

APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA E CRÍTICAS DA DOCTRINA PÁTRIA

APPLICATION OF THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE IN MEDICINE AND NATIONAL DOCTRINE REVIEW

*Renato Lovato Neto*¹

RESUMO

A teoria da perda de uma chance consiste em uma construção teórica pouco estudada em solo brasileiro, o que resulta em muitos equívocos em sua aplicação e concepção. O trabalho tem como objetivo a elucidação de algumas controvérsias sobre a matéria, analisando a teoria em seus âmbitos tradicionalmente considerados, quais sejam, a perda de uma chance de cura e sobrevivência e os casos clássicos, que são propriamente destrinchados e abordados sob uma nova ótica – a da classificação com base na interrupção total ou parcial do processo aleatório, o que define qual será a natureza jurídica da perda de uma chance. Na realidade, esta possui ainda outras classificações propostas por estudiosos que identificam novas situações no mundo fático que não têm amparo na divisão tradicional, o que exige tais outras proposituras de categorização. A doutrina brasileira, por falta de um maior comprometimento no estudo, ignora a correta interpretação e extensão da teoria, o que resulta no entendimento de impossibilidade e não cabimento da aplicação no país, por falta de adequação de estrutura e por incompatibilidade com os requisitos da responsabilidade civil. O texto refuta estas falácias e pretende demonstrar que tais conclusões advêm da errônea compreensão do tema. Para atingir a sua finalidade, o artigo emprega o método científico-dedutivo de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: PERDA DE UMA CHANCE; ERRO MÉDICO; PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA.

ABSTRACT

The theory of loss of chance consists in a theoretical construction poorly studied in Brazil, which results in many mistakes in their conception and implementation. The study aims to elucidate some controversy on the subject, analyzing the theory in their areas traditionally considered, namely, the loss of a chance of cure and survival and classic cases, that are properly studied and discussed in a new light – the classification based on the total or partial interruption of the random process, which defines which is the legal status of the loss of a chance. In reality, this has also others classifications proposed by researchers whose identifies new factual situations in the world that do not have support in the traditional division, which requires other propositions of categorization. The Brazilian doctrine, for lack of a greater commitment in the study, ignores the correct interpretation and extension of the theory, which results in the understanding of the impossibility and non availability of the application in the country by poor adequacy of structure and incompatibility with the requirements of civil responsibility. The paper refutes these fallacies and seeks to show that these conclusions arise from erroneous understandings. To achieve its purpose, the article employs the scientific-deductive method of literature research.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

KEYWORDS: LOSS OF A CHANCE; MEDICAL ERROR; LOSS OF A CHANCE TO CURE OR SURVIVAL.

1 INTRODUÇÃO

As situações nas quais um indivíduo tem uma oportunidade – de atingir um estado de melhora ou de evitar um prejuízo – aniquilada pela ação ou omissão de um terceiro consiste em cenário típico das relações sociais modernas, onde diversos fatores influenciam na marcha causal e muitas vezes há a dificuldade ou até impossibilidade de constatar o responsável civilmente pelo dano.

Todavia, a teoria tradicional da responsabilidade civil se coloca como insuficiente para a averiguação de todos os elementos desta relação, pois nunca será possível afirmar se o dano final advém da conduta do ofensor ou de outra causa igualmente provável de ter levado aquele prejuízo, quer dizer, somente há como determinar que havia um processo aleatório correndo, que poderia levar ou não a vítima a auferir um benefício ou evitar um dano, e que, no momento em que o sujeito ativo atuou ou se omitiu, ele eliminou total ou parcialmente estas chances.

Neste contexto, a teoria da perda de uma chance, construção doutrinária e jurisprudencial estrangeira (com forte desenvolvimento em França, Itália e Estados Unidos da América), desponta como meio hábil para a apuração da responsabilidade deste ofensor na produção daquele prejuízo e começa a ter um tratamento mais atencioso e cauteloso por parte dos estudiosos brasileiros.

A teoria tradicionalmente se subdivide em perda de uma chance de cura ou de sobrevivência e em casos clássicos, espécies que se identificam com a interrupção total ou parcial do processo aleatório, aonde, no primeiro caso, todas as chances do indivíduo de chegar ao benefício ou evitar o prejuízo foram eliminadas, enquanto no segundo, apenas uma parcela destas oportunidades se extinguiram.

O trabalho tem a finalidade de analisar estas duas possibilidades, bem como se apoiar na sugestão de uma nova divisão, proposta por Rafael Peteffi, com especial ênfase aos casos ocorridos no âmbito médico e a relutância da doutrina brasileiro em sua aplicação.

Para tanto, o artigo inicialmente trata da divisão entre perda de uma chance na seara médica e casos clássicos, de acordo com a correta definição da natureza jurídica de ambos e breve abordagem da classificação com base na interrupção do processo aleatório, passando por uma análise de novas modalidades observadas por alguns doutrinadores e sua relevância.

Por fim, o texto aborda as críticas da corrente majoritária de estudiosos, que entende não ser cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance em solo pátrio no âmbito médico, devido à realidade do exercício da profissão e de uma suposta usurpação dos requisitos da responsabilidade civil que decorreria de seu emprego nesta seara, argumentos propriamente rebatidos através do profundo estudo da natureza jurídica e da realidade social.

O alcance da finalidade deste compromisso pressupõe o recurso ao método científico-dedutivo, com pesquisa bibliográfica de renomados autores brasileiros e estrangeiros que discorreram sobre o tema.

2 PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA E CASOS CLÁSSICOS

A teoria da perda de uma chance, na compreensão da maioria de seus estudiosos, se divide em dois grandes ramos, aonde haveria um sistema próprio para a aplicação no campo médico e outra para os casos clássicos, como salienta Savi (2009, p. 5):

É importante destacar, ainda, que há duas “modalidades” de responsabilidade civil por perda de uma chance. “A primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final.” Normalmente, os casos de responsabilidade civil médica ou “responsabilidade civil por perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”, enquadram-se na segunda modalidade. (...) primeira modalidade, a chamada teoria “clássica” da responsabilidade civil por perda de uma chance.

A causalidade parcial subsiste, para a doutrina majoritária, como a solução para os casos de responsabilidade civil do médico, na medida em que a consideração da chance como um dano autônomo e independente em relação ao prejuízo final se aplica aos ditos “casos clássicos”. Conforme Penneau (1977, p. 115):

Depuis 1965, la Cour de cassation affirme – comme le fait, d’ailleurs, l’ensemble de la jurisprudence que le fait pour un médecin de faire perdre une chance de survie à son patient l’oblige à réparer le préjudice qui en découle.

La simplicité apparente de cette formule masque la réelle complexité du problème posé, complexité inhérente à l’ambiguïté de la notion de « perte de chances de survie » utilisée dans le domaine médical et illustrée par les controverses doctrinales qu’elle suscite. En réalité, cette notion prend ici une physionomie toute différente de son aspect classique. Classiquement, la

*notion de perte de chances concerne le préjudice ; la notion de perte de chances de survie est relative, elle, à la causalité.*²

Porém, as hipóteses de causalidade parcial ultrapassam a seara médica, atingem outros segmentos e pressupõem uma alteração desta classificação, o que exige um alargamento e expansão destes conceitos para o melhor assentamento da natureza jurídica da perda de uma chance nas diversas ocasiões em que pode ser considerada – e não mais estanque como a grande maioria dos estudiosos a entendem.

Alguns doutrinadores, ainda, entendem a teoria da perda de uma chance como de natureza jurídica una, ora a entendendo como causalidade parcial, ora como uma extensão do dano. Não obstante, o posicionamento radical de escolha de um ou de outro para unificar a aplicação em todo e qualquer caso de responsabilidade por perda de uma chance configura uma tentativa em vão de simplificar por deveras o instituto, devido à diferença metodológica que deve ser empregado em razão de cada ramo especial do Direito tratado no caso concreto.

Silva (2009, p. 84) coloca que a divisão em dois segmentos da perda de uma chance atualmente é a mais aceita pela doutrina:

Essa manifestação originou a corrente que, ainda hoje, é a mais aceita pela doutrina francesa, diferenciando a aplicação clássica da perda de uma chance, que significa o reconhecimento de um dano específico, da perda de uma chance em matéria médica.

Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto. O escopo dessa doutrina é estabelecer a diferença e “denunciar a confusão feita entre a reparação retrospectiva da perda de uma possibilidade pretérita e incerta de causar um dano e a reparação de uma perda para o futuro”.

Na responsabilidade por perda de uma chance no âmbito médico, há uma reparação parcial do dano final calculado em cima da probabilidade da vítima de atingir o resultado cura ou evitar a morte, quer dizer, o magistrado indaga no caso concreto com a probabilidade de existir aquele nexos causal, enquanto na teoria clássica se define a conduta do ofensor como

² “Após 1965, a Corte de cassação afirma – tal como, de outra parte, o conjunto da jurisprudência que o fato para um médico de provocar a perda de uma chance de sobrevivência para seu paciente o obriga a reparar o prejuízo, que disto decorre. A simplicidade aparente desta fórmula mascara a real complexidade do problema colocado, complexidade inerente à ambiguidade da noção de « perda de chance (oportunidades) de sobrevivência » utilizada no domínio médico e ilustrada pelas controvérsias doutrinárias que ela suscita. Na realidade, esta noção assume aqui uma fisionomia totalmente diferente de seu aspecto clássico. Classicamente, a noção de perda de chances concerne ao prejuízo; a noção de perda de chances de sobrevivência é relativa à causalidade”. (Tradução livre)

uma causa necessária à própria perda da chance em si (e não da perda de um resultado favorável), isto é, na teoria clássica da perda de uma chance (SILVA, 2009, p. 86):

(...) as chances são uma “suposição legítima do futuro”, que podem ser mensuradas através das características do fato concreto e das estatísticas e premissões a ele aplicadas.

Nesses casos, a chance pode ser isolada como uma propriedade anterior da vítima, que está incluída no seu patrimônio e se encontra totalmente independente do dano final. Aqui o fato do ofensor impossibilita totalmente a “aposta”, isto é, retira a álea própria da vantagem esperada. Deste modo, resta absoluta a relação causal entre o fato danoso e a perda das chances, caracterizando essas chances como um dano específico distinto do dano final.

(...)

No caso médico, o processo que poderia ter sido aleatório já não é mais, pois se sabe com certeza qual o resultado: a morte ou a invalidez do paciente, isto é, a única dúvida que resta nesse caso é a relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final (...).

Jean Penneau (*apud* SILVA, 2009, p. 88) defende que a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência seria um prejuízo intermediário e nunca um dano específico devido a sua subordinação ao dano final, ou seja, para ocorrer a perda da chance no âmbito médico deve ocorrer o dano – ou seqüela –, sob pena do médico não ser condenado a reparar (pois não há indenização se não há dano), na medida em que nos casos clássicos a conduta do ofensor fulmina toda e qualquer possibilidade de obter a vantagem esperada.

Destarte, se, por um lado, o dano nos chamados casos clássicos é independente e autônomo em relação ao dano final, sendo certo e determinável sob a figura da chance perdida, na seara médica o dano é certo e determinado pela probabilística e a porcentagem que relaciona a conduta do sujeito ativo com o dano final efetivamente sofrido pelo ofendido, não havendo o que se falar nem denexo causal inexistente (mesmo que nunca se prove que a conduta foi a causa do dano final), nem de incerteza quanto à extensão do prejuízo – pois o agente indeniza apenas na medida em que sua conduta tinha potência para gerar o resultado desfavorável.

Importa atentar ao fato de que, na seara médica, o recurso à estatística e cálculo probabilístico é um mero instrumento de auxílio à formação do convencimento motivado do magistrado, não podendo ser o único fundamento da condenação, visto que o juiz deverá analisar o caso concreto e todas as suas particularidades, porquanto “a utilização da perda de uma chance no terreno médico é o paraíso do juiz indeciso” (RENÉ SAVATIER *apud* SILVA, 2009, p. 89).

Entretanto, a divisão entre perda de uma chance em casos clássicos e situações no âmbito médico (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência) não esgotam todos os episódios em que há a aniquilação de uma oportunidade de ganho ou de evitar um prejuízo.

Na verdade, há acontecimentos em que seria próprio da resolução pela sistemática dos casos clássicos e que deve ser aplicado o conceito de causalidade parcial para o correto tratamento e, do mesmo modo, há erros médicos em que ocorre a consideração da perda da chance como um dano autônomo e independente em relação ao dano final.

Silva (2009, p. 106) averba:

Entretanto, constata-se que a ruptura entre casos “clássicos” de responsabilidade de perda de uma chance e casos de perda de uma chance na seara médica é um equívoco. (...)

Georges Durry (...) logrou demonstrar que existiam casos fora da seara médica que deveriam ser incluídos na mesma categoria. (...) casos como a quebra do dever de informar e a falha do sistema de segurança também necessitavam da utilização da causalidade parcial para tornar a teoria da perda das chances apta a operar.

De outro lado, François Chabas, mesmo concordando com o cerne da doutrina majoritária, acabou atacando o outro flanco da ruptura por esta propugnada. O autor demonstrou que, em alguns casos médicos, também se poderia vislumbrar a aplicação clássica da teoria da perda das chances, pois se estaria diante da utilização de um conceito específico de dano, tendo em vista que o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido em momento anterior ao seu estágio derradeiro.

(...) entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. (...)

A rigor, pretende-se propor aqui uma ruptura, porém não mais entre os casos “clássicos” e aqueles vinculados à seara médica. Também seria correto afirmar que todas as vezes que o processo aleatório em que se encontrava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, está-se diante de chances perdidas como dano específico e autônomo. Porém, quando o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial é chamada a depor. Neste último caso, a conduta do agente apenas retira algumas chances de a vítima auferir a vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada. **(grifo do autor)**

Para ratificar tal categorização da perda de uma chance, Jean Penneau (*apud* CASTRO, 2005, p. 196) coloca:

Dans la perspective classique de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l'interruption d'un processus dont on ne saura jamais s'il aurait été génératur d'éléments positifs ou négatifs : en raison de cette faute, l'étudiant n'a pas pu se présenter à l'examen, le

*cheval n'a pas pu prendre part à la course. Il faut alors apprécier les chances qu'avait l'étudiant de réussir l'examen ou le cheval de gagner la course. C'est donc bien, ici, l'appréciation du préjudice qui est directement en cause. La perte de chances de guérison ou de survie se place dans une toute autre perspective : ici, le malade est mort ou il est invalide ; le processus est allé jusqu'à son stade ultime et on connaît le préjudice final. La seule inconnue est, en réalité, la relation de causalité entre ce préjudice et la faute du praticien : on ne sait pas avec certitude quelle est la cause du préjudice : cette faute ou l'évolution (ou la complication) naturelle de la maladie.*³

De qualquer forma, há alguma resistência, inclusive entre os doutrinadores brasileiros, em aceitar a classificação bipartite da teoria da perda de uma chance, como Gondim (2010, p. 64), em dissertação de mestrado:

A partir desse entendimento, a chance é um dano em si mesma com caráter de certeza. Assim, os demais pressupostos da responsabilidade civil serão analisados perante a chance perdida como um dano e não perante o resultado final, por isso não é necessária uma nova interpretação da causalidade.

(...)

Em virtude da dependência perante o resultado final que exige a efetiva ocorrência desse para que seja caracterizada a chance, bem como o conteúdo da reparação, não pode ser considerado como dano totalmente autônomo.

Há quem entenda o contrário, que a chance é totalmente independente e inclusive, como um terceiro gênero de dano, perante o dano material e moral. É o caso de Vaneska Donato de ARAÚJO, que afirma que “(...) a perda da chance de auferir benefício ou evitar evento desfavorável constitui um prejuízo específico e é independente do prejuízo final”.

Esse posicionamento está acompanhado por Tommaso GUALANO, que entende ser a chance um bem jurídico autônomo e a reparação, se material ou extrapatrimonial, será característica própria do valor que compunha o patrimônio do ofendido diante da lesão que se deixou de obter.

Para o presente estudo, a premissa é que a chance é um prejuízo distinto do resultado esperado, constituindo por si só um dano certo e portanto, específico e hábil a representar um prejuízo³⁵⁸, mas que não se caracteriza como uma terceira espécie de dano, perante o dano material e moral, pois dependente do resultado final. **(grifo do autor)**

³ “Na perspectiva clássica da perda de chances, uma conduta está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual não se saberá jamais se ele teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão desta conduta, o estudante não pode se apresentar ao exame, o cavalo não pode fazer parte da corrida. É necessário então apreciar as chances que teria o estudante de ser bem sucedido no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Ocorre bem, aqui, a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevivência se coloca em uma perspectiva totalmente outra: aqui, o doente está morto ou está inválido; o processo foi até o seu estágio último e se conhece o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre este prejuízo e a conduta do profissional: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: esta conduta ou a evolução (ou a complicação) natural da doença”. (Tradução livre)

Assim sendo, a divisão mais correta dentro da perda de uma chance e que resolve definitivamente o problema do abarcamento limitado da dicotomia de casos clássicos e seara médica consiste na compreensão da perda de uma chance, por um lado, como um *dano autônomo e independente quando o processo aleatório foi interrompido e nunca se saberá se poderia chegar ao resultado esperado* e, por outro, *dentro da causalidade parcial quando o processo causal aleatório chegou ao seu fim, consolidando o dano final* (a perda da vantagem ou a concretização do prejuízo que se almejava evitar).

A divisão nestes dois critérios em face do efeito da intervenção da conduta do ofensor no processo aleatório resolve o problema de supostas exceções de fatos que se encaixariam tradicionalmente no procedimento pertinente aos casos clássicos, mas que precisam ser resolvidos pelos elementos aplicados na seara médica e, também, no sentido contrário, com a consideração da perda da chance como um dano por si em casos da circunscrição médica.

3 ESPÉCIES DE PERDA DE UMA CHANCE E MODALIDADES PROPOSTAS POR FERNANDO NORONHA

A típica divisão entre casos clássicos e seara médica, desta forma, não aborda de maneira concreta as situações possíveis de perda de uma chance e, com isso, não oferece a solução adequada a todos os casos, sendo que a proposta de Rafael Peteffi atende de maneira muito mais completa às exigências sistemáticas e de aplicação da teoria, como visto, ao dissecá-la em situações em que o processo aleatório foi até o final (causando o dano final e aonde será utilizada a causalidade parcial) e em ocasiões em que a conduta do ofensor interrompeu a marcha causal e eliminou todas as chances de atingir o resultado esperado (quando então a perda da chance será considerada um dano autônomo).

No entanto, outros autores, como Tourneau, buscam ordenar a perda de uma chance de maneiras similares, sem tanta aceitação pela doutrina em geral, Castro (2005, p. 192) coloca:

A jurisprudência, relata Tourneau, também é abundante de exemplos, nos quais a perda da chance, embora irremediável, pode acarretar repercussões no futuro. As situações podem ser englobadas de duas maneiras diferentes: a perda existe desde já e vai continuar ou não se concretizará senão mais tarde. Com essa tônica, três são as modalidades principais: **perda de chance de alcançar a situação melhor, de cura ou sobrevivência e de obter socorro alimentar.**

Uma senhora simples, esposa de um excelente estudante cursando o último ano de medicina, com auspiciosa e brilhante carreira em perspectiva, ceifado prematuramente em virtude de acidente fatal, pede indenização pela perda da chance de desfrutar da posição que seu marido tão logo formado atingiria, não fosse o infortunado fato. Os juízos constataram que a jovem mulher, e todas as indicações eram nesse sentido, fizera o que se poderia chamar de um bom casamento e, em decorrência do acidente causado por um terceiro, tivera sua vida transformada de conto de fadas em drama. Suas chances eram, humanamente falando, consideráveis, logo, a perda delas é certa, embora futura.

Do segundo grupo: se a vítima demonstrar que, se o médico lhe tivesse dedicado mais e melhores cuidados, suas chances de cura ou mesmo sobrevivência seriam maiores, poderá obter dele indenização. (...)

Do terceiro caso, exemplo é o de pais que ingressa, com pedido de indenização para compensar a perda de chance de obter uma ajuda ulterior de um descendente. Tourneau exemplifica com um caso de cônjuge, esposa separada de fato (separação esta que poderia cessar a qualquer momento), que viu reconhecido direito a haver indenização pela morte de seu marido, mesmo que à época da morte dele não gozava de direito de alimentos contra o falecido. O acidente fizera a esposa do falecido perder uma chance. (**grifo nosso**)

Afora a propriedade dos argumentos do jurista francês, a proposição alternativa que mais se destaca no direito brasileiro consiste na do Professor Doutor Fernando Noronha, da Universidade Federal de Santa Catarina, natural de Portugal, mas com amplo desenvolvimento de trabalhos em solo brasileiro, e que classifica a teoria da perda de uma chance em frustração da chance de obter uma vantagem futura e frustração de evitar um dano que aconteceu, que se subdividem, respectivamente, em perda da chance de realizar um benefício em expectativa e perda da chance de evitar um prejuízo futuro no primeiro caso, e perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e perda de uma chance por falta de informação na segunda espécie, ou seja, quatro modalidades, a despeito do estudioso propor inicialmente que seriam somente três.

Como será demonstrado, esta divisão, basicamente, coloca os casos clássicos (ou melhor, ocasiões em que o processo aleatório foi totalmente interrompido e nunca se saberá o resultado final) na frustração da chance de obter uma vantagem futura, enquanto as situações do âmbito médico (aonde a marcha de causalidade se estendeu até o dano final) se situam dentro da frustração de evitar um dano que aconteceu.

Vale transcrever trecho de obra de Noronha (2003, p. 668), que, apesar de extenso, resume a sua concepção sobre a teoria objeto do presente estudo:

A primeira e mais importante dessas modalidades diz respeito às hipóteses que designaremos de *perda da chance de obter uma vantagem futura*, hipóteses que na doutrina francesa são conhecidas também como a *perda de*

chance clássica (...). São hipóteses em que, devido a um fato antijurídico passado, fica frustrada a possibilidade de obter uma vantagem que era esperada no futuro, ou fica frustrada a possibilidade de evitar um prejuízo futuro. Como se vê, esta categoria abrange duas situações distintas, que vão constituir duas submodalidades dela: a *perda da chance de realizar um benefício em expectativa*, de um lado, e a *perda da chance de evitar um prejuízo futuro*, de outro.

(...)

Nessas duas submodalidades, a frustração da chance de obter a vantagem prevista surge porque o fato antijurídico interrompe um processo que estava em curso, mas em circunstâncias em que fica impossível afirmar que, sem a interrupção, o resultado em expectativa aconteceria necessariamente.

As outras duas modalidades de perda de chance acima referidas (a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação) dizem respeito a hipóteses em que os elementos que se projetam no futuro dizem respeito ao cômputo do grau de probabilidade, que porventura houvesse, de evitar um prejuízo que efetivamente atingiu uma pessoa (...), um *dano presente*. Ambas são modalidades que se diferenciam da perda de chance clássica pelo fato de esta dizer respeito a danos futuros (...).

Das duas modalidades que são de frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, a primeira é constituída pelos casos em que o indigitado responsável podia e devia ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado um fato diverso daquele que lhe é imputado. (...) Para estes casos falaremos em *perda da chance de evitar que outrem sofresse um dano efetivamente ocorrido* (isto é, um *dano presente*).

A segunda modalidade relativa a danos presentes, em que falaremos em *perda de uma chance por falta de informação*, diz respeito à frustração da oportunidade de tomar uma decisão esclarecida, devido a ter havido quebra de uma dever de informar, que recaía sobre outra pessoa. Acontece quando alguém sofre determinado dano por não ter tomado a melhor decisão (...).

(grifos do autor)

Prossegue o autor (NORONHA, 2003, p. 676):

As diferenças entre a perda de chance clássica e a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo acontecido são evidentes. Enquanto na perda de chance clássica o fato antijurídico interrompeu um processo em curso e o possível dano resulta desta interrupção, no caso da perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo em curso não foi interrompido, quando poderia tê-lo sido. Se o processo tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido. Diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Agora sabe-se que ocorreu um dano e que este é resultante do processo que estava em curso; o que se pergunta é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo.

Cabe salientar que Silva (2009, p. 109) critica a reparação parcial do dano se o nexo causal for presumido, devido à impossibilidade de entender a perda da chance, nos casos em que o processo aleatório chegou ao seu final, como um prejuízo autônomo – conforme o entendimento de Noronha (2003, p. 671):

Nesse sentido, e também divergindo do (...) autor, coloca-se a seguinte assertiva: se existir uma presunção de causalidade contra o réu, acredita-se que a única solução viável é a proposta por Geneviève Viney, ou seja, a reparação integral do dano final. Do contrário, não há como encontrar os fundamentos para a existência de causalidade em relação ao dano final (engendrada por meio de uma presunção ou de causalidade concorrente) e a necessidade de se indenizar um “prejuízo distinto”.

A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. (...) Portanto, esse “prejuízo distinto do benefício esperado” parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima.

A hipótese avaliada por Fernando Noronha (2003, p. 685) de elevada inovação consiste na *perda de chance por falta de informação quando ocorre a violação de deveres de informar*, que se estabelece:

Quando (...) levar outra pessoa a tomar uma decisão que depois verifica não ter sido a melhor, ou quando simplesmente não for dada a esta pessoa a possibilidade de se manifestar, se depois vierem a acontecer danos que poderiam ter sido evitados (...) também nestes casos terá sido frustrada a chance de evitar um dano que efetivamente veio a ocorrer.

As diferenças entre a situação de perda de chance pela quebra de um dever de informar e a perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente acontecido prendem-se com o fato de a chance, na primeira, estar ligada a um fato do próprio lesado (...). (...) a chance está com o próprio interessado.

A relevância dos argumentos expostos neste tópico resultam da identificação, pelos doutrinadores, das espécies de perda de uma chance de *obter socorro alimentar* e a *por falta de informação*, jogando luz sobre a matéria e inovando o campo de atuação da teoria, que ainda carece de apurada cognição para a sua perfeita aplicação.

Contudo, a classificação de Fernando Noronha apenas emprega nova nomenclatura às espécies tradicionais de perda de uma chance, utilizando o mesmo critério (se o processo aleatório chegou ou não ao seu final), sem diferenciar muito da proposta por Rafael Peteffi, a qual entendemos ainda seja a mais adequada – até pela não consideração da causalidade parcial (pois a perda da chance sempre seria dano autônomo para Noronha) e a utilização pelo

professor português das ideias de danos presentes e futuros para nomeações dos tipos de perda de chances, o que pode levar a algumas confusões no campo prático, dificultando ainda mais a aceitação da teoria pela jurisprudência e pelos aplicadores do Direito.

4 CRÍTICAS À PERDA DE UMA CHANCE APLICADA NA SEARA MÉDICA

Alguns doutrinadores advertem a eventuais perigos que a aplicação da perda de uma chance no âmbito médico pode trazer, principalmente no ordenamento jurídico pátrio, devido à diferença entre o ambiente em que a doutrina foi desenvolvida (França, Estados Unidos da América e Itália) e a realidade enfrentada pelos médicos no Brasil.

O maior estudioso do direito médico brasileiro atualmente, Kfouri Neto (2002, p. 103) alerta:

A aplicação irrestrita da noção de perda de uma chance mudaria por completo a jurisprudência relacionada ao erro de diagnóstico. Sabe-se que, em princípio, a jurisprudência não considera culposo o diagnóstico falho – salvo erro grosseiro. Mas a admissão da perda de uma chance conduziria automaticamente à condenação do erro diagnóstico – pois a ele, em regra, segue-se o erro de tratamento. A jurisprudência que admite a *perde de chance* provoca consequências nefastas para o exercício da medicina. Exigir dos médicos audácia e aceitação de riscos – e, ao mesmo tempo, na outra ponta, recusar o insucesso – significa condenar o médico a exercer sua profissão em clima de insegurança e aumentar seus riscos profissionais, que já não são pequenos.

O mesmo Autor (KFOURI NETO, 2002, p. 110) prossegue:

No Brasil, a teoria da perda de uma chance, identificada com a responsabilidade objetiva, deve ser interpretada com máxima cautela, quando se tem em mira a atuação médica. Não há de olvidar as condições de trabalho dos nosso médicos, mormente em hospitais públicos ou ligados à Previdência. A quase absoluta falta de recursos para exames complementares (que, nos Estados Unidos, consomem cerca de 15 bilhões de dólares ao ano) dificulta o diagnóstico. A própria desnutrição, mal tão comum aos brasileiros de todos os quadrantes, potencializa e agrava as demais moléstias – e compromete qualquer terapia. Nada disso elide, por óbvio, a crassa imprudência, a omissão pura e simples ou o injustificado desvio de conduta, sempre passíveis de punição.

Na mesma trilha segue Barros Júnior (2007, p. 167):

(...) chega-se ao extremo de se condenar o médico, ainda que o nexos causal seja incerto, em face da aplicação da noção da perda de uma chance de cura.

Apesar disso, há quem a critique, notadamente por se traduzir incerteza quando à causalidade e ao próprio dano. Muitos doutrinadores entendem ser ilegítima a utilização deste conceito à conjectural responsabilidade médica.

(...) Na prática, a doutrina visa importa o dever de indenizar sem existência do nexo de causalidade, e, pior, sem certeza do dano.

A Medicina (...) tem infinitos mistérios traduzidos em limitações, muitas vezes, absolutamente imprevisíveis e insuperáveis, não sendo razoável que as limitações sejam utilizadas como instrumento legitimador de presunção de existência de nexo causal ou, pior, de substituição de um dano real, certo e efetivo. Seria o início do fim da Medicina (e dos médicos) em que o esculápio passaria a ser punido quando não lograsse êxito nos seus procedimentos, independente das limitações científicas, e fosse responsabilizado por um dano virtual e incerto.

Não é exagero se dizer que, em sendo adotada tal teoria, sem dúvida nenhuma, em pouco tempo, uma série de procedimentos não mais seria realizada devido ao risco de lesões iatrogênicas e ainda haveria o abandono do exercício de várias áreas de especialidade pelo temor de perda econômica. (...)

Tal foco da teoria agride os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da valorização do trabalho, do direito à saúde, do interesse público por sobre o particular e principalmente da segurança jurídica. É ilógico que, em razão da limitação da própria Medicina, se responsabilize um profissional por questões que escapam ao seu controle.

A razão da difusão desta teoria na França é que este país europeu se situa no primeiro lugar no *ranking* de qualidade de saúde da OMS. Possui realidade ética, jurídica e infra-estrutural totalmente diversa do Brasil. A população daquele país de primeiro mundo está em torno dos 40 milhões, todos consumidores. Não possuem código consumerista e não possuem garantia constitucional à saúde de forma expressa e direta como no Brasil. Este, por sua vez, ocupa o 125º lugar na qualidade de saúde pelo mesmo *ranking*. Possui 170 milhões de habitantes, sendo pouco mais de 20 milhões consumidores economicamente ativos em matéria de saúde privada. O restante da população tem seus cuidados de saúde entregue ao sistema falido do SUS, que, nos anos recentes, em vez de um crescimento da oferta de ações e serviços, coerente com o princípio constitucional da universalização da saúde, promove o retraimento progressivo dos investimentos no setor e no seu custeio, o sucateamento dos equipamentos existentes, a queda da qualidade nos serviços e as filas crescentes – fenômeno social denominado de universalização excludente.

Uma justificativa plausível para a adoção da teoria na França, além das particularidades já apontadas, é a necessidade de recursos éticos que suplantem a falta de uma legislação consumerista específica.

A teoria francesa, se aplicada no Brasil, põe de lado praticamente todos os pilares da responsabilidade civil e promove a canibalização terminal da relação médico-paciente, o extermínio da profissão e conseqüentemente afasta ainda mais a garantia social à saúde.

Ao lado da relevante argumentação de ambos os juristas, entendemos que a resistência em aceitar a aplicação da teoria resulta da incorreta interpretação da natureza jurídica e de seu sistema.

Kfoury Neto (2007, p. 64) e Barros Júnior (2007, p. 169) compreendem a perda de uma chance no âmbito médico como uma teoria objetiva da responsabilidade civil, aonde não

precisaria ser demonstrada a culpa – o que resta por absurdo, visto que, na realidade, se trata de uma mudança no foco da causalidade, que constitui um nexos causal parcial, aonde ainda deve ser provada culpa, nos moldes do art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Ora, a proposta da teoria objeto deste estudo é alteração na análise da causalidade em casos em que o processo aleatório chegou ao dano final e nunca será a de exclusão da prova da culpa, que permanece como um dos elementos configuradores da responsabilidade civil.

Os doutrinadores, do mesmo modo, não assimilam da forma mais apurada a ideia da causalidade parcial, confundindo a aplicação tradicional da perda de uma chance na seara médica ora com um dano emergente da perda da chance em si, ora como um problema de causalidade, flutuando entre as duas concepções de maneira equivocada. Isto porque, regra geral, no erro médico a perda de uma chance é um problema de causalidade e somente em casos excepcionais será de dano, o que inibe qualquer discussão acerca da certeza do dano, pois o prejuízo nele considerado é a parcela de lesão que, mediante cálculo probabilístico com base no dano final aferido, o médico *provavelmente causou*, ou seja, a perda da chance propriamente dita não é independente do dano final, mas sim está inserida neste.

Rocha (2012, p. 26) alega que:

A utilização de dados da estatística, nesta concepção menos ortodoxa do nexos causal, torna os eventos aleatórios previsíveis, fornecendo uma segurança para o reconhecimento da causalidade. Quando o juiz não se utiliza de estatísticas, por vezes é forçado a fazer presunções em busca da comprovação do nexos causal. Veja-se, por exemplo, se um juiz questiona ao perito se determinado tratamento normalmente leva à cura de certa enfermidade, e este afirma que sim. Neste caso, o dado fornecido pelo perito não representa uma certeza, mas pode ensejar o convencimento do magistrado.

(...)

Tendo em vista que dispensa a comprovação da *conditio sine qua non* para realização do dano final, (...) considera a utilização da causalidade parcial uma exceção ao modelo atual da responsabilidade civil no direito brasileiro, devendo ser utilizada como uma opção subsidiária, “somente após esgotadas as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal”. (**grifo nosso**)

A compreensão da perda de uma chance na seara médica como um dano autônomo, infelizmente, ainda caracteriza um mal na doutrina jurídica brasileira, atingindo juristas de maior calibre, como o próprio Kfoury Neto e Gonçalves (2012, p. 260):

Assinala-se que o retardamento nos cuidados, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela *perda de uma chance*. Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no

futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. **Essa perda de chance, em si, caracteriza um dano**, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. **(grifos nosso e do autor)**

No mesmo teor, porém sem ser expressamente, Castro (2005, p. 198) relata que a perda de uma chance na seara médica aplica um conceito de dano autônomo e independente à perda em si, considerando o liame causal entre a conduta do médico e a própria perda da chance:

Nesta teoria, não resta evidente umnexo causal entre a ação culposa do médico e o dano sofrido pelo paciente. **O nexode causalidade vai estar ligando a má conduta do médico a uma perda da possibilidade de obter a cura ou minoração do mal do doente.** E isso faz enorme diferença, obrigando a penetrar na seara das possibilidades, para aferir o impacto sobre as chances do doente que teria certa medida ministrada, quando não o deveria ter sido, ou negligenciada, quando necessária, consideradas as condições hipotéticas daquele paciente. **(grifo nosso)**

Noronha (2003, p. 679) destaca crítica da doutrina francesa quando à aplicação da perda de uma chance no âmbito médico e a rebate:

Na verdade, antes de Penneau já René Savatier, em trecho célebre (...), também transcrito por G. Viney (...), censurava os juízes de lançarem mão de uma “causalidade duvidosa” para fundamentarem uma “reparação parcial”, havendo toda razão para “se temer que o juiz acabe confundindo o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade”.

Yvonne Lambert-Faivre (...), fazendo também boa síntese, insiste na idéia de que o apelo à perda de chances de cura ou de sobrevivência “o alibi de uma causalidade hipotética”, a que os juízes recorrem, quando fica “difícil ligar as complicações sobrevindas, seja à evolução normal da doença, seja à álea terapêutica, culposa ou não”. (...) Na opinião desta ilustre jurista, o que os juízes deveriam fazer seria determinar se a falta médica “foi a *causa* ou *uma das causas* do dano”: se foi, “o responsável deve a reparação do dano todo”; se não foi, “então não tendo ficado estabelecido o nexocausal, a responsabilidade médica não deveria ser admitida”.

Como se vê, para todos estes autores valeria, nesta matéria, a regra do “ou tudo, ou nada”: ou se prova que a falha terapêutica contribuiu efetivamente para o dano, e o médico será responsável pela integralidade dele, ou não se faz prova cabal dessa relação de causa e efeito, e ele não responderá por nada.

Não nos parece que esta seja a melhor solução. Cremos que são apenas parcialmente procedentes as críticas à extensão da teoria clássica aos casos de perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo. Se fossem inteiramente válidas, procederiam também contra a teoria clássica, porque também nela se poderia ver “um instrumento de equidade que permite ao

juiz ter um gesto em favor da vítima, todas as vezes que uma incerteza sobre o nexo de causalidade interdita uma reparação integral”, como, aliás, é opinião de outro jurista francês mui ilustre, Boris Starck (...).

No âmbito das hipóteses de frustração da possibilidade de evitar um dano presente, efetivamente acontecido, existem algumas situações em que se justifica a aplicação da teoria da responsabilidade pela perda de chances.

A teoria da responsabilização pela perda de uma chance não exige esforços do médico incompatíveis com o avanço da ciência em nenhuma hipótese, e sim faz uma análise, com o uso de estatística (ramo notoriamente avançado no campo da medicina, relacionando a atuação do médico com o grau de probabilidade de um resultado favorável), de, diante do atual estado do conhecimento e das técnicas desenvolvidas, qual seria a conduta e o tratamento ideal quanto a um determinado quadro clínico. Se, por conseguinte, o profissional culposamente não atuou da forma razoavelmente prevista, ele, com certeza, eliminou uma chance de cura, e se após houve um dano (a morte ou a lesão), a perda da chance deverá ser indenizada na proporção da probabilidade de atingir o resultado cura ou sobrevivência.

Rosário (2009, p. 32) defende a aplicação da teoria para casos ocorridos no campo da medicina:

Evidentemente não se cuida de indenizar o eventual, o incerto, e sim, a lesão ocorrida, mantendo-se a indispensável demonstração da certeza do dano. (...) É claro que não se espera que o médico atue milagrosamente, pois a atividade médica é de meio e não de resultado. Mas é evidente que no novo milênio, o médico, como outros profissionais – engenheiro, advogado, analistas – possui o dever de especialização, permanecendo atualizado com as novas técnicas da atualidade. Vale dizer, que o atual de hoje não o será com o passar de uma década, pois a humanidade espera a oxigenação do saber, refutando por completo o engessamento da acomodação do profissional, que por vezes, pode ser o ponto de partida para o surgimento de uma indenização oriunda da perda de uma chance.

É manifesto que para um diagnóstico eficaz da doença não é necessário esgotar todos os meios suasórios, sendo imprescindível a consonância entre o estado do paciente e os exames realizados, tudo de acordo com um atuar diligente e perito. Todavia, se houve negligência por parte do médico, por não realizar os exames necessários, causando ao paciente a perda da chance de sobreviver, o profissional poderá ser condenado a reparar o prejuízo, ainda que o nexo causal entre a conduta omissiva e o resultado seja baseado na probabilidade.

Em frente a estes fatores que permitem a aplicação da teoria da perda de uma chance, Kfoury Neto (2002, p. 127), cede e conclui:

A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade.

Em síntese, o reconhecimento da “chance perdida” há que se apoiar em dados fáticos e científicos claramente provados, indicativos de que, caso a enfermidade tivesse sido diagnosticada com antecedência – pelos claros sintomas que o paciente apresentava, desconsiderados pelo médico –, o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência médica, aumentaria. O contrário, todavia, conduziu à perda dessa chance.

Cavaliere Filho (2010, p. 77) alerta para a prudência fundamental na aplicação da teoria:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultado de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** perdidas. (**grifos do autor**)

Dias (1999, p. 46) disserta sobre a importância da aplicação da perda de uma chance para o advogado, em palavras perfeitamente adequadas aos casos médicos:

Há (...) um sem-número de situações que ficam entre extremos, de total e de nenhuma probabilidade de êxito (...), nas quais o exame da existência ou não de prejuízo efetivo torna-se difícil e complexo. (...)

Percebe-se que as posições extremas de responsabilidade (...) ou de irresponsabilidade (...) não atendem aos anseios de justiça. (...) Contudo, a apreciação do nexos de causalidade e da extensão do dano deve sempre ocorrer, para que o advogado não seja chamado a pagar a indenização de um dano que muito provavelmente não causou. Seria promover o enriquecimento sem causa do cliente, em detrimento do advogado.

Portanto, a compreensão que melhor se amolda ao ordenamento jurídico pátrio e à responsabilidade civil no Direito brasileiro – perante a imprescindibilidade de não deixar a vítima sem qualquer reparação e, ao mesmo tempo, não obrigar o médico a indenizar danos que não causou – constitui na causalidade parcial como elemento flexibilizador na perda de uma chance no âmbito médico (frise-se que esta é regra geral), que não pode ser afastado por retóricas sobre a falta de infra-estrutura no sistema de saúde brasileiro e uma suposta dispensa de proteção do paciente por esta teoria em face do desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil, além de o fazê-lo com base em um ponto de vista totalmente censurável da teoria.

5 CONCLUSÃO

A consideração de parcela da doutrina a favor da consideração da perda de uma chance como uma *una*, sem diferença entre os casos clássicos e os da seara médica, seja apenas com base na causalidade parcial, seja na ideia da perda da chance como dano autônomo e independente, não resta como o entendimento mais apurado, pois objetiva uma simplificação da matéria que não é pertinente, sendo muito mais próprio considerar a teoria como uma dicotomia.

Além disso, esta classificação bipartite deve ser analisada sob outro enfoque, qual seja, o da interrupção do processo aleatório, porque muitos casos colocados como “clássicos” precisaram ser solucionados pela causalidade parcial, enquanto na perda de uma chance de sobrevivência ou de cura pode ser necessário empregar o conceito de dano independente e autônomo, o que mostra que esta divisão não é a mais completa.

Por estas razões, cabível é seccionar a responsabilidade civil por perda de uma chance em vertentes diferentes, com o objetivo de estabelecer a dupla natureza jurídica, podendo, de acordo com o caso, se apresentar pelo instituto do nexo causal ou como dano.

A primeira esfera seria aquela aonde o processo aleatório foi interrompido antes de seu final e nunca se poderá saber se o resultado esperado poderia ter sido alcançado, quer dizer, todas as chances foram eliminadas (notoriamente os casos clássicos), enquanto na segunda algumas chances foram perdidas em decorrência da conduta, aonde o processo aleatório chega a um dano final (se não chegar a um dano, não há o que se falar em reparação), que normalmente são situações ocorridas no campo da medicina.

No primeiro caso, seria aplicada a causalidade parcial, enquanto no segundo, a consideração da perda da oportunidade como um dano autônomo e independente em relação ao dano final, determinando e encerrando, assim, a incógnita resultante do exame da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance.

Tourneau e Fernando Noronha trataram do tema e dissecaram a perda de uma chance em uma nova classificação. O primeiro, trouxe a perda de uma chance de obter socorro alimentar, de extrema importância no Direito brasileiro, visto que a Constituição Federal 1988 preza pela família e a mútua ajuda entre os que pertencem a ela.

Fernando Noronha, por sua vez, divide as hipóteses de perda de uma chance em frustração da chance de obter uma vantagem futura (perda da chance de realizar um benefício em expectativa e perda da chance de evitar um prejuízo futuro) e frustração de evitar um dano que aconteceu (perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e perda de uma

chance por falta de informação), que, na realidade, consistem nas mesmas outras duas seções do estudo de Peteffi, isto é, a primeira se condiciona quando o processo aleatório foi interrompido em sua totalidade e a segunda consiste quando ele chegou ao dano final. Todavia, Noronha calca a sua fundamentação na unidade da natureza jurídica da perda de uma chance, ou seja, a perda seria sempre um dano autônomo e independente, nunca uma questão de causalidade, posição da qual discordamos.

No Brasil, há determinados doutrinadores que se posicionam contra a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica em solo pátrio, pois não seria adequada com relação à infra-estrutura do sistema de saúde brasileiro, desmotivaria profissionais a seguirem especialidades na medicina que apresentam maiores riscos, haveria uma deturpação dos elementos da responsabilidade civil (o dano e o nexos causal seriam incertos e a culpa dispensada, segundo o entendimento de alguns), entre outros argumentos falhos.

Tratamos de rebater estas alegações no corpo do texto com o fim de defender a aplicação da teoria na responsabilização dos profissionais da medicina, porque a aversão à perda de uma chance advém de uma compreensão absolutamente equivocada da matéria, quer dizer, a responsabilidade aqui continua sendo subjetiva (deve ser demonstrada a culpa e não configura responsabilidade objetiva, como há autores que entendem) e o problema aqui é de causalidade – outra questão mal assimilada, o que leva a uma parcela de doutrinadores a flutuarem erroneamente entre a perda da chance como um dano autônomo e como uma presunção de nexos causal –, sendo este aferido via graus de probabilidade e com o prejuízo certo (a morte ou a lesão ao paciente), visto que a perda da chance se confunde com o dano final.

Por fim, a teoria da perda de uma chance carece de um tratamento mais aprofundado pelos juristas, tanto no Judiciário (que ainda não a aplica corretamente) quanto na doutrina, na medida em que a chance – se for séria e real – tem sim um valor patrimonial inestimável e a sua não reparação quando eliminada por uma conduta de outrem conduz a absurdos injustos patrocinados pelos intérpretes da lei, assim como mantém impunes aqueles que efetivaram estas ações ou omissões danosas. No entanto, o aplicador do Direito precisa analisar, no caso concreto, se a oportunidade de obter um benefício ou de evitar um dano apresenta os requisitos de seriedade e probabilidade de conseguir o resultado almejado, sob o risco de levar a condenações extravagantes e sem fato gerador destas obrigações de reparar danos inexistentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 4: responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba. 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, v. 1**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PENNEAU, Jean. **La responsabilité médicale**. Paris : Éditions Sirey, 1977.

ROCHA, Vivian de Almeida Sieben. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/vivian_rocha.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

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

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.