

A teoria da perda de uma chance aplicada ao erro médico: análise da jurisprudência do TJSC

Bruno Mohammed Zoher Jaffal

Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Cleiton Pazello Soares

Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Quézia Souza Martins Rozza

Graduanda do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Claudia Regina Althoff Figueiredo

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Especialista em Direito Civil pela Universidade de Blumenau - FURB; Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Damásio de Direito – DAMÁSIO EDUCACIONAL; e Graduada em Direito pela Universidade de Blumenau - FURB. Advogada. Professora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Segurança Pública Política Criminal, e no de Advocacia Prática Criminal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; pesquisadora e professora do Curso de graduação em Direito da UNIVALI. Atua na coordenação do grupo de estudos em Jurisprudência Cível do curso de graduação em Direito da UNIVALI, campus Balneário Camboriú-SC

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.21

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consubstancia-se na indagação acerca da responsabilidade do médico relacionado a práticas ilícitas, pela denominada perda de uma chance. A responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever de uma pessoa em reparar prejuízos causados a outrem, quer seja por seus atos ou de terceiros. Já a teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenua determinada perda. Procurando responder os devidos questionamentos, primeiramente é feita uma breve análise acerca do instituto da responsabilidade civil, analisando sua conceituação e espécies. Na sequência, busca-se à responsabilidade civil do médico, que, na qualidade de profissional liberal, em regra será subjetiva. Sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional. No item seguinte, por fim, é tratado da teoria da perda de uma chance aplicada na responsabilidade civil do médico. A este respeito, examina-se os parâmetros aplicados pela doutrina e pela jurisprudência para a definição do quantum devido a título de indenização pela chance perdida. Revela-se, assim, a relevância da presente pesquisa, visto tratar-se de um instituto controverso, tanto em relação à sua natureza jurídica, quanto relacionado à fixação de seu valor. Quanto à Metodologia empregada, se utiliza do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, sem pretensão de se esgotar o tema, e sim, instigar a reflexão para novas pesquisas no âmbito acadêmico.

Palavras-chave: responsabilidade civil. perda de uma chance. erro médico.

ABSTRACT

The objective of the present work is based on the question about the responsibility of the doctor related to illicit practices, for the so-called loss of a chance. Civil liability can be understood as the duty of a person to repair damages caused to others, whether by their acts or by third parties. On the other hand, the theory of loss of a chance is characterized by the liability of the agent who, by action or omission, removes the chance of others to acquire a future advantage or bonus that mitigates a certain loss. Seeking to answer the appropriate questions, firstly, a brief analysis is made about the institute of civil liability, analyzing its conceptualization and species. Subsequently, the doctor's civil liability is sought, which, as a liberal professional, will normally be subjective. Proof of guilt is essential, that is, when there is negligence, malpractice or recklessness on the part of the professional. Finally, the next item deals with the theory of loss of a chance applied to the physician's civil liability. In this regard, the parameters applied by doctrine and jurisprudence for the definition of the quantum due as compensation for the lost chance are examined. Thus, the relevance of the present research is revealed, since it is a controversial institute, both in relation to its legal nature and related to the establishment of its value. As for the methodology used, it uses the inductive method and bibliographic research, without pretending to exhaust the theme, but rather, to instigate reflection for new research in the academic field.

Keywords: civil responsibility. loss of a chance. medical error.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pode ser compreendida como o dever de uma pessoa em reparar prejuízos causados a outrem, quer seja por seus atos ou de terceiros. Portanto, gera a obrigação de ressarcimento em eventuais prejuízos perpetrados. O objetivo do presente trabalho consubstancia-se em verificar a responsabilidade do profissional da medicina relacionado a práticas ilícitas, pela denominada perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenua determinada perda. Isto é, consiste especificamente em ressarcir a oportunidade que se perdeu e não apenas a vantagem em si. Portanto, a vantagem não pode ser meramente hipotética, cabendo a quem alega comprovar que havia uma possibilidade real e palpável.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico, deve-se esclarecer que nesta seara busca-se o ressarcimento aos casos em que, por ação ou omissão do médico, o paciente é prejudicado com o erro de diagnóstico, tratamento inadequado ou inércia, que por vezes, pode causar mal irreversível e até a morte.

Procurando responder os devidos questionamentos, primeiramente é feita uma abordagem acerca do instituto da responsabilidade civil, analisando sua conceituação e espécies. Na sequência, busca-se à responsabilidade civil do médico, que, na qualidade de profissional liberal, em regra é subjetiva. Sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional.

No item seguinte, por fim, é tratado sobre a teoria da perda de uma chance aplicada na responsabilidade civil do médico. A este respeito, é examinado os parâmetros aplicados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para a caracterização da perda de uma chance.

Revela-se, assim, a relevância da presente pesquisa, pois trata-se de um instituto que suscita diversas divergências, tanto em relação à sua natureza jurídica, quanto relacionado à fixação de seu valor. Isto posto, cumpre apurar a real viabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil por erro médico.

Quanto à Metodologia¹ empregada, se utiliza do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, sem pretensão de se esgotar o tema, e sim, instigar a reflexão para novas pesquisas no âmbito acadêmico.

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil consiste em um ordenamento que tem como essência não lesar o outro. Constitui-se na obrigação de reparar o dano gerado a outrem, em virtude de atos intencionais ou não, inclusive, cometidos por terceiro. A inobservância de um dever jurídico configura ilícito, que, na maioria das vezes, provoca prejuízos para outros, criando um dever jurídico que é o de reparação.

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia das Pesquisas Jurídicas: teoria e prática*. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87-91.

Sendo assim, em seu sentido jurídico, relaciona-se com a ideia de desvio de conduta. Consoante Sérgio Cavalieri Filho²:

[...] designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

No Brasil, o sistema normativo jurídico estabelece as regras essenciais para o convívio harmônico em sociedade e garante a reparação de danos, de forma amigável ou judicial. Assim, nota-se que o propósito deste instituto é não prejudicar aquele que segue as regras postas.

Ademais, a responsabilidade civil pode ser dividida em quatro tipos, subdivididos em dois grupos, são eles: razão da culpa e natureza jurídica.

Razão da culpa: responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade subjetiva está associada ao conceito de culpa, seu elementar pressuposto. O Código Civil, em seu artigo 186³, conservou a responsabilização subjetiva como regra geral.

Neste sentido, Pereira⁴ leciona:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Destaca-se, nesta espécie de responsabilidade, que o dever de reparação advém somente da culpa ou dolo do agente, na mesma proporção do ato ilícito cometido, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Consoante Sergio Cavalieri Filho⁵ “[...] pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”

Em relação a responsabilidade civil objetiva, ao contrário do que se observa na modalidade subjetiva, não se exige prova da prática ilícita do agente causador do prejuízo, pois ela está baseada na teoria do risco criado, isto é, o autor da violação cria o dever de indenizar uma vez que desempenha atividade ou causa situações que possam prejudicar terceiros.⁶

Na mesma esteira, corroborando com este entendimento, Carlos Roberto Gonçalves⁷ expõe que “Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.” Ainda, fundamenta-se no artigo 927⁸, parágrafo único do Código Civil.

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. Atlas: São Paulo, 2014, p. 14.

3 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em 09 jun. 06 2022. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35.

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

6 SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*. Paris. v.1, p. 274.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 15. ed. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 59.

8 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

Ademais, no tocante à responsabilidade civil, a prática delituosa poderá ocorrer de uma ação ou omissão, e não obstante, da presença de prejuízo sofrido pela vítima, e o nexo de causalidade. A respeito do nexo causal, apura-se que o Código Civil acolhe a teoria da causalidade direta e imediata, disposto em seu artigo 403⁹. Sendo assim, o fator jurídico elementar é tão somente aquele vinculado diretamente ao dano, sem a intervenção de outra circunstância subsequente.

Natureza jurídica: responsabilidade civil contratual e extracontratual

O pressuposto da obrigação de ressarcimento é um fato jurídico (*lato sensu*). Poderá ser um acontecimento natural (*fato stricto sensu*), um negócio jurídico, enfatizando os contratos, e, atos jurídicos não negociais, tendo como exemplo atos ilícitos, abuso de direito, entre outros.¹⁰

Destarte, sabendo que a responsabilidade poderá decorrer da lei ou de contrato, dispõe Ricardo Pereira Lyra¹¹:

O dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão é pertinente a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Portanto, a responsabilidade civil contratual origina-se de uma norma, ou dever, proveniente de um negócio jurídico unilateral ou bilateral, no qual um sujeito deixa de cumprir o dever legal estipulado, criando um dano ou inadimplemento. Para Maria Helena Diniz¹² “[...] é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista, é imprescindível a preexistência de uma obrigação”.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual se dá com a ocorrência de uma lesão sem um contrato anteriormente constituído entre as partes, ou seja, é a ofensa às normas legais ou afronta de um direito, provocando danos a outrem, cabendo ao agente realizar a reparação. Neste diapasão, quando a obrigação de indenizar não está interligado a um contrato, diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual.¹³

Como adverte Aguiar Dias¹⁴, “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é una.”

Portanto, observado os principais critérios para constatação da responsabilidade civil originária, passa-se à análise da responsabilidade civil do médico.

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem.” Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 09/06/2022.

9 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 09/06/2022.

10 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 30.

11 LYRA, Ricardo Pereira. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 149.

13 BACARIM, Maria Cristina de Almeida. *Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, 2000, p. 85.

14 DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 129.

Da responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil do médico provém, também, da regra geral. Responsabilidade esta que é subjetiva, visto ser indispensável a confirmação de sua culpa. Esta acontece quando um médico, no desempenho da atividade, provoca um prejuízo ao paciente, por ação ou omissão, sendo imprescindível a prova da culpa, isto é, quando houver negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional. Tal responsabilidade fundamenta-se no dispositivo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90¹⁵).

Assim, Décio Policastro¹⁶ ressalta que:

[...] a responsabilidade inicia, quando o médico se dispõe a assistir o enfermo para encontrar a cura, minorar os efeitos da doença ou encontrar a enfermidade. [...] Será contratual quando a prestação dos serviços for verbalmente, por escrito ou tacitamente (subentendido, não expresso formalmente, implícito). Será extracontratual quando, embora sem prévia existência de contrato, um acontecimento imprevisto e grave cause situação de emergência tal, que obrigue o médico intervir para dar assistência de urgência a alguém: desastres, calamidades, vítima de mal súbito, acidente em via pública.

Logo, o médico assume um dever de meio e não de fim, responsabilizando-se a cuidar do enfermo com atenção e diligência adequadas. Para a garantia do cumprimento de tal responsabilidade, o profissional se compromete a seguir rigorosamente os procedimentos técnicos para cada situação. Cumprindo estes requisitos e ainda assim não logrando êxito, o mesmo não deverá ser responsabilizado, pois não há garantias de que os pacientes sejam totalmente curados.¹⁷

Todavia, importante frisar que nos casos de procedimentos estéticos, entende a doutrina que o médico assume a obrigação do que foi proposto, haja vista o pacto anteriormente firmado entre as partes de que o resultado corresponderia às expectativas criadas por quem os procura. Nestes casos, inverte-se o ônus da prova em relação à culpa, cabendo ao profissional esclarecer as circunstâncias de tal fato.

Por fim, incumbe ao médico prestar as informações necessárias aos pacientes sobre procedimentos e serviços prestados, inclusive acerca dos riscos destes. Esta incumbência originária do Código de Defesa do Consumidor, também está prevista no artigo 34 do Código de Ética Médica.¹⁸

Nesse sentido, analisaremos o reconhecimento do erro médico na perspectiva da perda de uma chance, aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO ERRO MÉDICO

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida inicialmente pelo Direito francês no século XIX. Entretanto, o primeiro caso é retratado em 1911 no direito inglês, no qual a autora

¹⁵ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm; Acesso em 09/06/2022.

¹⁶ POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-4.

¹⁷ CROCE, Delton. *Erro médico e direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

¹⁸ “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.” Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em <<https://www.portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/codigo-de-etica-medica-res-1931-2009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares/>> Acesso em 10/06/2022.

da ação se tratava de finalista em um concurso de beleza, juntamente com outras 49 garotas que disputavam por doze prêmios distintos. Ocorre que a autora foi impedida pelo requerido e organizador do evento de realizar a última prova e, observando que ela possuía ao menos 25% de chance de ganhar um dos prêmios, foi aplicada a referida teoria com a procedência da ação.¹⁹

Posteriormente, em 1964, a França julgou o primeiro caso sobre a perda de uma chance que se referia a responsabilização do médico por erro de diagnóstico, que resultou em tratamento inadequado e invalidez permanente, restando comprovado que a atitude imperita do médico retirou a possibilidade de melhores tratamentos e até a cura do paciente.²⁰

A teoria da perda de uma chance caracteriza-se pela responsabilização do agente que, por ação ou omissão, retira a chance de outrem em adquirir uma vantagem futura ou bonificação que atenua determinada perda, ou seja, consiste especificamente em ressarcir a oportunidade que se perdeu e não apenas a vantagem em si. Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza²¹ conceitua que “a perte d’une chance representa a hipótese em que a conduta de determinado agente faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe gerar um benefício futuro”, configurando-se assim uma evolução jurídica quanto aos ramos da responsabilização civil.

A teoria da perda de uma chance também foi tratada por Sérgio Cavalieri Filho²² em sua obra, sendo conceituada como:

[...] caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda

Nesse íterim, deve-se observar que a aplicabilidade de tal instituto está condicionada a perda de uma chance real, que deverá ser evidenciada, juntamente com a culpa e o nexo de causalidade existente entre a conduta e a oportunidade que se perdeu, conforme afirmação de Sérgio Cavalieri Filho²³:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante 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 oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

Portanto, a vantagem não pode ser meramente hipotética, cabendo a quem alega comprovar que havia uma possibilidade real e palpável.

Ademais, tem-se que o cotejo probatório necessita ser superior a 50%, isto é, a vítima deve comprovar que havia a viabilidade de conseguir o benefício em mais de 50%, sob pena de não se caracterizar a perda de uma chance e por oportuno, ser declarada a improcedência do pedido.²⁴ Pois, conforme demonstrado, o dano constitui-se com a oportunidade suprimida, não

19 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

20 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46.

21 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 206.

22 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. p. 82.

24 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

sendo possível comprovar com exatidão se a oportunidade seria obtida ou não. Portanto, o quantum indenizatório busca suprimir o prejuízo causado em razão desta perda e não do resultado que possivelmente a vítima obteria com esta oportunidade.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico, deve-se esclarecer que nesta seara busca-se o ressarcimento aos casos em que, por ação ou omissão do médico, o paciente é prejudicado com o erro de diagnóstico, tratamento inadequado ou inércia, que por vezes, pode causar mal irreversível e até a morte.

Todavia, há divergências doutrinárias quanto à aplicação da referida teoria ao erro médico, sendo classificada em alguns casos como modalidade autônoma de dano. Visto que na teoria clássica, conforme demonstrado acima, tem-se como base conceitual para a aplicabilidade a certeza de autoria e a incerteza quanto aos resultados obtidos; já a aplicação ao erro médico, têm-se comprovado a extensão do dano, evidenciado pelo status quo da vítima, entretanto há dúvidas se a atuação do médico foi o fato gerador do dano.

Em razão disso, algumas correntes contrárias à aplicação da perda de uma chance ao erro médico têm seu embasamento na impossibilidade de responsabilização quando há dúvidas sobre o agente causador do dano. No entanto, ao julgar o Recurso Especial nº 1.254.141/PR, a Ministra Nancy Andrighi²⁵ esclarece em seu voto que tal argumento não pode se sustentar, pois:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

Por conseguinte, a Ministra conclui em seu voto:

[...] A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal. 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 paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar. (negrito e itálico no original).

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Wilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bitly.com/RXaxAU>. Acesso em: 09 jun. 2022.

Restando evidenciado que a aplicabilidade está condicionada a comprovação de que a ação do médico privou o paciente de uma chance real de tratamento, mesmo que não se possa comprovar que o tratamento correto o curaria ou geraria uma melhora significativa.

Ora, é importante frisar que a atividade exercida pelo médico é de grau completo e, portanto, o profissional deve estar habilitado e fornecer o melhor atendimento. No tocante a responsabilidade civil do médico que pode ensejar o fato que frustrou o ganho, Nelson Grisard²⁶ discorre:

[...] obrigações do médico para com seu paciente são obrigações de meios, de zelo e de prudência, e não resultados. Esta situação caracteriza uma obrigação contratual moral implícita entre paciente e médico. Para demonstrar que não foram cumpridas tais obrigações, o doente deverá provar que houve imprudência ou negligência, e o médico procurará verificar se o paciente cumpriu com sua parte no contrato, ou seja, se acatou suas recomendações e prescrições que levariam ao resultado positivo desejado ou esperado. Na indicação terapêutica, o médico é livre para a escolha do tratamento, decisão a que chega fazendo um balanço entre os riscos e a eficácia das medidas preconizadas.

Dessarte, embora o médico tenha legitimidade e liberalidade para escolher e indicar o melhor tratamento, sua atuação pode e deve sofrer reprimenda, caso comprovado que havia tratamento alternativo que não incidisse no erro cometido.

CRITÉRIOS APLICADOS PELO TJSC PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO

Partindo dos conceitos apresentados anteriormente, esta seção tem por finalidade analisar os critérios utilizados pelo TJSC para aplicação da teoria da perda de uma chance ao erro médico. Em razão do espaço e da temática empregada, foi utilizado o critério da atualidade para delimitar a pesquisa no prazo de 01.01.2018 a 01.01.2022, e utilizado as palavras erro médico e perda de uma chance, no qual obteve um resultado de 7 (sete) acórdãos, dentre estes, em quatro julgados foi reconhecida a responsabilidade do médico.

O presente julgado trata-se de responsabilização do médico pediatra que se ausentou do hospital em horário de plantão, estando em lugar incerto e incomunicável. Ocorre que a menor teve um agravamento em seu estado durante a ausência do médico e veio a óbito em razão de uma doença que é a segunda maior causa de óbitos infantis. Nesse sentido, o Tribunal²⁷ entendeu que a responsabilidade do médico foi proporcional a sua conduta, ou seja, a sua participação para o dano foi a falta de auxílio técnico necessário, mesmo que embora o resultado ao final fosse o mesmo, o médico tinha o dever de estar ao lado da paciente para fornecer o melhor tratamento no caso de emergência. Configurando, pois, nexos entre a ação de ausentar-se com a perda da chance de melhor tratamento, mesmo que embora não foi possível comprovar com laudo técnico se houve nexos em sua conduta com o resultado morte.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. MORTE DA FILHA MENOR DOS AUTORES. IMPUTAÇÃO DE DESÍDIA DO PROFISSIONAL. MÉDICO PEDIATRA DE SOBREVISO QUE SE AUSENTOU DO HOSPITAL E SE DIRIGIU PARA LOCAL INCOMUNICÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA FUNDADA NA PROVA PERICIAL ENTÃO PRODUZIDA. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CINDIDO PARA DILIGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL. AVALIAÇÃO DO PERITO SOBRE

26 GRISARD, Nelson. *Manual de orientação ética e disciplinar*. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013, p. 25.

27 SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0000073-72.2001.8.24.0040/SC. Relator: Desembargador Flavio Andre Paz de Brum. Disponível em: <https://bit.ly/3aSnqoZ>. Acesso em 10 jun; 2022.*

O PRONTUÁRIO MÉDICO DA INFANTE. EXPERTISE QUE ISENTOU O RÉU DA RESPONSABILIDADE PELA MORTE DA MENOR. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JULGADOR QUE NÃO ESTÁ ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PROVA DIANTE DE FUNDAMENTAÇÃO PRECISA. CONDOTA DO RÉU QUE CONTRIBUIU NA SÉRIE DE EVENTOS QUE OCASIONOU O ÓBITO DA INFANTE. INFORMAÇÕES EXTRAÍDAS DO PRONTUÁRIO. MÉDICO PLANTONISTA QUE DETERMINOU A CIÊNCIA DO PEDIATRA ASSISTENTE SOBRE O AGRAVAMENTO DO QUADRO DA MENOR. LOCAL INCOMUNICÁVEL. CRIANÇA ACOMETIDA DE MOLÉSTIA CLASSIFICADA À ÉPOCA DOS FATOS COMO SEGUNDA MAIOR CAUSADORA DE ÓBITOS INFANTIS. DADO INSUFICIENTE PARA DETERMINAR AÇÃO DILIGENTE DO RÉU. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. **VÍNCULO DA CONDUTA NEGLIGENTE DO RÉU COM O CURSO CAUSAL E NÃO COM O RESULTADO VERIFICADO. NAS HIPÓTESES EM QUE SE DISCUTE ERRO MÉDICO, A INCERTEZA NÃO ESTÁ NO DANO EXPERIMENTADO, NOTADAMENTE NAS SITUAÇÕES EM QUE A VÍTIMA VEM A ÓBITO. A INCERTEZA ESTÁ NA PARTICIPAÇÃO DO MÉDICO NESSE RESULTADO, À MEDIDA QUE, EM PRINCÍPIO, O DANO É CAUSADO POR FORÇA DA DOENÇA, E NÃO PELA FALHA DE TRATAMENTO [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** (grifou-se)

Ao julgar apelação dos autos 0305946-06.2016.8.24.0023²⁸, a corte deixa claro que a comprovação do nexos causal e a responsabilidade médica em razão de erro que provocou sofrimento do feto, foram evidenciados na integralidade através de perícia, conforme ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, MATERIAL E PERDA DE UMA CHANCE. ERRO MÉDICO. GESTANTE QUE, NOS PRIMEIROS SINAIS DE TRABALHO DE PARTO, DIRIGIU-SE À MATERNIDADE CONVENIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LONGA ESPERA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CESARIANA. SOFRIMENTO FETAL POR ASPIRAÇÃO DO LÍQUIDO AMNIÓTICO. AUSÊNCIA DE MONITORIAMENTO DOS BATIMENTOS CARDÍACOS E DE REALIZAÇÃO DE AMNIOSCOPIA. NATIMORTO. PERÍCIA QUE ATESTOU A IRREGULARIDADE DA CONDUTA MÉDICA. NEXO CAUSAL DEVIDAMENTE COMPROVADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. APELO DO RÉU. 1) AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INOCORRÊNCIA. PERITO QUE ATESTOU QUE “DEMORA ENTRE O PRIMEIRO ATENDIMENTO E A REALIZAÇÃO DO PARTO PODE SER CONSIDERADA CAUSADORA OU FATO AGRAVANTE PARA A OCORRÊNCIA DA MORTE DA CRIANÇA”. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AMNIOSCOPIA, “EXAME ROTINEIRO E QUE FAZ PARTE DA BOA PRÁTICA OBSTÉTRICA, ESPECIALMENTE NO CASO EM QUESTÃO”. NEXO DEVIDAMENTE COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. 2) MINORAÇÃO DO QUANTUM. DESCABIMENTO. INDENIZAÇÃO FIXADA DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO IMENSO ABALO PSICOLÓGICO SUPORTADO PELOS AUTORES. PRECEDENTES DESTA CORTE. 3) CONECTÁRIOS LEGAIS DEVIDAMENTE FIXADOS. CORREÇÃO DESNECESSÁRIA. 4) PRETENSÃO DE REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. ENUNCIADO N. 326 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO DESPROVIDO.

Por oportuno, deve-se frisar que a perda de uma chance restou evidenciada em razão da conduta ilícita de não fornecer o pronto atendimento quando a gestante se direcionou já em trabalho de parto, também pode-se constatar que ao realizar a cirurgia, o profissional deixou de acompanhar os batimentos cardíacos e de realizar exame de amnioscopia, o que é caracteriza uma irregularidade procedimental. Tais condutas foram consideradas determinantes para o óbito do feto.

Importante ressaltar que o dano se refere a prestação irregular ou falha por parte do médico, não sendo tão relevante o resultado. Ora, poderia acontecer do feto nascer com vida, entretanto, restou comprovado que a atitude irregular do médico provou diversos eventos que retiraram da gestante a chance de receber um atendimento cirúrgico adequado e até de receber seu feto com vida e saudável. Podendo afirmar ainda, através do parecer técnico, que o profis-

28 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0305946-06.2016.8.24.0023/SC. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39j0grL>. Acesso em: 10 jun; 2022.

sional chegou a contribuir para a condição natimorto.

Ao realizar a consulta jurisprudencial no site de domínio do TJSC com o tema que está sendo abordado no presente trabalho, um dos resultados se refere a recurso de apelação relacionado ao processo nº 0003892-55.2008.8.24.0045²⁹, proveniente de Palhoça-SC, no qual havia incidência do código de Processo Civil de 1973. Ao realizar o julgamento, o magistrado da instância inicial condenou o réu, em razão de óbito por erro médico, a danos morais e perda de uma chance. Entretanto, tal sentença restou anulada em razão do julgamento extra petita, pois não fora requerida na inicial pelo autor.

Apelação cível nº 0009027-02.1999.8.24.0033³⁰, resultou em dois julgados, no presente caso ocorreu que o paciente sofreu um acidente de trânsito no qual lesionou seu membro inferior esquerdo. Foi encaminhado ao primeiro hospital que realizou o curativo e deixou resíduos de corpo estranho dentro do curativo. Posteriormente o paciente foi encaminhado para um segundo hospital que não abriu o curativo e realizou o acompanhamento do quadro do paciente com medicamentos, ao notar que o quadro clínico se agravava, foi encaminhada para cirurgia e submetido a amputação no membro. O autor requereu a condenação de ambos os hospitais, em especial o segundo hospital por perda de uma chance.

No referido acórdão não restou evidenciado os requisitos básicos da responsabilidade civil clássica, quanto mais a responsabilidade pela perda de uma chance atrelado ao erro médico, eis que as provas apresentadas foram insuficientes para relacionar a conduta com o dano e para comprovar que houve negligência no atendimento prestado pelo segundo hospital.

O julgado³¹ a seguir trata-se de perda de uma chance evidenciada pelo erro médico em razão de que a paciente acometida por tumor grave, recebeu laudo repleto de contradições e que por fim, informava ser tumor benigno. Entretanto, a paciente apresentava uma massa irregular na região pélvica e fortes dores. Ocorre que o médico responsável ao verificar o laudo não se atentou às contradições e sintomas visíveis, em razão disso, a paciente ficou sem tratamento por seis meses, conforme enunciado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS MOVIDA CONTRA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS E MÉDICO ASSISTENTE. AUTORA ACOMETIDA POR TUMOR DE OVÁRIO (TERATOMA). DIAGNÓSTICO INICIAL DE TUMOR BENIGNO. RESULTADO INCORRETO. RETARDO NO TRATAMENTO DA MOLÉSTIA. FALECIMENTO NO CURSO DO PROCESSO. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS SUCESSORES DA AUTORA. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO. ANÁLISE DO MATERIAL RETIRADO DO CORPO DA PACIENTE. CONCLUSÃO DE TUMOR BENIGNO COM POSSIBILIDADE DE EVOLUÇÃO PARA MALIGNO. REANÁLISE POSTERIOR DO MESMO MATERIAL POR LABORATÓRIO DIVERSO. SEGUNDO EXAME QUE IDENTIFICOU TUMOR MALIGNO COM AGRESSIVIDADE EM GRAU MÁXIMO. PERÍCIA JUDICIAL QUE APONTA CONTRADIÇÕES E INCORREÇÕES CIENTÍFICAS NO LAUDO FORNECIDO PELO RÉU. UTILIZAÇÃO DE TÉCNICA DEFICIENTE. ATO ILÍCITO VERIFICADO. DANO CONSUBSTANCIADO NO RETARDO DO DIAGNÓSTICO CORRETO, COM CONSEQUENTE DEMORA NA PRESCRIÇÃO DO TRATAMENTO ADEQUADO (QUIMIOTERAPIA). CONSIDERÁVEL REDUÇÃO DA

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003892-55.2008.8.24.0045/SC. Relator: Desembargador Paulo Vilson Fontana. Florianópolis, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3QeyRYu>. Acesso em: 11 jun; 2022.

30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0009027-02.1999.8.24.0033/SC. Relator: Desembargadora Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aXIPgU>. Acesso em: 11 jun; 2022.

31 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003327-84.2004.8.24.0125/SC. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NRpV9R>. Acesso em: 12 jun; 2022.

PROBABILIDADE DE SOBREVIDA. PERDA DE UMA CHANCE. ADEMAIS, SUJEIÇÃO DA PACIENTE A DOR INTENSA E SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO ATÉ A ELUCIDAÇÃO DO EQUÍVOCO. NEXO DE CAUSALIDADE ATESTADO PELA PROVA PERICIAL. PACIENTE QUE POR MESES PADECEU DE MOLÉSTIA GRAVE SEM TRATAMENTO ADEQUADO, A QUAL LEVOU A PACIENTE A ÓBITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, CAPUT, DO CDC). DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO ASSISTENTE. PROFISSIONAL QUE, MESMO MUNIDO DE LAUDO HISTOPATOLÓGICO EIVADO DE ERRO E CONTRADIÇÕES, DEIXOU DE PROCEDER NOVA INVESTIGAÇÃO. PROFISSIONAL QUE TINHA À SUA DISPOSIÇÃO, AINDA, OUTROS ELEMENTOS A PONDERAR ANTES DE DESCONSIDERAR A POSSIBILIDADE DE TUMOR MALIGNO. PERÍCIA JUDICIAL QUE RECONHECE QUE FORAM IGNORADAS AS DIRETRIZES DE ABORDAGEM DE PACIENTE COM MASSA PÉLVICA. RECLAMAÇÃO CONSTANTE DA AUTORA DE DORES INTENSAS. ADMINISTRAÇÃO DE MORFINA. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO COM EXAMES MAIS SENSÍVEIS NÃO OBSERVADA. SINTOMAS APRESENTADOS QUE EXIGIAM CONDUTA DIVERSA. NÃO ENCAMINHAMENTO A PROFISSIONAL ESPECIALISTA NA ÁREA DE ONCOLOGIA. FALHA NO DEVER DE USO DA MELHOR TÉCNICA DISPONÍVEL. ATO ILÍCITO IMBUÍDO DE CULPA NA MODALIDADE NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADO. CONDUTA QUE SE SOMOU À DO CORRÉU NA PRODUÇÃO DOS DANOS VERIFICADOS. PRESENÇA DE NEXO CAUSAL. SOLIDARIEDADE. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DE GASTOS COM TRATAMENTO DE SAÚDE. DESPESAS COM CONSULTAS MÉDICAS, EXAMES LABORATORIAIS E PLANO DE SAÚDE QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO SÃO INDENIZÁVEIS. PACIENTE QUE, AO SE CONSULTAR COM O MÉDICO ASSISTENTE PELA PRIMEIRA VEZ, JÁ SE ENCONTRAVA ENFERMA. DESPESAS COM TRATAMENTO QUE, INDEPENDENTEMENTE DA CONDUTA DOS REQUERIDOS, TERIAM QUE SER REALIZADAS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE NESSE PONTO. RESSARCIMENTO INVIÁVEL. DANOS MORAIS. OFENSAS À PERSONALIDADE DA PACIENTE. PERDA DE CHANCE DE MAIOR SOBREVIDA E SUBMISSÃO A SOFRIMENTO (DOR) DESNECESSÁRIO. JUÍZO DE PROBABILIDADE.

Ora, restou claro que houve nexo entre a conduta do profissional e o resultado perda de uma chance, estando evidenciado o dano pelo prazo de seis meses sem receber um tratamento adequado, o que inclusive resultou na morte da paciente.

Outro recurso analisado se relaciona ao processo 0002129-07.2009.8.24.0070³², em razão de que um paciente menor foi encaminhado pelos pais ao médico por três vezes apresentando sintomas de meningite. Em razão disso, o médico forneceu medicamentos para enjoo e febre, o que posteriormente comprovou ser responsável pela piora no quadro. Em razão disso, o profissional foi condenado em 50% em razão de evidenciado nexo causal entre sua conduta e a perda de melhora que o menor sofre, que inclusive veio a óbito posteriormente.

Portanto, é possível perceber que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina faz uma aplicação da perda de uma chance com a devida observância dos aspectos gerais da responsabilização civil médica, de modo que analisa também os pressupostos essenciais da responsabilidade civil, especialmente o nexo causal e a existência de culpa na conduta do profissional da saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance utiliza como critérios essenciais os aspectos indispensáveis para a responsabilidade. Nesse sentido, embora algumas correntes o conceituem como uma classe autônoma de dano, as bases dessa teoria remem o prévio conhecimento da responsabilidade civil clássica.

³² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0002129-07.2009.8.24.0070/SC. Relator: Desembargador Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mHy1Gk>. Acesso em: 12 jun; 2022.

Por oportuno, pode-se concluir que a atividade desenvolvida pelo médico, por ser em regra uma obrigação de meio, não cabe imputar-lhe a cura do paciente, mas apenas fornecer os melhores tratamentos e diagnóstico certo, em observância que este presta um serviço essencial e técnico, no qual a inobservância de uma regra ou pode acarretar prejuízos irreversíveis ao paciente. Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance busca ressarcir o prejuízo causado ao paciente e aos seus entes, quando proveniente de atitude ilícita do médico.

No tocante a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo TJSC, os julgados têm como base os preceitos estabelecidos pelo STJ, no qual remetem a observância dos critérios da responsabilidade civil clássica, enquanto gênero. Já nas especificidades, todos os julgados analisados apresentaram laudo técnico para comprovar o nexo causal entre a atitude do médico e o resultado, para constatar se a perda da chance contribuiu, mesmo que indireta, para o evento danoso. Nisso, fixa-se o quantum indenizatório com base na proporcionalidade.

Nesse aspecto, cabe ao julgador verificar a especificidade de cada caso, eis que o dano final está evidenciado, entretanto faz-se necessário a presença de uma chance real que a vítima perdeu em razão da atitude do médico, o que vale ressaltar, é difícil em razão dos riscos que esta atividade profissional possui.

REFERÊNCIAS

BACARIM, Maria Cristina de Almeida. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual. Revista de Direito do Consumidor, n. 33, 2000.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 09/06/2022.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/codigo-de-etica-medica-res-1931-2009-capitulo-v-relacao-com-pacientes-e-familiares/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: João Batista Neiva. Recorridos: Wilma de Lima Oliveira – Espólio e Outros. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bityli.com/RXaxAU>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em 09/06/2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CROCE, Delton. Erro médico e direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Aguiar. Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 7.

GOMES, Orlando. Obrigações. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- GRISARD, Nelson. Manual de orientação ética e disciplinar. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013.
- KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LYRA, Ricardo Pereira. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia das Pesquisas Jurídicas: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87-91.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- POLICASTRO, Décio. Erro médico e suas consequências jurídicas. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SANTA CATARINA L. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0002129-07.2009.8.24.0070/SC. Relator: Desembargador Denise de Souza Luiz Francoski. Florianópolis, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mHy1Gk>. Acesso em: 12 jun; 2022.
- SANTA CATARINA Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0305946-06.2016.8.24.0023/SC. Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, 08 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/39j0grL>. Acesso em: 10 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação nº 0000073-72.2001.8.24.0040/SC. Relator: Desembargador Flavio Andre Paz de Brum. Disponível em: <https://bit.ly/3aSnqoZ>. Acesso em 10 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003892-55.2008.8.24.0045/SC. Relator: Desembargador Paulo Wilson Fontana. Florianópolis, 14 de novembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3QeyRYu>. Acesso em: 11 jun; 2022.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0009027-02.1999.8.24.0033/SC. Relator: Desembargadora Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 24 de outubro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aXIPgU>. Acesso em: 11 jun; 2022
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação / Remessa Necessária Nº 0003327-84.2004.8.24.0125/SC. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NRpV9R>. Acesso em: 12 jun; 2022.
- SAVATIER. Traité de la responsabilité civile. Paris. v. 1.
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2012.
- SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. Rio de Janeiro: Renovar. 2015.