir o percentual de chances anteriores ao ilícito. Ainda de acordo com a autora:

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa. Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deve ser da chance e não dos ganhos perdidos.

É semelhante o posicionamento de Braga (2012), para o qual quando o evento futuro tem cunho patrimonial, o montante indenizatório respectivo à perda da chance deve ser sempre “inferior à quantia efetivamente esperada caso o evento futuro ocorresse sem a intervenção ilícita de um terceiro”, sob pena de equiparar a chance à certeza.

Dutra (2012), por sua vez, explica que o objeto da indenização “não é a vantagem perdida, mas a possibilidade séria e real de não se conseguir ter acesso a essa chance de obter a vantagem”. Afirma o autor que é necessário fazer uma

distinção entre o resultado perdido e a real possibilidade de consegui-lo, de modo que a possibilidade de vitória terá valor menor que a vitória futura, o que deve ser analisado no momento da quantificação do dano.

A respeito do tema, Savi (2012, p. 67) posiciona-se no mesmo sentido:

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance, no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade. O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.

O autor chama a atenção para a dificuldade que se impõe na quantificação do dano, enfatizando que esta “jamais poderá ser utilizada como fundamento para os que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento.”

Cavaliere Filho (2012, p. 414) afirma que nas hipóteses de perda de uma chance, os tribunais têm concedido indenizações a título de dano moral em valor mitigado, uma vez que a chance de sucesso “terá sempre valor menor que o próprio sucesso, o que deve refletir no montante da reparação”. O entendimento do autor é corroborado pela pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho com base nos julgados do TJRS, cujos dados são apresentados no **capítulo 4**.

4 A APLICACAO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE À RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR NO TJRS

Apesar de ter sido desenvolvida na França no século XIX e estar difundida em vários países, a teoria da perda de uma chance começou a ser aplicada no Brasil recentemente. No TJRS, a decisão mais antiga em que foi suscitada a aplicação desta teoria data de 12 de junho de 1990 e dispõe sobre a responsabilidade médica em cirurgia de miopia que resultou em névoa no olho e hipermetropia, conforme se depreende da ementa (BRASIL, 1990):

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990)

Na decisão em comento, o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior entendeu pela não aplicação da teoria da perda de uma chance. No entanto, não foi possível verificar os fundamentos de sua decisão, uma vez que o inteiro teor do julgado não está disponível no site do TJRS. A partir deste recurso, vários outros versando sobre responsabilidade médico-hospitalar também foram apreciados pelo Tribunal ao longo dos anos, sendo que a partir de 2007 houve um incremento significativo no número de recursos suscitando a aplicação desta teoria.

A fim de verificar o incremento destas ações, procedeu-se à pesquisa de jurisprudência no site do TJRS. Para tanto, inicialmente foi feita uma pesquisa no link “pesquisa de jurisprudência”³ do TJRS com as palavras chave “perda de uma chance”, a qual retornou 405 julgados. Com vistas a refinar a pesquisa, foi feita nova consulta com as palavras chave “perda de uma chance. médico. hospital”, com 33 julgados encontrados. Em face da possibilidade de alguma das ementas envolvendo responsabilidade médico-hospitalar não possuir especificamente as palavras “médico” e “hospital”, foram analisadas todas as 405 ementas inicialmente encontradas, o que resultou na seleção de 63 julgados sobre responsabilidade médico-hospitalar, sendo o mais antigo de 12 de junho de 1990 e o mais recente de

3

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario)

09 de outubro de 2013. A partir dos julgados selecionados, procedeu-se à compilação dos seguintes dados: número de julgados por ano; espécie de recursos; réus nos processos; tipo de danos reconhecidos; número de decisões favoráveis aos autores e aos réus, danos que deram ensejo às demandas, dentre outros aspectos relevantes a respeito do tema. Os resultados desta análise são apresentados a seguir.

A análise do **Gráfico 1** permite verificar o incremento no **número de julgados** envolvendo a responsabilidade de médicos, clínicas e hospitais desde 1990, quando foi apreciada a 1ª apelação cível, até 2013, quando 14 casos foram submetidos ao TJRS. É importante observar que no período entre 1990 até 2006 poucos casos foram submetidos ao TJRS, totalizando cinco ações em 17 anos. Já no período compreendido entre 2007 e 2013, portanto, sete anos, houve um incremento no número de demandas em que se argüiu a aplicação da teoria da perda de uma chance, totalizando 58 casos. Há que se ressaltar também que os dados relativos ao ano de 2013 referem-se aos primeiros dez meses do ano (janeiro a outubro), de modo que novos julgados poderão somar-se aos analisados neste trabalho para compor o número total de recursos relativos a 2013. É oportuno observar também que os interstícios entre 1990 e 1996 e entre 1996 e 2004 foram agrupados porque não houve recursos versando sobre o tema nesses períodos.

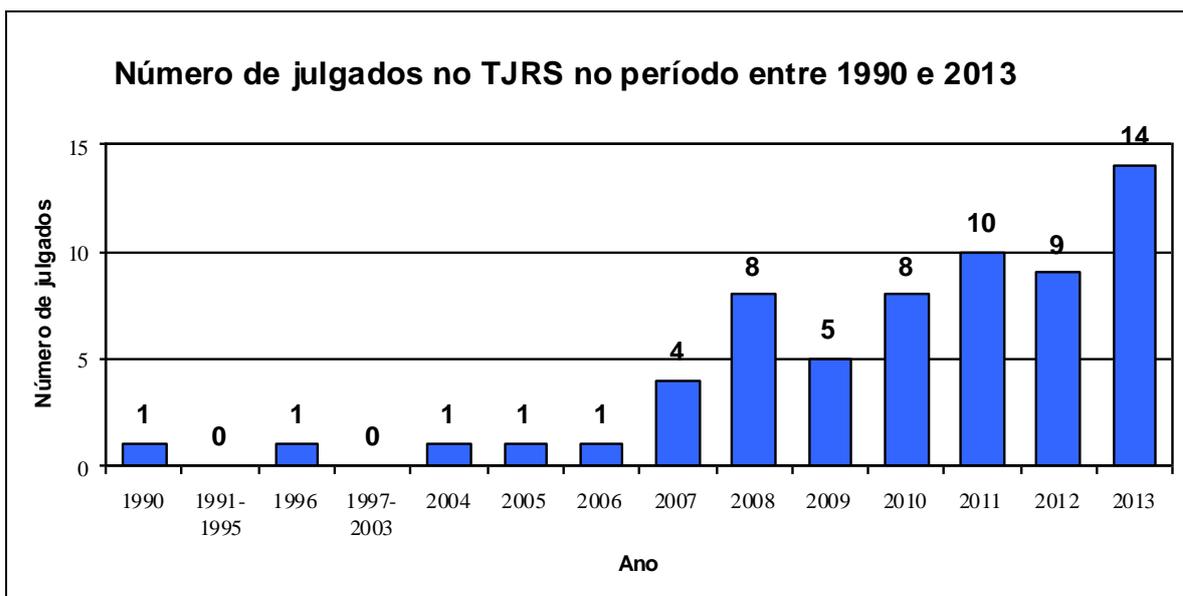


Gráfico 1 - Evolução do número de julgados envolvendo responsabilidade médico-hospitalar onde foi suscitada a aplicação da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Com relação às **espécies de recursos** julgados pelo TJRS no período entre 1990 e 2013 a respeito da responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, tem-se: 48 apelações cíveis; cinco apelações cíveis e recursos adesivos; quatro apelações cíveis e agravos retidos; três embargos infringentes e três agravos de instrumento, totalizando 63 recursos, conforme demonstrado no **Gráfico 2**.

É oportuno salientar que dos 63 recursos analisados, cinco estão relacionados a apelações cíveis julgadas anteriormente pelo Tribunal, razão pela qual não serão computados em alguns gráficos.



Gráfico 2 – Espécies e número de recursos relativos à responsabilidade médico-hospitalar julgados pelo TJRS à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Outro aspecto relevante relacionado aos recursos diz respeito às partes que recorreram, se os autores ou os réus (ou ambos), principalmente porque a partir desta informação é possível inferir quem teve seus pleitos atendidos (ou não) nas sentenças de 1º. grau. Nesse sentido, a partir da análise dos 63 julgados, verificou-se que 33 recursos foram interpostos pelos autores, 14 pelos réus, 14 por autores e réus e em duas não foi possível apurar, tendo em vista que o inteiro teor das decisões não está disponível no site do TJRS (**Gráfico 3**). O elevado número de recursos dos autores talvez se justifique pelo fato de que muitas decisões de 1º. grau foram improcedentes, conforme se verá mais adiante.

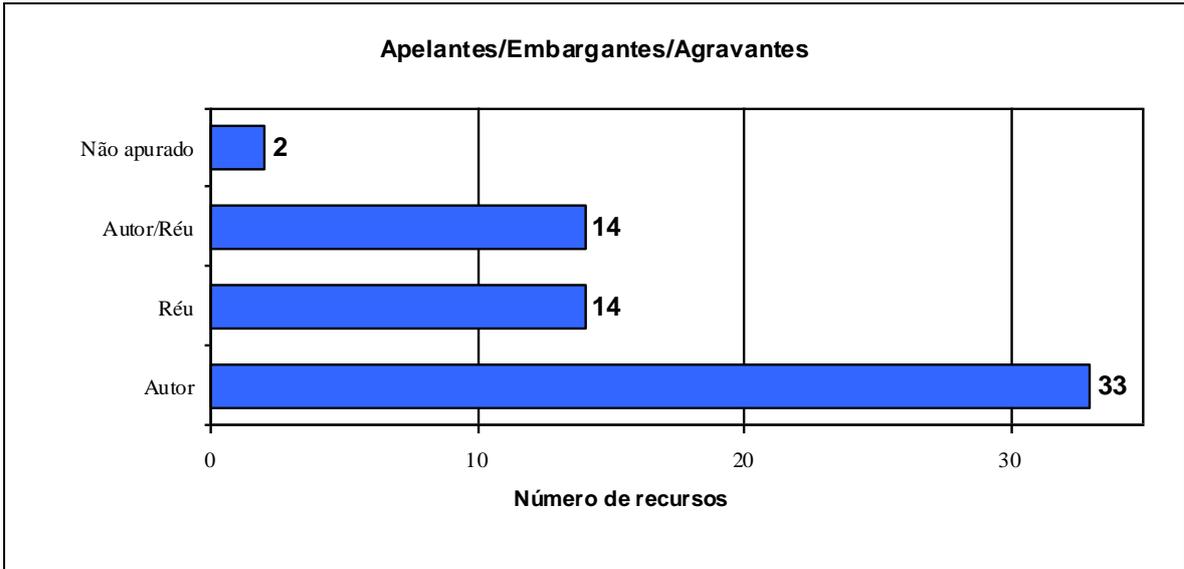


Gráfico 3 – Apelantes, embargantes e agravantes nos recursos interpostos e julgados pelo TJRS à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Também foi objeto de análise nos recursos pesquisados se o entendimento dos desembargadores foi unânime ou por maioria. Nesse sentido, verificou-se que dos 63 recursos julgados no período, em 46 as decisões foram unânimes e em 14 as decisões se deram por maioria. Em dois agravos de instrumento as decisões foram monocráticas e em um dos julgados sem inteiro teor não foi possível verificar tal informação (**Gráfico 4**).

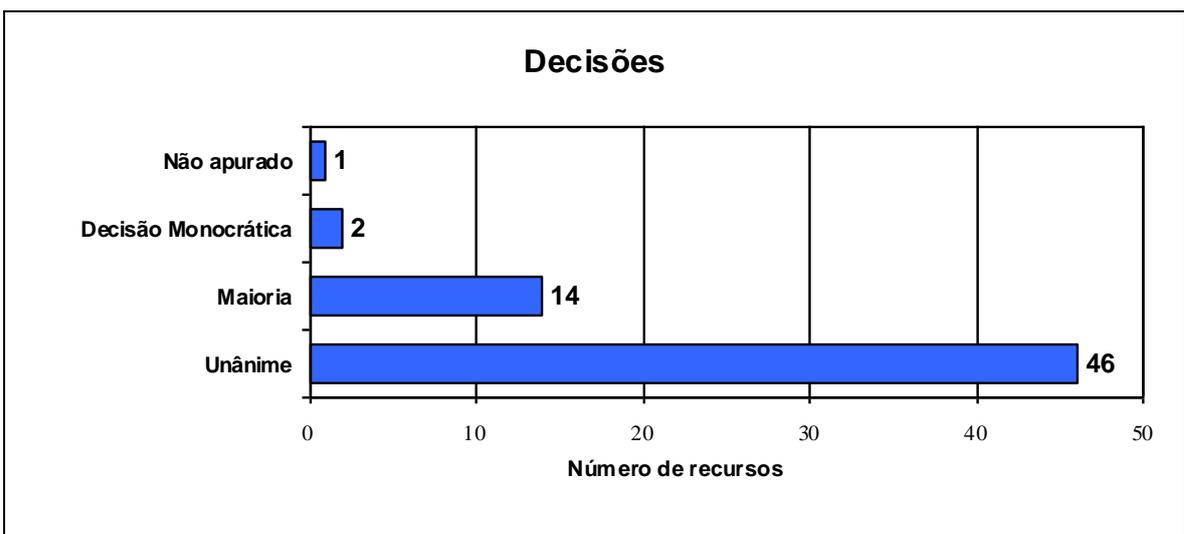


Gráfico 4 – Decisões colegiadas unânimes e por maioria e decisões monocráticas tomadas pelo TJRS nos recursos envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Ressalte-se ainda que das cinco decisões anteriores a 2007, três foram por maioria, enquanto das 14 decisões de 2013, sete foram unânimes e sete por maioria. No período compreendido entre 2007 e 2012, dos 44 julgados houve duas decisões monocráticas, quatro por maioria e 38 unânimes. A partir desses dados se pode inferir que se houve um período (2007/2012) em que o entendimento do TJRS a respeito do tema apresentou uma certa tendência à uniformidade, o mesmo não se repetiu em 2013, o que talvez se justifique, entre outros, pela complexidade dos casos que têm sido submetidos ao Tribunal.

É oportuno esclarecer que para o cômputo dos dados apresentados a seguir, serão excluídos os cinco recursos relacionados a apelações cíveis julgadas anteriormente.

O **Gráfico 5** demonstra quem foram os **réus** que figuraram nos recursos julgados pelo TJRS e permite verificar que ocorreram diferentes combinações entre pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito público e privado, sendo que na maioria delas os hospitais estavam presentes.

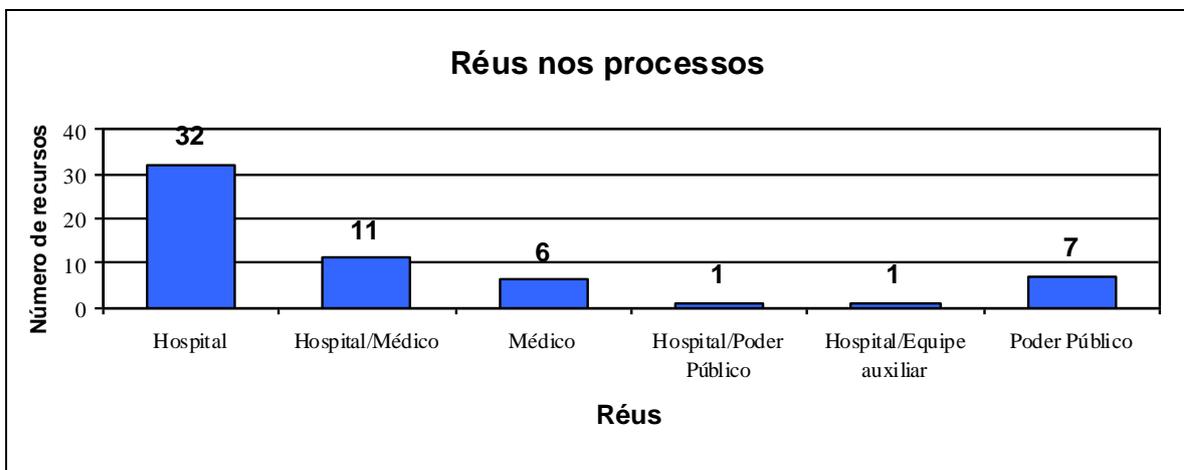


Gráfico 5 – Pessoas físicas e jurídicas de direito público e de direito privado que figuraram como réus nos processos cujos recursos foram julgados pelo TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Em números, observou-se que os hospitais foram demandados isoladamente em 32 recursos, mas conjuntamente com os médicos em 11 recursos. Além disso, um recurso foi movido contra o hospital e o Poder Público e um contra o hospital e profissional da equipe auxiliar (enfermeira). Os médicos, por sua vez, responderam sozinhos em seis recursos enquanto o Poder Público foi responsabilizado em sete

recursos. Cumpre destacar que quando se utiliza o termo “Hospital”, estão incluídos hospitais públicos e privados, além de clínicas médicas e serviços privados de emergência. Já o termo “Poder Público” serve para designar os Municípios demandados e/ou o Estado do Rio Grande do Sul. Também é oportuno salientar que em uma das ações em que no 1º grau somente o hospital foi condenado, o TJRS acolheu o recurso e houve a litisdenúncia do médico que havia atendido o paciente.

A respeito das espécies de danos que deram ensejo às demandas, o **Gráfico 6** demonstra que 33 ações foram propostas em face da morte do paciente, dez em função da perda de órgão, membro, sentido ou função, sete por invalidez, três por complicações decorrentes do procedimento realizado, dois em função de aborto, um por dano decorrente de negativa de exames e dois por má prestação do serviço.

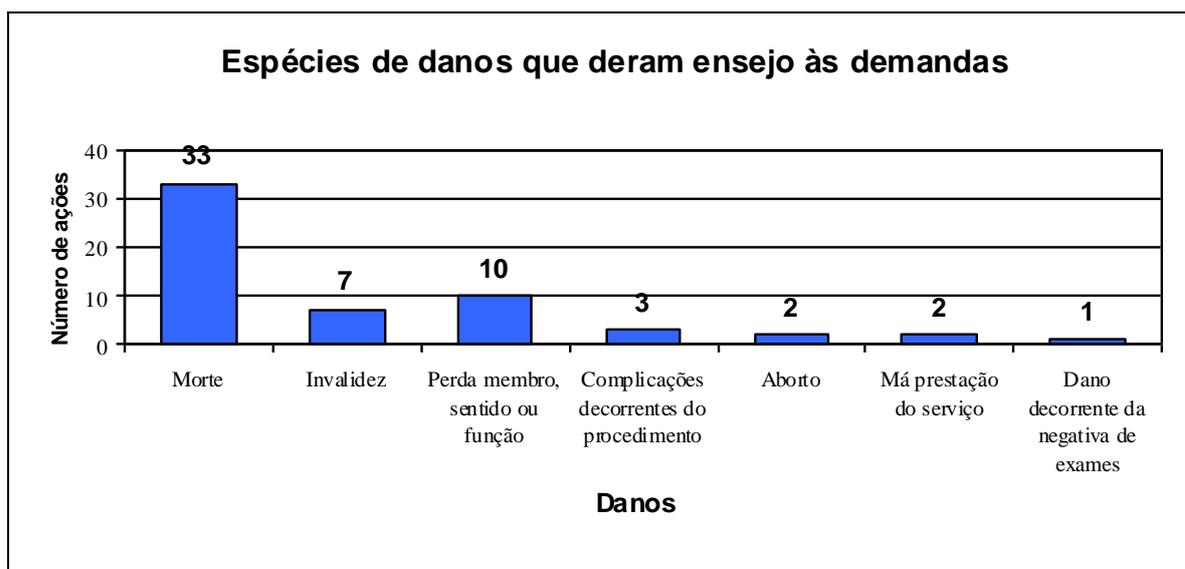


Gráfico 6 – Espécies de danos que deram ensejo à propositura das ações por responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, das quais houve recurso ao TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

A análise dos julgados permite verificar que a maioria dos danos causados aos pacientes foram graves e de alguma forma afetaram os autores das ações de maneira significativa, seja pela morte de familiares, seja por danos físicos e/ou psíquicos, muitas vezes irreparáveis, que os próprios autores experimentaram. No entanto, há que se ter em mente que nem sempre o médico será responsável pelos danos causados, haja vista que na maioria das atividades médicas a obrigação é de meios, o que, em última análise, significa que o médico será responsabilizado se

restar demonstrado que agiu de maneira negligente, imprudente ou imperita. E é justamente por não ter sido comprovada a culpa do profissional que em muitos julgados analisados não houve a responsabilização.

Nesse sentido, quando se analisou quem foram as partes que obtiveram **êxito nas demandas**, se os autores ou os réus, observou-se que em 44 ações, após a decisão de 2º grau, os autores obtiveram êxito, enquanto apenas 14 hospitais, médicos e clínicas saíram vitoriosos no litígio, conforme se verifica no **Gráfico 7**. Note-se que nesta análise levou-se em consideração tão somente quem obteve êxito após o julgamento do recurso pelo TJRS, sendo irrelevante se a parte (autor ou réu) foi vencedora ou não no 1º grau e se seu recurso foi provido ou não. Isto porque em alguns julgados a sentença pode ter sido parcialmente procedente no 1º. grau e o recurso improvido pelo Tribunal, mas ainda assim se pode considerar que obteve êxito ao final da demanda.

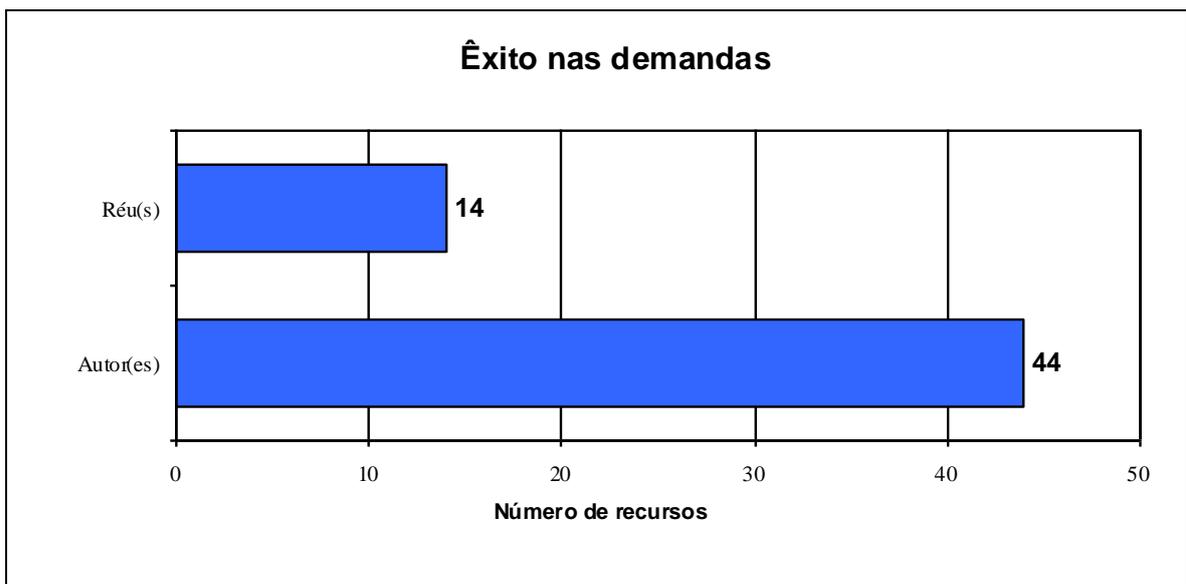


Gráfico 7 – Demandas favoráveis aos autores e réus, dentre os recursos julgados pelo TJRS no período entre 1990 e outubro de 2013 envolvendo a responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

A respeito do maior êxito obtido pelos autores nas ações em exame, cumpre salientar que um dos fatores que tem influenciado o entendimento favorável aos pacientes (consumidores) é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que, nos termos do seu art. 14, a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, ainda que seja necessário comprovar que o profissional agiu com culpa. Por esta razão, o entendimento sobre a aplicação (ou não) do CDC também foi

objeto de análise, mas apenas nos julgados favoráveis aos autores. Nesse sentido, buscou-se verificar o número de julgados que fizeram menção expressa à sua aplicação, conforme demonstra o **Gráfico 8**.

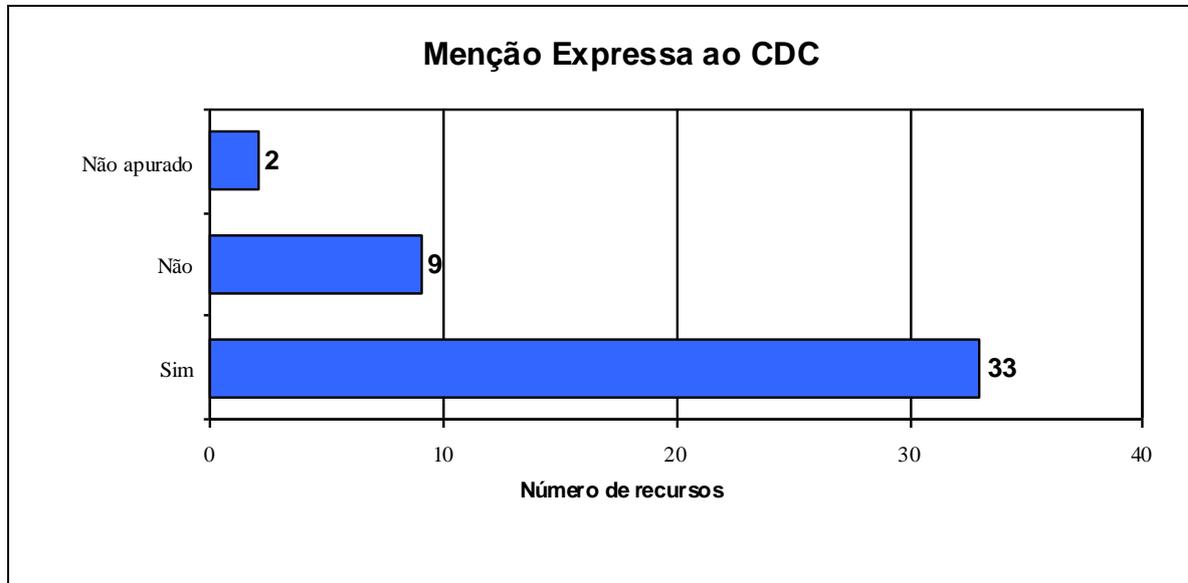


Gráfico 8 – Número de decisões do TJRS favoráveis aos autores relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período entre 1990 e outubro de 2013 que mencionam expressamente o CDC. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Conforme se pode observar no **Gráfico 8**, das 44 decisões favoráveis aos autores, nove não mencionam expressamente os termos “CDC” e/ou “Código de Defesa do Consumidor”, enquanto 33 os mencionam.

O entendimento de que hospital/médico/clínica estabelecem com seus pacientes uma relação que é regida pelo CDC traz em seu bojo a exigência de transparência nas relações, já mencionada no **capítulo 2**. No entanto, muitos profissionais da área da saúde ainda tem sido negligentes no momento de prestar aos pacientes as informações necessárias a respeito dos procedimentos a serem executados, seus riscos, benefícios e possibilidade de insucesso. A este respeito, Cavalieri Filho (2012, p. 411) assim explica:

A falta de informação pode levar o médico ou o hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito no serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento. [...] A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente. Ora, se o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever

de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares – dever, este, corolário do princípio da boa fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações medico/paciente. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

Conseqüentemente, em alguns casos o hospital, médico ou clínica não é condenado tão somente pelo chamado fato do serviço, mas porque não cumpriu com seu dever de informação perante o paciente. É o que ilustra a ementa da Apelação Cível 70030146138 (BRASIL, 2009), julgada em 28/10/2009 pelo TJRS, cuja relatora foi a Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. MÉDICO. RECÉM-NASCIDO. SOPRO CARDÍACO. **FALHA NO DEVER DE INFORMAR AOS EFETIVOS RESPONSÁVEIS PELO BEBÊ SOBRE A NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO**, E CUIDADOS QUANTO A EVENTUAL SINTOMATOLOGIA. MORTE QUE SOBREVÉM, POUCOS DIAS APÓS A ALTA, POR PROBLEMAS CARDÍACOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS TIPIFICADOS. **No caso dos autos, o erro se tipificou basicamente na forma omissiva, qual seja, na ausência de informação aos efetivos responsáveis pelo bebê, do possível sopro cardíaco constatado e dos cuidados a serem observados quanto à sintomatologia evolutiva e investigação.** Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto à cura, mas a chance que adviesse, se mais precocemente fosse o menor encaminhado a avaliação cardiológica, que, quiçá, ainda que com procedimentos mais invasivos, teriam evitado o seu óbito. Típico caso, pois, de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a morte, mas sim a perda da oportunidade de cura. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade da cura, que, no caso, não se mostrava aleatória, porém também não era certa. Denúnciação da lide acolhida. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030146138, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/10/2009)

Também foram objeto de análise nos julgados as **espécies de danos** que foram reconhecidos em cada um dos casos em que os autores obtiveram êxito (**Gráfico 9**). Nesse sentido, foi possível verificar que os danos morais foram acolhidos em todos os recursos favoráveis aos autores, o que corrobora o entendimento de Bortoluzzi (2007) e Savi (2012) no sentido de que o Poder Judiciário em sua maioria compreende que a perda de uma chance enseja a reparação por danos morais. Por outro lado, em nenhum destes julgados foi arbitrado valor relativo tão somente a danos materiais. Além disso, em três ações foi atribuído valor distinto para os danos morais e estéticos. Este entendimento aos poucos tem sido adotado pelos tribunais brasileiros, tendo em vista que anteriormente se considerava que o dano moral abrangia também o dano estético,

ou seja, ao reparar o dano moral, o dano estético estaria aí incluído. Nas Apelações Cíveis julgadas em 1990 e 1996 não foi possível apurar o tipo de dano reconhecido, uma vez que, conforme dito anteriormente, o inteiro teor das decisões não está disponível no site do TJRS.

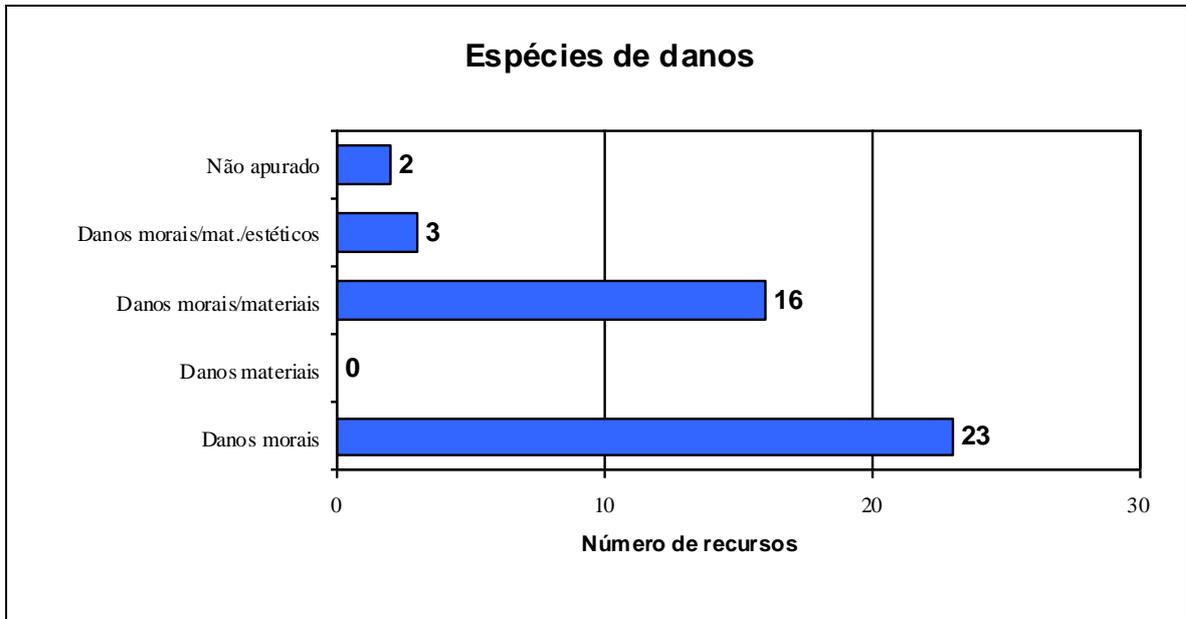


Gráfico 9 – Espécies de danos acolhidos nas decisões favoráveis aos autores sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas pelo TJRS no período de 1990 a outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Nas decisões que reconheceram o cabimento de **danos materiais**, analisou-se quais as espécies de danos materiais (lucros cessantes, danos emergentes ou ambos) foram objeto de indenização nos referidos recursos. Nesse sentido, verificou-se que em sete julgados foi reconhecida a indenização por lucros cessantes. Além disso, os danos emergentes foram reconhecidos em cinco julgados e em igual número (cinco) foi acolhido o pedido de ambos (danos emergentes e lucros cessantes). Por fim, em dois julgados não foi especificado a espécie de dano material que estaria sendo indenizado, uma vez que foi determinado que os danos materiais fossem apurados em liquidação de sentença (**Gráfico 10**). Enquanto os lucros cessantes foram arbitrados na forma de pensionamento, os danos emergentes foram arbitrados por conta das despesas da parte com funeral, tratamentos médicos e medicamentos.

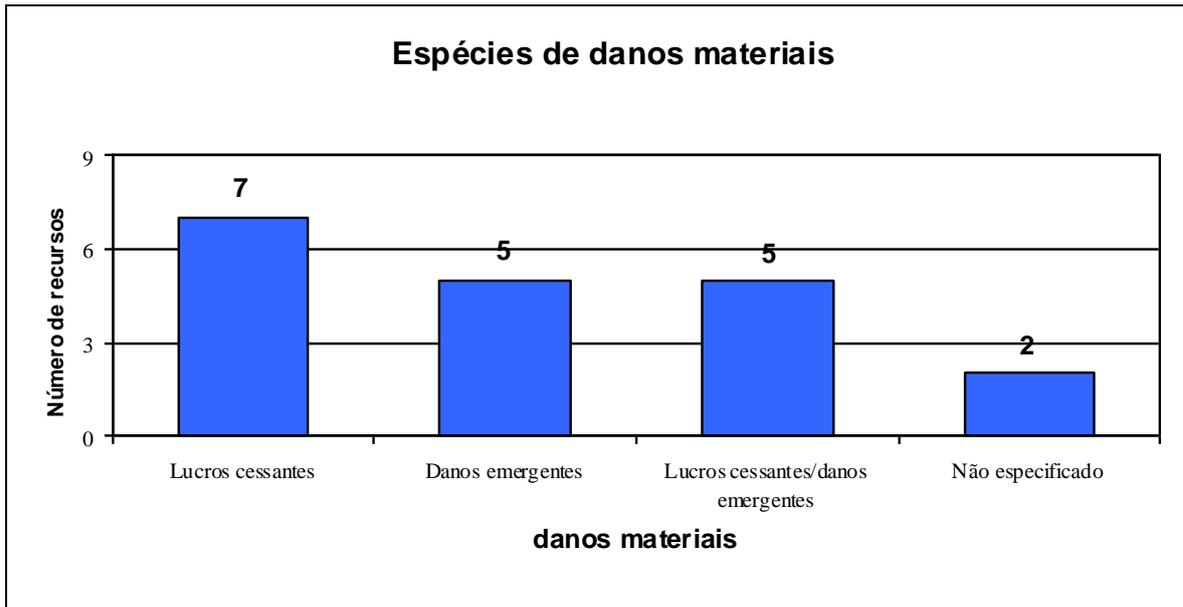


Gráfico 10 – Espécies de danos materiais reconhecidos nas decisões procedentes sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas pelo TJRS no período de 1990 a outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Estes dados especificamente demonstram uma realidade um pouco diversa do entendimento de Savi (2012), o qual afirmou que raramente se encontra julgados que entendem que a perda de uma chance deve ser tratada como modalidade de dano emergente, pois, segundo o autor, a maioria deles entende que se estaria diante de hipóteses de lucros cessantes. Isto porque os números foram semelhantes para as duas modalidades de danos. Por óbvio os dados ora apontados não desconstróem o entendimento de Savi (2012), uma vez que representam apenas o entendimento do TJRS, o que nem de longe pode ser considerado uma amostra significativa, razão pela qual prevalece o entendimento do renomado autor sobre o tema.

A respeito da **fixação do quantum indenizatório** em casos que envolvem a aplicação da teoria da perda de uma chance, o entendimento doutrinário é majoritário no sentido de que devem ser levados em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendimento este que já foi demonstrado ao longo do trabalho através de alguns autores (ROSÁRIO, 2009; CARVALHO, 2011; SAVI, 2012; CAVALIERI FILHO, 2012). O posicionamento do TJRS corrobora este entendimento, conforme se pode verificar no **Gráfico 11**, que demonstra que na maioria dos julgados há menção expressa aos princípios da “proporcionalidade”, “razoabilidade” e/ou “prudência”.

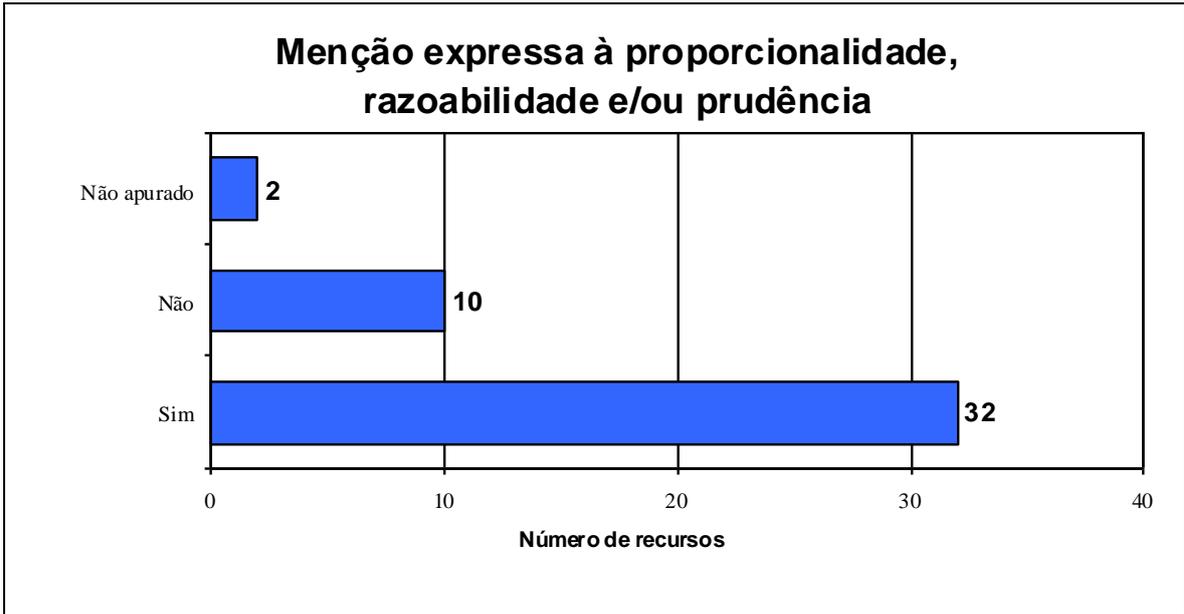


Gráfico 11 – Número de decisões do TJRS favoráveis aos autores relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance no período de 1990 a outubro de 2013 que mencionam expressamente os termos “proporcionalidade”, “razoabilidade” e/ou “prudência”. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Cumpra salientar que o fato de não mencionar expressamente tais princípios em seu voto não significa que os julgadores não se utilizaram deles. Pelo contrário, presume-se que tais princípios tenham sido aplicados nas hipóteses em que se acolheu a teoria da perda de uma chance, sob pena de se indenizar o dano propriamente dito e não a chance perdida.

Conforme demonstrado no **Gráfico 11**, vários julgados do TJRS mencionam que o montante da indenização deve ser arbitrado em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e às peculiaridades do caso concreto. A título de ilustração, são transcritos abaixo alguns trechos da ementa da Apelação Cível Nº 70054237573 (BRASIL, 2013d), julgada recentemente pelo TJRS e cujo relator foi o Desembargador Miguel Ângelo da Silva:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. ART. 14, §§ 1º A 4º, DO CDC. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. [...]. AUTORA ACOMETIDA DE CEFALÉIA INTENSA E PERSISTENTE E PRESSÃO ARTERIAL ANORMAL. QUADRO QUE PERDUROU POR VÁRIOS DIAS E FOI CONSTATADO EM DIVERSAS CONSULTAS. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DE EXAMES DE TOMOGRAFIA COMPUTADORIZADA E/OU RESSONÂNCIA MAGNÉTICA QUE PODERIAM CONTRIBUIR AO ADEQUADO DIAGNÓSTICO DA

MOLÉSTIA. ROMPIMENTO DE ANEURISMA. AVC HEMORRÁGICO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO. INVALIDEZ PERMANENTE. [...] **Aplicação da teoria da perda de uma chance.** Embora impossível comprovar o nexo de causalidade entre a conduta negligente dos médicos e o rompimento do aneurisma que vitimou a autora, há demonstração de que deixaram de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a ocorrência do dano. **Subtração das chances da paciente de evitar ou, quiçá, reduzir as seqüelas decorrentes de AVC hemorrágico.** [...] **Lucros cessantes fixados na forma de pensionamento mensal. Danos emergentes não comprovados.** [...] ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL ÀS CHANCES EVENTUALMENTE PERDIDAS. **Admitida a indenização pela chance perdida, o "quantum" deve ser calculado em proporção ao prejuízo final experimentado. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Redução proporcional inerente à responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Consonância com os parâmetros usualmente adotados pelo colegiado em situações similares. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70054237573, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 09/10/2013)

Por fim, buscou-se analisar o número de decisões de 1º. grau que foram reformadas ou mantidas pelo TJRS, cujos dados são apresentados no **Gráfico 12**.

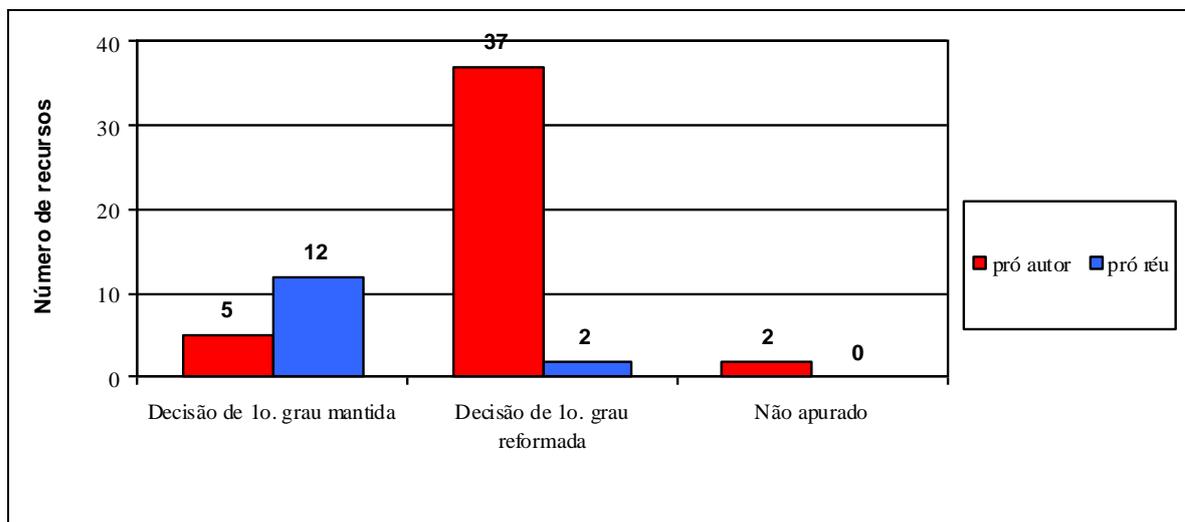


Gráfico 12 – Número de decisões favoráveis aos autores ou aos réus que foram reformadas ou mantidas pelo Tribunal, relativas à responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Para compor estes dados, partiu-se do resultado final da demanda, sendo irrelevante se este resultado foi alcançado já na sentença de 1º grau ou somente após o julgamento do recurso. O objetivo desta comparação foi verificar em que medida o entendimento dos juízes singulares está (ou não) em sintonia com o entendimento dos desembargadores do TJRS.

A partir da análise do **Gráfico 12** é possível fazer algumas constatações. Em primeiro lugar, observa-se que nas demandas em que os réus obtiveram êxito, 12 sentenças foram mantidas e apenas duas foram reformadas. As duas decisões reformadas, por sua vez, foram no sentido de dar provimento ao apelo dos réus e julgar improcedentes os pleitos dos autores. Por outro lado, nas decisões em que os autores obtiveram êxito, observa-se justamente o contrário, ou seja, enquanto a maioria das decisões foram reformadas (36), apenas cinco foram mantidas nos termos da decisão de 1º. grau. Destes cinco recursos, quatro foram interpostos pelos réus e um interposto pelos autores e réus simultaneamente, os quais, conforme dito anteriormente, confirmaram a sentença de 1º grau. .

Estes dados (12 decisões favoráveis aos réus mantidas e 36 decisões favoráveis aos autores reformadas) permitem inferir que poucos juízes singulares que julgaram as ações em análise acolheram a aplicação da teoria da perda de uma chance. Em contrapartida, o entendimento dos desembargadores do TJRS parece ser mais favorável ao reconhecimento do pleito dos autores à luz da referida teoria.

Com o intuito de verificar especificamente quais foram os pontos onde houve divergências entre TJRS e juízes singulares, foram agrupados os julgados em que houve reforma, de acordo com a parte apelante/embargante/recorrente adesiva, ou seja, autores, réus, ou autores/réus.

Nos recursos interpostos pelos réus o TJRS deu parcial provimento aos apelos, reduzindo o quantum indenizatório em dois julgados. Nos demais três julgados também deu parcial provimento e: 1) reduziu o quantum indenizatório/afastou o pensionamento; 2) afastou as custas/modificou o índice de atualização; e 3) modificou a incidência de juros. Por fim, em um julgado o TJRS deu provimento ao apelo do réu, julgando improcedente a demanda. (**Gráfico 13**).

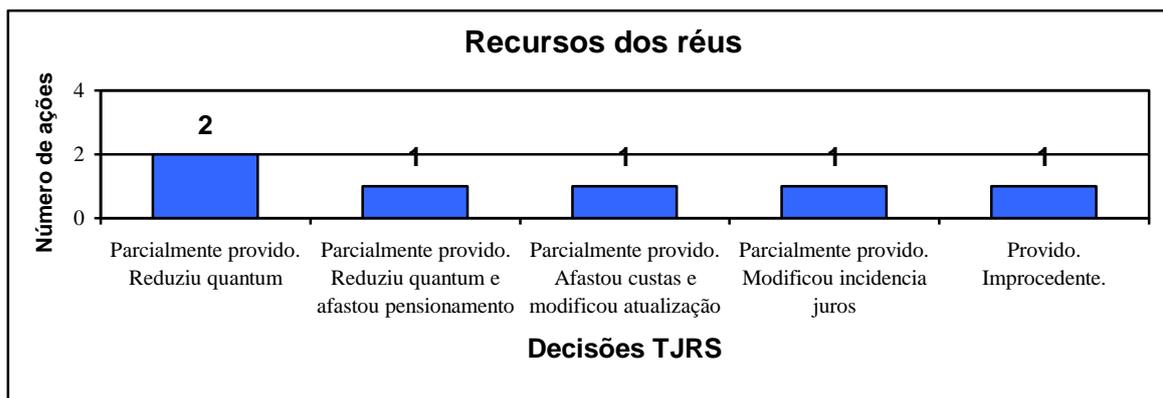


Gráfico 13 – Número de recursos interpostos pelos réus que reformaram as decisões de 1º. grau em ações sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance, no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Com relação aos recursos dos autores que ensejaram a reforma das decisões por parte do TJRS (**gráfico 14**), cumpre destacar que todas as 20 demandas foram julgadas improcedentes na origem e os respectivos recursos ao Tribunal foram providos ou parcialmente providos, sendo que em 13 (9+4) os réus foram condenados ao pagamento de danos morais e em sete (3+4) além dos danos morais, também foi reconhecido o direito à indenização por danos materiais.

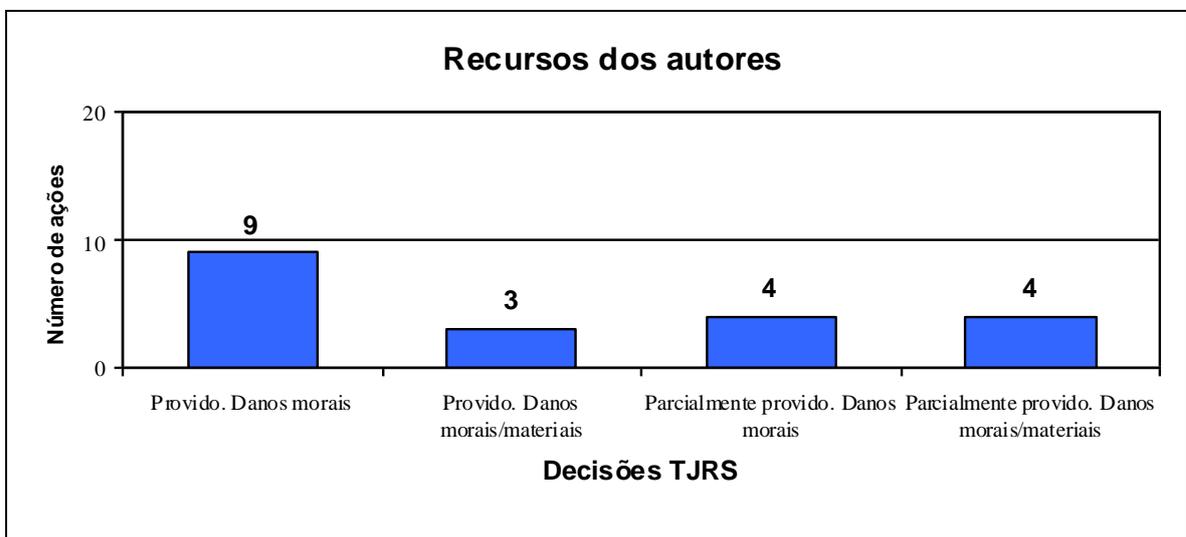


Gráfico 14 – Número de recursos dos autores decorrentes de ações sobre responsabilidade médico-hospitalar à luz da teoria da perda de uma chance julgadas improcedentes no 1º. grau e reformadas pelo TJRS, no período entre 1990 e outubro de 2013. (Fonte: elaborado pela autora a partir de pesquisa jurisprudencial no site do TJRS).

Já nos recursos interpostos por autores e réus simultaneamente, o entendimento do TJRS foi o seguinte:

- parcial provimento, majorando o quantum indenizatório (duas decisões);
- parcial provimento, majorando os danos morais e modificando a incidência de juros (uma decisão);
- provimento, julgando procedente a ação (danos morais + pensionamento + despesas tratamento – uma decisão);
- parcial provimento, mantendo o valor da condenação por danos morais e materiais e reconhecendo os danos estéticos (uma decisão);
- parcial provimento, majorando honorários advocatícios (uma decisão);

- parcial provimento, modificando o termo inicial dos consectários e isentando o demandado das custas (uma decisão);
- parcial provimento, reduzindo o quantum indenizatório (uma decisão);
- parcial provimento, reduzindo o quantum indenizatório e afastando o pensionamento (uma decisão);
- parcial provimento, mantendo o valor da condenação por danos morais e reduzindo o pensionamento (uma decisão);
- parcial provimento, modificando a incidência de juros (uma decisão);
- parcial provimento, reduzindo o valor da condenação por danos morais e reconhecendo a ilegitimidade passiva do Município (uma decisão);
- provimento, julgando improcedente a demanda dos autores (uma decisão).

Conforme se depreende dos dados apresentados a partir do **Gráfico 12**, o principal ponto de divergência entre os juízes singulares e o TJRS consistiu no reconhecimento ou não do direito dos autores de serem indenizados pela perda de uma chance. Superado este obstáculo, coube ao TJRS estabelecer as indenizações cabíveis a cada caso. Nesse aspecto, observa-se que os autores foram os mais beneficiados pelos recursos ao Tribunal, pois dentre os recursos dos réus ou de ambos, em apenas dois deles os desembargadores entenderam que não assistia ao autor o direito à indenização. Ressalte-se que as duas sentenças foram procedentes, sendo que em uma delas a decisão de 1º grau havia condenado o réu ao pagamento de R\$ 70.000,00 a título de danos morais. Nos demais recursos dos réus as mudanças foram apenas pontuais conforme demonstrado, mas ainda assim em alguma medida reconheceram o direito dos autores à indenização.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade médico-hospitalar vem ganhando espaço na literatura jurídica na medida em que aumenta o número de ações invocando a aplicação de tal teoria, o que, conseqüentemente, tem exigido respostas do Poder Judiciário. Nesse sentido, a pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho permitiu verificar que o entendimento do TJRS a respeito do tema tem sido mais favorável à teoria da perda de uma chance do que os juízes singulares que apreciaram as ações no 1º. grau. Prova disso é o grande número de sentenças de 1º. grau desfavoráveis aos autores que foram reformadas pelo Tribunal.

No que diz respeito às hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance, verificou-se que tem prevalecido no Tribunal o entendimento de que, ainda que não se possa atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor (causalidade parcial), é cabível a indenização pela chance perdida em face da falha na prestação do serviço que retirou deste a possibilidade de obter a cura ou minimizar os danos. Por outro lado, também tem prevalecido o entendimento de que o dano tem que ser real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade e não somente uma possibilidade.

A verificação de quem figurou no pólo passivo dos julgados analisados demonstra que os hospitais foram responsabilizados na maioria das ações, seja juntamente com os médicos, com o Poder Público ou isoladamente. Tal fato pode ser atribuído à aplicação do CDC nas relações entre pacientes (consumidores) e hospitais/médicos/clinicas (fornecedores de serviços), em função da qual a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, ainda que seja necessário comprovar a culpa do médico.

Em termos de quantificação da indenização, a pesquisa jurisprudencial demonstrou que o TJRS tem aplicado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade com vistas a indenizar não o dano em si, mas a chance perdida, seja nos recursos reformados em que o próprio Tribunal arbitrou o valor da indenização, seja nos recursos em que foram modificados os valores.

Em termos práticos, considerando que o acolhimento da teoria da perda de uma chance vem crescendo nos tribunais, é imprescindível que os profissionais da saúde, e mais especificamente os profissionais da área médico-hospitalar, tomem todas as precauções necessárias para evitar futuras demandas, seja na atuação propriamente dita, seja no adequado cumprimento do dever de informação e dos demais deveres contratuais, seja na elaboração e guarda de um conjunto probatório apto a demonstrar que a atuação do profissional se deu de acordo com os ditames da ciência e que, portanto, não se poderia exigir conduta diversa no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Daniel Longo. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11640>. Acesso em 26 jun. 2013.

BORTOLUZZI, Bibiana Carollo. **A natureza jurídica da indenização pela adoção da teoria da perda de uma chance nas ações de responsabilidade civil do advogado**. 2007. 63p. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2007.

BRASIL. Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**. Retificado no Diário Oficial da União de 10 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que conheceu em parte de Recurso Especial e deu-lhe provimento mantendo a aplicação da teoria da perda de uma chance à responsabilidade de hospital**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200419730&dt_publicacao=27/02/2013. Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso mantendo a aplicação da teoria da perda de uma chance e majorando a indenização**. Apelação Cível n. 1.0024.07.688476-6/002. Juliana Heleno de Souza e Hospital e Maternidade Unimed BH. Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024076884766002&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&comrCodigo=0024&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024076884766002&select=2>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu a responsabilidade do médico por danos decorrentes de cirurgia de miopia**. Apelação Cível Nº 589069996. Ruth Lea Xavier Leite e Antonio Flavio Del Arroyo. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior. 12 de junho de 1990. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=400. Acesso em: 09 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu falha no dever de informar por parte dos réus e acolheu a aplicação da teoria da perda de uma chance, condenando os réus ao**

pagamento de reparação por danos morais. Apelação Cível Nº 70030146138. Suzardo Sarturi dos Passos, Daiane Maica Vieira dos Passos e Associação Beneficiária Hospital Santo Antonio, Luiz Armando Simões Barrios, Renato Saenger Machry. Relator: Marilene Bonzanini Bernardi. 28 de outubro de 2009. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=230. Acesso em: 02 set. 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao recurso do autor aplicando a teoria da perda de uma chance e fixando pensionamento, danos morais e danos materiais decorrentes dos custos do tratamento médico.** Apelação Cível Nº 70052376779. Jocelia Piccoli e Paulo Alberto de Oliveira Filho. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. 27 de fevereiro de 2013a. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que deu provimento ao recurso dos autores, aplicando a teoria da perda de uma chance e fixando pensionamento, danos morais e auxílio funeral.** Apelação Cível n. 70053811626. União Brasileira de Educação e Assistência Hospitalar São Lucas da PUC e Patrícia Michelin Arruda. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. 29 de maio de 2013b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento aos recursos da autora e do réu e manteve a sentença de 1º. Grau que condenou o Município de Passo Fundo ao pagamento de danos morais por gravidez de risco após esterilização em que o Município não cumpriu com o dever de informação.** Apelação Cível Nº 70043239284. Clarice Almeida e Município de Passo Fundo/ Luiz Tadeu Barros Pereira. Relator: Niwton Carpes da Silva. 29 de agosto de 2013c. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu a responsabilidade do hospital por falha no diagnóstico, acolheu a aplicação da teoria da perda de uma chance e condenou o réu a indenizar os autores por danos materiais e morais.** Apelação Cível Nº 70054237573. Luis Carlos Alves Dutra e AFMPA Associação dos Funcionários Públicos Municipais de Porto Alegre. Relator: Miguel Ângelo da Silva. 09 de outubro de 2013d. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3>

%25A1tica%7CTipoDecisao%3AAnull%29&requiredfields=&as_q=&ini=10. Acesso em: 02 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que reconheceu a responsabilidade do hospital por falha no diagnóstico, acolheu a aplicação da teoria da perda de uma chance e condenou o réu a indenizar os autores por danos materiais e morais.** Apelação Cível Nº 70051433290. Município de Estância Velha e Estela Gerominio. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. 10 de abril de 2013e. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 02 nov. 2013.

CARVALHO, Daniela Pinto de. Thomas Kuhn e o novo paradigma da responsabilidade civil: em busca da reparação de parte da uma chance. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/09.html>>. Acesso em: 26 de jun. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Responsabilidade Profissional.** In: Cavaliere Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 401-38.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº1931/2009. Código de Ética Médica. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2009, Seção I, p. 90. Retificação publicada no DOU de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

CREMESP. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Ética médica. Má prática e infrações éticas lideram o crescimento expressivo de processos.** Notícia publicada em 26 jul. 2012. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2574> Acesso em: 15 nov. 2013.

DUTRA, Luiz Henrique Menegon. A teoria da perda da chance e sua (in)aplicação nos fatos ocorridos durante o regime de exceção brasileiro. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano II, Número 6, dezembro 2012. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/03.html>>. Acesso em: 26 de jun. 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. **A responsabilidade dos médicos, cirurgiões plásticos e cirurgiões dentistas.** In: Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256-88.

HALFELD, Taciana Márcia de Araújo. **Responsabilidade civil médica.** 2011. 57p. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antonio Carlos (UNIPAC). Disponível em: <<http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-8a19f9fa5cad9e7edc518e85752e63df.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

ITURRASPE, Jorge Mosset; Lorenzetti, Ricardo L. **Contratos médicos.** Buenos Aires: La Rocca, 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade médica.** In: Rizzardo, Arnaldo. Responsabilidade civil: Lei 10406, de 10.01.2002. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 327-44.

RODRIGUES, Andressa. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance** - um estudo sobre sua origem histórica e aplicação no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-um-estudo-sobre-sua-origem-hist%C3%B3rica-e-apli>>. Acesso em: 26 jun 2013.

ROSARIO, Grácia Cristina Moreira do. A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 43, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2013.

ROSARIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SANTOS, Renata Dapper. **A responsabilidade pela perda de uma chance no direito brasileiro.** Monografia. 82p. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/27137>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

SAVI, Sergio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Responsabilidade Civil. Reapresentação do Tema. Princípios gerais.** In: Venosa, Silvio de Sálvio. Direito Civil: Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-79.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Dano e Reparação.** In: Venosa, Silvio de Sálvio. Direito Civil: Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 323-63.

ANEXO

Relação de julgados consultados para a elaboração dos gráficos

1. Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990.
2. Apelação Cível Nº 596070979, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 15/08/1996.
3. Apelação Cível Nº 70007809189, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 08/04/2004.
4. Apelação Cível Nº 70013783782, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/07/2006.
5. Apelação Cível Nº 70013036678, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 22/12/2005.
6. Apelação Cível Nº 70020655890, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 26/09/2007.
7. Apelação Cível Nº 70016518920, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/03/2007.
8. Apelação Cível Nº 70020544417, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 12/09/2007.
9. Apelação Cível Nº 70020554275, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 07/11/2007.
10. Apelação Cível Nº 70021845912, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 02/04/2008.
11. Apelação Cível Nº 70026921494, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 15/10/2008.
12. Apelação e Reexame Necessário Nº 70023511090, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 24/07/2008.
13. Embargos Infringentes Nº 70023108350, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 01/08/2008.

14. Apelação Cível Nº 70024123135, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 06/08/2008.
15. Apelação Cível Nº 70025575002, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 12/11/2008.
16. Apelação Cível Nº 70018021188, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 13/11/2008.
17. Apelação Cível Nº 70023576044, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 26/11/2008.
18. Apelação Cível Nº 70026358853, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 23/04/2009.
19. Apelação Cível Nº 70030088462, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 24/06/2009.
20. Apelação Cível Nº 70030588370, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 02/09/2009.
21. Apelação Cível Nº 70030146138, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/10/2009.
22. Apelação Cível Nº 70029719267, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 09/12/2009.
23. Apelação Cível Nº 70025264474, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antonio Correa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 29/04/2010.
24. Apelação Cível Nº 70035764463, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/05/2010.
25. Apelação Cível Nº 70033385378, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 23/06/2010.
26. Apelação Cível Nº 70035082072, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 22/07/2010.
27. Apelação Cível Nº 70034816306, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 01/09/2010.
28. Agravo de Instrumento Nº 70038443966, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 03/09/2010.
29. Apelação Cível Nº 70038128260, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 20/10/2010.

30. Apelação Cível Nº 70037818341, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 15/12/2010.
31. Agravo Nº 70038906517, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 17/02/2011.
32. Apelação Cível Nº 70035969799, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 02/03/2011.
33. Apelação Cível Nº 70039543889, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 11/05/2011.
34. Apelação Cível Nº 70042147207, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 25/05/2011.
35. Apelação Cível Nº 70039469861, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/08/2011.
36. Apelação Cível Nº 70043393297, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 24/08/2011.
37. Apelação Cível Nº 70039278874, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 24/08/2011.
38. Apelação Cível Nº 70038401204, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2011.
39. Apelação Cível Nº 70042894287, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 19/10/2011.
40. Apelação Cível Nº 70040330409, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 23/11/2011.
41. Embargos Infringentes Nº 70045428323, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 18/11/2011.
42. Apelação Cível Nº 70038156253, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 07/12/2011.
43. Apelação Cível Nº 70042509455, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Balson Araújo, Julgado em 16/02/2012.
44. Apelação Cível Nº 70047205281, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/03/2012.
45. Apelação Cível Nº 70045189859, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/05/2012.

46. Apelação Cível Nº 70040321432, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 31/05/2012.
47. Apelação Cível Nº 70050141563, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 12/09/2012.
48. Apelação Cível Nº 70047542477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012.
49. Apelação Cível Nº 70050655257, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 10/10/2012.
50. Apelação Cível Nº 70052601119, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 07/02/2013.
51. Apelação Cível Nº 70052623311, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/02/2013.
52. Apelação Cível Nº 70052298122, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/02/2013.
53. Apelação Cível Nº 70052376779, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/02/2013.
54. Apelação Cível Nº 700514333290, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/04/2013.
55. Apelação Cível Nº 70047902358, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 24/04/2013.
56. Apelação Cível Nº 70052872405, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 15/05/2013.
57. Apelação Cível Nº 70053811626, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29/05/2013.
58. Apelação Cível Nº 70052760782, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/08/2013.
59. Apelação Cível Nº 70052871563, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugenio Facchini Neto, Julgado em 14/08/2013.
60. Embargos Infringentes Nº 70055118376, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/08/2013.
61. Apelação Cível Nº 70054071386, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013.

62. Apelação Cível Nº 70055821367, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013.
63. Apelação Cível Nº 70054237573, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 09/10/2013.