

A Perda de Uma Chance no Campo da Responsabilidade Médica

Considerando o mais recente caso, publicado em todos os meios jornalísticos, no qual os pais de uma jovem de 13 (treze) anos serão levados ao Tribunal do Júri do Estado de São Paulo para serem julgados por homicídio doloso é importante a abordagem do tema em questão.

É certo que além dos pais da jovem, morta aos 13 (treze) anos de idade, serem Testemunhas de Jeová, crença que proíbe a transfusão de sangue por entender que o sangue “dado por Deus não pode ser misturado com o de outra pessoa”, o médico que a atendeu também teria deixado de aplicar os melhores esforços com o fim de prolongar-lhe a vida.

Diante do fato acima retratado, ainda que de forma geral, a teoria da perda de uma chance pode bem ser aplicada ao caso concreto. A pergunta que sempre é feita, pelos operadores do Direito, é, “teria o profissional da área médica deixado de adotar algum procedimento, perfeitamente possível, e por sua vez deixado de salvar a vida daquele que foi colocado aos seus cuidados?” “Teria o médico agido com culpa, negligência ou imprudência?”

A teoria da perda de uma chance se transformou nos últimos anos em uma peça essencial para autores e juízes que passaram a recorrer a ela a fim de fundamentar e analisar seus casos, principalmente quanto à responsabilidade médica.

O eminente professor Kfoury Neto (2002) lembra que nos Estados Unidos muitos advogados dedicam-se a causas médicas e os profissionais da Saúde, reclamam das demandas infundadas, de uma espécie de “loteria judicial”, prática essa que anima litigantes em busca de dinheiro fácil e contribui deveras para o aumento das ações visando atingir os profissionais da medicina.

No Brasil, apesar de não haver essa “loteria judicial”, também já se afiguram situações que indicam esse caminho. Contudo, apesar de não existirem estatísticas para verificação do montante de ações, o que se sabe é que cerca de 80% delas são improcedentes, o que faz com que o profissional de Saúde se torne vítima de uma demanda, na maioria das vezes, injustificável. Os autores dessas ações quase sempre são pessoas pobres que para iniciar as ações se valem das benesses da justiça gratuita. Findo o litígio e assentada a improcedência da ação, a busca da reparação causada pelo processo, na quase totalidade dos casos é inviável, tendo em vista a carência de recursos do litigante temerário. Segundo Kfoury Neto (2002):

Noticiar a denúncia caluniosa – ou a figura da denúncia temerária ou abusiva, do direito francês, por injúria ou difamação – pouco resultado prático produz. Em alguns casos, talvez se revele eficaz a utilização do direito de resposta ou retificação. Impor-se-ia ao demandante temerário o dever de publicar um desmentido na imprensa, pena de multa diária (arts. 461 e 644, CPC). (KFOURI NETO, 2002, p. 182).

Na hipótese de o médico firmar contrato com o hospital, como prestador autônomo de serviços, ou a manutenção de corpo clínico aberto, haverá um vínculo entre ambos, com algumas ressalvas:

O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores, etc.), e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente e foi ali atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora no seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetados (AGUIAR JÚNIOR, 1997, p.233).

A propósito das relações médico-hospital, Camapum Júnior (2001) lembra que o hospital pode ter dois tipos de relação de contratação com médicos: a primeira de forma contínua com prestação de serviços contínuos das

dependências do hospital sem importar a classificação do contrato – se empregatício ou de prestação de serviços autônomos –; e aquela em que o médico utiliza-se do hospital eventualmente, apenas alugando a sala de cirurgia para o ato operatório. Nesse caso o hospital sempre será responsável pelas falhas de serviços que lhe são inerentes, como manutenção de equipamento, assepsia, entre outros.

Em linhas gerais, o médico responde pelos danos causados decorrentes de sua própria má-atuação, como imperícia, imprudência e negligência, e pelos demais, o hospital responderá. Sendo impossível delimitar a responsabilidade, médico e hospital responderão solidariamente. Se desses serviços de hotelaria (fornecimento de materiais, medicamentos e cuidados hospitalares) advier lesão ao paciente, responderá apenas o hospital. Se o dano for decorrente do ato médico sem nenhuma participação do hospital, responderá exclusivamente o profissional da medicina.

Mediante tais fatos, vale dizer que no novo Código Civil Brasileiro a responsabilidade civil do médico se dá da seguinte maneira:

No Título IX – “Da Responsabilidade Civil” -, Capítulo I – “Da Obrigação de Indenizar” -, art. 927, o novo Código Civil (projeto na Câmara dos Deputados – 2000) estatui: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. *Parágrafo único.* Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os delitos de outrem”. (KFOURI NETO, 2002, p. 201).

O eminente professor Kfourri Neto (2002) alerta que talvez esse parágrafo único tenha levado algum intérprete apressado a concluir que a *responsabilidade civil do médico* se enquadraria no ramo de *atividade de risco* e, conseqüentemente, estaria subordinada às regras da responsabilidade objetiva que prescinde a verificação da culpa, que no entender do jurista, trata-se de um lamentável equívoco.

A teoria da perda de uma chance aplica-se a responsabilidade subjetiva do médico que, por sua vez, tem obrigação de meio e não de resultado. É certo ainda que o erro de diagnóstico, quando não crasso ou de forma culposa, não caracteriza erro médico uma vez que o corpo humano é cheio de mistérios e cabe ao médico encontrar a melhor forma para tentar proporcionar ao paciente se não a cura a chance de sobrevida.

A chance perdida além de ser séria e real retira da vítima a chance de sobrevida ou de cura mas não a oportunidade de uma situação econômica melhor.

É importante conceituar que a “chance” deve ser entendida como a probabilidade de um sucesso favorável o que, por sua vez, a diferencia da simples esperança.