

Análise jurídica da apuração da teoria da perda de uma chance na área médica

Legal analysis of the determination of the theory of loss of a chance in the medical field

Análisis jurídico de la determinación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el campo médico

Recebido: 27/06/2022 | Revisado: 06/07/2022 | Aceito: 06/07/2022 | Publicado: 15/07/2022

Lais Silva Zimiani

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3489-5557>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: lais.z@edu.unipar.br

Fábio Caldas de Araújo

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6496-5926>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: fabiocaldas@prof.unipar.br

Kelly Cardoso

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0216-9809>

Universidade Paranaense, Brasil

E-mail: servjuskelly@gmail.com

Resumo

A possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência tem sido tema recorrente nos processos em que se discute a responsabilidade civil médica. Sobretudo no que se refere à fase probatória, a problematização se perpassa nas decisões judiciais presuntivas, avessas ao cumprimento do contraditório substancial e da cooperação processual, culminando na utilização da prova com uma construção argumentativa não coerente e adequada da culpa médica e do nexo de causalidade entre a conduta médica e o evento danoso. Como hipótese de celeuma, entende-se que a aplicação dos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça são parte indispensável do *thema decidendum*. Este estudo objetiva, nessa linha, demonstrar os elementos processuais probatórios de destaque no contexto da verificação da teoria da perda de uma chance na área médica, assim como analisar em que medida poderia o juiz utilizar-se de raciocínio presuntivo para concluir pela aplicação da teoria na área médica. Por meio de uma análise dedutiva utilizando-se de doutrina especializada nacional e internacional acerca do tema, além da citação de legislação específica, jurisprudência e princípios de direito, identifique-se sua aplicação no caso particular. Ainda, serão utilizados os métodos lógico e sistemático, com a demonstração de casos já decididos pelos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Fase probatória da perda de uma chance; Raciocínio judicial presuntivo; Requisitos do Superior Tribunal de Justiça; Responsabilidade civil médica.

Abstract

The possibility of applying the theory of the loss of a chance of cure or survival has been a recurring theme in cases in which medical civil liability is discussed. Especially with regard to the evidentiary phase, the problematization is permeated in the presumptive judicial decisions, averse to the fulfillment of the substantial contradictory and procedural cooperation, culminating in the use of evidence with a non-coherent and adequate argumentative construction of medical guilt and the causal link between medical conduct and the harmful event. As a hypothesis of the stir, it is understood that the application of the requirements established by the Superior Court of Justice are an indispensable part of the theme decidendum. This study aims, in this line, to demonstrate the outstanding evidentiary procedural elements in the context of the verification of the theory of loss of a chance in the medical field, as well as to analyze to what extent the judge could use presumptive reasoning to conclude for the application of the theory in the medical field. Through a deductive analysis using national and international specialized doctrine on the subject, in addition to citing specific legislation, jurisprudence and principles of law, its application in the particular case is identified. Also, the logical and systematic methods will be used, with the demonstration of cases already decided by the national courts.

Keywords: Probationary phase of the loss of a chance; Presumptive judicial reasoning; Requirements of the Superior Court of Justice; Medical civil liability.

Resumen

La posibilidad de aplicar la teoría de la pérdida de la posibilidad de curación o supervivencia ha sido un tema recurrente en los casos en los que se discute la responsabilidad civil médica. Especialmente en lo que se refiere a la fase probatoria, la problematización está permeada en las decisiones judiciales presuntivas, adversas al cumplimiento de la sustancial contradicción y cooperación procesal, culminando en el uso de la prueba con una construcción argumentativa no coherente y adecuada de la culpabilidad médica y la nexo de causalidad entre la conducta médica y

el hecho nocivo. Como hipótesis del revuelo, se entiende que la aplicación de los requisitos establecidos por la Corte Superior de Justicia son parte indispensable del tema decidendum. Este estudio pretende, en esta línea, demostrar los elementos procesales probatorios sobresalientes en el contexto de la verificación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el área médica, así como analizar en qué medida el juez podría utilizar el razonamiento presuntivo para concluir para la aplicación de la teoría en el campo médico. A través de un análisis deductivo utilizando la doctrina especializada nacional e internacional en la materia, además de citar legislación, jurisprudencia y principios de derecho específicos, se identifica su aplicación en el caso particular. Asimismo, se utilizarán los métodos lógicos y sistemáticos, con la demostración de casos ya decididos por los tribunales nacionales.

Palabras clave: Fase probatoria de la pérdida de una oportunidad; Razonamiento judicial presuntivo; Requerimientos de la Corte Superior de Justicia; Responsabilidad civil médica.

1. Introdução

Os processos judiciais que apuram a responsabilidade civil médica são cada vez mais comuns no cenário nacional e sua complexidade de julgamento demonstra a necessidade da análise cada vez mais acurada dos casos concretos e das decisões judiciais prolatadas nesse âmbito. A difícil tarefa constante da condução judicial e do julgamento desses processos se dá, mormente, pela tormentosa análise da ocorrência da culpa médica (nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia) e da análise do nexo de causalidade entre a conduta médica e o evento danoso, principalmente, quando verificada a possibilidade de apuração da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

Por meio da análise metodológica de conceitos e requisitos estabelecidos pelo direito material relacionados à responsabilidade civil e à teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, emerge a necessidade de destaque dos deveres e garantias processuais, notadamente, no estabelecimento do contraditório substancial e da cooperação processual, com o fim de garantir a produção da prova civil específica determinante para a formação da convicção judicial.

Os requisitos estabelecidos pelo STJ para a aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica devem ser parte indispensável do *thema decidendum*, considerando a importância do tema e o volume de processos advindos de alegação de erro médico. Este estudo objetiva, nessa linha, demonstrar os elementos processuais probatórios de destaque no contexto da verificação da teoria da perda de uma chance na área médica, assim como analisar em que medida poderia o juiz utilizar-se de raciocínio presuntivo para concluir pela aplicação da teoria na área médica.

2. Metodologia

Por meio de uma análise dedutiva, faz-se um estudo da doutrina especializada nacional e internacional acerca do tema, além da citação de legislação específica, jurisprudência e princípios de direito, para que conhecendo-se o geral, identifique-se sua aplicação no caso particular.

Segundo Marconi e Lakatos (2003, p.92): “o dedutivo tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas”. Assim, “diríamos que os argumentos dedutivos ou estão corretos ou incorretos, ou as premissas sustentam de modo completo a conclusão ou, quando a forma é logicamente incorreta, não a sustentam de forma alguma; portanto, não há graduações intermediárias”.

Serão utilizados os métodos lógico e sistemático, com a demonstração de casos já decididos pelos tribunais pátrios. Conforme explica Leite (2020):

A interpretação lógica permite resolver contradições entre termos contidos na norma jurídica, chegando-se a um significado coerente. Adotando-se o princípio da identidade, por exemplo, não se admite o uso de um mesmo termo com significados diferentes.

A interpretação sistemática, por sua vez, analisa normas jurídicas entre si. Pressupondo que o ordenamento é um todo unitário e harmônico, sem incompatibilidades, permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto. Principalmente devem ser evitadas as contradições com normas superiores e com os princípios gerais do direito.

O método sistemático impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo.

A pesquisa requer a caracterização dos temas correlatos e de premissas já estabelecidas de responsabilidade civil médica e perda de uma chance, partindo brevemente de sua origem no direito estrangeiro até sua aplicabilidade no direito brasileiro.

Para a base argumentativa relacionada a convicção do juiz e fundamentação da perda de uma chance na área médica por meio da prova, descreve-se por meio da doutrina e legislação a necessidade da observância do contraditório específico e substancial.

Nesse sentido, a abordagem sobre os meios de prova para a formação do convencimento do juiz, se valendo da importância da teoria do contraditório e do princípio do contraditório.

3. Resultados e Discussão

3.1 Elementos da responsabilidade civil médica

A responsabilidade civil se fundou na cláusula geral prevista no artigo 1.382 do Código Civil francês de 1804 (novo art. 1240 do Código Civil francês modificado em 2016), que prevê que “qualquer ato do homem que cause dano a outrem, obriga aquele que agiu com culpa, a repará-lo”¹. O art. 1.383 do Código Civil francês prevê a noção de culpa, em que “cada um é responsável pelos danos que causou, não só por seu ato, mas por sua negligência ou imprudência”².

Como lecionam Mazeaud e Mazeaud (1938, p. 260), entre os elementos constituintes da responsabilidade civil, o dano é aquele cuja existência é o mínimo para ensejar a discussão. A jurisprudência francesa era unânime em declarar que não pode haver responsabilidade sem danos e a doutrina majoritária se contenta em registrar a regra. Para os autores, essa condição parece, de fato, ser essencial para a responsabilidade civil, uma vez que para reparar, é necessário haver algo para reparar. E é nesse sentido que a responsabilidade civil se distingue de responsabilidade moral e responsabilidade criminal³.

No Brasil, houve a transposição desse raciocínio ao tratar do ato ilícito, o art. 927 do Código Civil, estabelece que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nessa linha, no seu sentido amplo, a noção de responsabilidade civil está vinculada à obrigação de reparar o dano, independentemente do seu elemento moral ou subjetivo.

Em sentido menos amplo, a expressão responsabilidade civil alude à consequência da imputação civil do dano ao sujeito, ou ao ente que lhe deu causa, ou que objetivamente responde pela indenização, indenização essa capaz de repor as pessoas, entes e coisas ao estado anterior ao evento de que se saíram vítimas ou experimentaram perdas e danos, com deterioração ou perda de bens, objetos de seus direitos, ou de direitos pelos quais, por decorrência de investidura funcional, alguém tinha o dever de zelar (Nery & Nery, 2022, s.p.).

¹ *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* (versão original).

² *Article 1383 (Version en vigueur du 19 février 1804 au 01 octobre 2016 - Création Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804): Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136352/#LEGISCTA000006136352. Acesso em: 30 abr. 2022.

³ *Parmi les éléments constitutifs de la responsabilité civile, le préjudice (1) est celui dont l'existence soulève le moins de discussions. La jurisprudence est unanime à déclarer qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans un dommage et l'immense majorité de la doctrine se contente d'enregistrer la règle. Cette condition apparaît, en effet, comme étant de l'essence de la responsabilité civile. Puisqu'il s'agit de réparer, encore faut-il qu'il y ait quelque chose à réparer. C'est par là essentiellement que la responsabilité civile se distingue de la responsabilité morale et de la responsabilité pénale.*

A responsabilidade civil funciona numa de três situações: quando foi praticado um ato ilícito ou delito que ocasione um dano; quando tenha ocorrido um dano que o Direito determine seja suportado por uma pessoa diferente da que, inicialmente, o tenha causado ou quando a lei permita que alguém provoque danos mas, não obstante, os deva, depois e pelo menos em parte, compensar (Cordeiro, 2010, p. 288).

Exige-se, portanto, a ocorrência de um dano à vítima, na consideração de que sem o dano o ato ilícito não assume relevância no campo da responsabilidade civil, tendo em vista que a obrigação de reparar só assume cogência quando alguém, por ato ilícito, causar dano a outrem (CC/02, art. 927) (Stoco, 2015, s.p.).

A responsabilidade civil será entendida como obrigação de meio, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem comprometer-se com a obtenção de um certo resultado (Aguar Júnior, 2010, p. 511).

No caso do médico, a regra é que sua obrigação é de meio, ou seja, não compromete-se com a obtenção de um objetivo específico e, apenas a título de exceção, poderá ser compreendida como obrigação de resultado, a exemplo do médico cirurgião plástico quando assume a obrigação de realizar cirurgia estética.

A responsabilidade civil do médico é do tipo subjetivo (artigo 186 do Código Civil), exigindo-se a prova do dano, a conduta culposa (negligente, imprudente ou imperita - culpa stricto sensu) e o nexos de causalidade entre a conduta e o dano, para surgir o dever de indenizar. Pela natureza da atividade médica, a responsabilidade do médico é indissociável do conceito de culpa, considerando-se, especialmente, o que estipulam o artigo 951 do Código Civil e § 4º do artigo 14 do CDC.

A imperícia médica, avaliada como um agir em desconformidade com a melhor "aquisição da ciência", não pode se constituir em presunção de culpa. Só será exigível do profissional a utilização da melhor técnica possível se puder ser executada nas condições reais que se apresentam. Em geral a procura do profissional da medicina ocorre em situações de emergência, nas quais a negativa no atendimento se constitui em violação maior do que a própria imperícia. Porém, para delimitação do que pode se constituir em conduta culposa do médico, é necessário que se verifique objetivamente quais são seus deveres perante o paciente (Aguar Júnior, 2010, p. 551-552).

Sobre o nexos de causalidade, França (2014, p. 300) leciona que, em relação à responsabilidade civil médica é necessário que: a) a lesão seja produzida por determinado traumatismo, portanto, que seja real e apropriada àquelas circunstâncias; b) a lesão tenha efetivamente uma etiologia traumática; c) o local do traumatismo tenha relação com a sede da lesão; d) haja relação de temporalidade (um prazo legal e um prazo clínico), ou seja, exista uma coerência entre a idade da lesão e a ocorrência dos fatos; e) exista uma lógica anatomoclínica de sinais e sintomas típicos; f) haja exclusão da preexistência de danos relativamente ao traumatismo; g) inexista uma causa estranha à ação traumática

A apuração da responsabilidade civil médica é reconhecidamente complexa, pois em grande parte dos casos é necessária a realização de ampla produção probatória e, especialmente, de perícia técnica específica. O grau de complexidade aumenta com a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica, em que a noção do nexos causal sofre um alargamento ou, ainda, é entendida de forma evoluída para alcançar os casos em que não há liame causal direto entre a conduta ilícita e o desfecho desfavorável.

4. A Teoria da Perda de uma Chance de Cura ou Sobrevivência: Origem e Aplicação no Brasil

A teoria da perda de uma chance surgiu na França, onde é amplamente discutida pela doutrina e adotada pelos tribunais. Foi o ordenamento jurídico francês, por meio de sua legislação, que deu suporte ao surgimento da teoria da perda de uma chance. Em todo caso, mesmo com a permissão legal para sua aplicação, a doutrina levantou diversos questionamentos acerca da validade da teoria e sua aplicação em algumas áreas específicas.

A doutrina francesa se propôs a superar as dificuldades da causalidade incerta ou insuficiente, considerando a chance perdida como uma forma especial de dano. O nexo de causalidade a avaliar é aquele entre a falha e a perda de uma chance, sendo o perigo integrado não na relação causal, mas no próprio dano. Do ponto de vista da lei de responsabilidade, o lesado não perde a vida, mas a chance que tinha de sobreviver (Thévenoz, 2002, p. 243).

Sob a rubrica de *perte de chance de survie ou de guérison* (perda de uma chance de cura ou sobrevivência), a Câmara Civil da Corte de Cassação, em 14 de dezembro de 1965, considerou que, caso o médico faça seu cliente perder uma chance de cura ou sobrevivência, obriga-se à reparação parcial do dano, mesmo que o nexo entre a ação culposa do médico e o resultado danoso não possa ser estabelecido com certeza (Kfoury Neto, 2002, p. 97).

Segundo Penneau (1996, p. 32-33), depois de 1965, a jurisprudência civil sustenta de forma consistente que um médico deve ser responsabilizado, quando por sua culpa, seu paciente perde a chance de recuperação ou sobrevivência, mas a obrigação de compensar é apenas parcial em relação ao prejuízo final representado pela invalidez ou morte. A natureza parcial da reparação se justifica pela compensação de prejuízo específico, distinto do prejuízo final, pois está sendo compensada a oportunidade perdida. Trata-se de um problema de causalidade que é resolvido em termos de perda⁴.

Como a legislação não menciona a teoria de maneira expressa e foi adotada pelo Brasil por meio da jurisprudência, os fundamentos jurídicos encontram-se no Direito brasileiro, analogicamente, no artigo 944 e nos artigos 402, 186, 927, 948 e 949, todos do Código Civil.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance refere-se ao julgamento da Apelação Cível nº 58906999 e data de 12/06/1990, com relatoria pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em que foi afastada a aplicação da teoria em caso de análise de processo com alegação de erro médico.

A perda da chance ocorre quando, uma ação ou omissão do agente retira a chance de a vítima atingir o resultado pretendido. Deve existir um grau de probabilidade suficiente para a configuração do resultado pretendido para que a sua perda possa ser considerada como relevante a nível ressarcitório. É o que normalmente se entende por chances sérias e reais e, portanto, indenizáveis, por contraponto às situações de simples esperanças subjetivas que se traduzem em danos meramente hipotéticos e eventuais, e por isso não dignos de qualquer tipo de reparação (Rocha, 2014, p. 28).

A polêmica relacionada à aplicação da teoria da perda de uma chance reside na mitigação do nexo de causalidade (entre a conduta e o evento danoso), em face das dificuldades probatórias de se estabelecer o liame causal entre o fato imputado ao agente e ao dano final. A doutrina francesa em parte, adota a teoria da causalidade parcial, desenvolvida por Jaques Boré, principalmente na seara médica, o que também ocorre com a doutrina brasileira. A característica essencial da perda de uma chance é a certeza da probabilidade e não a certeza do dano. Há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à sua respectiva extensão (Cavaliere Filho, 2019, p. 79).

Importante destacar que os casos clássicos da teoria da perda de uma chance se diferenciam dos casos da perda de uma chance na seara médica. Conforme precisamente pontuado por Penneau (1990, p. 537):

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida.

⁴ *Depuis 1965, la jurisprudence civile décide de maniere constante que le medecin qui, par sa faute, fait perdre à son patient une chance de guérison ou de survie engage sa responsabilité; mais l'obligation de réparer qui en résulte n'est que partielle par rapport au préjudice final représenté par l'invalidité ou le décès. On justifie le caractere partiel de la réparation en prétendant, comme on l'a vu précédemment, que l'on indemnise un préjudice spécifi que, distinct du préjudice final: celui que constitue la chance perdue. En réalité, il s'agit d'un artifice purement verbal par lequel on prétend résoudre, en termes de préjudice, un problème qui par sa véritable nature est un problème de causalité. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la jurisprudence de droit commun relative à la réparation d'une chance perdue et la jurisprudence relative à la perte de chances de guérison ou de survie* (versão original).

Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.⁵

No Recurso Especial nº 1622538/MS (2016), a Ministra Relatora Nancy Andrighi apontou que para aplicação da teoria da perda de uma chance em situações nas quais é discutida a ocorrência de erro médico, deve-se observar: (i) uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) uma ação ou omissão do ofensor que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Sobre a reparação do dano referente à perda de uma chance, prevê o caput do art. 944 do Código Civil que a indenização será medida pela extensão do dano. A perda deve refletir uma indenização pela quebra da oportunidade, vale dizer que na perda de uma chance, a valoração da indenização deve ser proporcional à omissão que provocou o evento ilícito (Medina & Araújo, 2022, s.p.).

Apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida. A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. E é o grau de probabilidade que determinará o valor da reparação (Noronha, 2003, p. 665-666).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, consigna que a teoria da perda de uma chance comporta duplo viés: I) o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica) e, II) amparar a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica) (*Recurso Especial nº 1641446/PI*, 2017).

Em relação à possibilidade de aplicação da teoria na área médica, deve ser considerado, portanto, se a probabilidade de cura ou sobrevida do paciente foi séria e real, além de se atentar para o liame causal entre a conduta médica culposa e o dano (que não se caracteriza como o desfecho final), o que apenas pode ser feito de maneira justa com a observância dos princípios jurídicos aplicáveis à fase probatória, além da ampla e específica produção de provas e com a garantia de um procedimento interacional e dialético a todos os sujeitos processuais.

5. A Necessidade de Observância do Contraditório Específico e Substancial na Fase Processual Instrutória para Apuração da Teoria da Perda de uma Chance na Área Médica

Da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), é possível inferir que os princípios constitucionais relativos ao processo e à prova incluem, essencialmente: a) a igualdade das partes; b) garantia do *ius actionis*; c) o respeito ao direito de

⁵ *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 générateur 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 (versão original).*

defesa (contraditório o da ampla defesa - art. 5º, LV, CF), incluído o direito à prova e à contraprova e; d) a proibição da prova obtida ilicitamente (art. 5º, LVI, CF).

A cláusula *due process of law* indica a tutela processual (*procedural due process*) e a tutela material (*substantive due process*). Vale mencionar que, o direito à tutela jurisdicional adequada, garantido pela CF 5.º XXXV, pressupõe a existência e o desenvolvimento de um processo devido (*fair procedure, faire Verfahren, giusto processo*)⁶ (Nery, 2017, s.p.).

Os princípios processuais relativos à prova e à sua produção são: a) da isonomia e paridade de armas (art. 7º, CPC), b) do contraditório (art. 9º e art. 10, CPC); c) do convencimento motivado do juiz (art. 371, CPC); d) da oralidade (art. 361, CPC); e) da imediação, em que o juiz é quem colhe a prova; f) da identidade física do juiz e; g) da aquisição processual (ou da comunhão da prova), segundo o qual a prova é destinada ao processo.

Para que seja observado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, a aplicação do princípio do contraditório substancial em todas as fases processuais e, especialmente, durante a fase probatória, é medida que deve ser, especialmente, garantida pelo juízo. Com efeito, o contraditório não se dirige apenas às partes, mas também possibilita seu diálogo com o órgão jurisdicional.

Um dos desdobramentos do contraditório é a garantia de influência na formação da convicção do juiz (art. 5º, LV CF/1988 e arts. 9º, 10, 11 e arts. 140, 141, 932 parágrafo único e 933 do CPC). O art. 10 do CPC estabelece que não pode o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva se pronunciar de ofício. Vê-se, portanto, que o dispositivo contém imperativo de caráter procedimental.

Dinamarco (2020, p. 293-294) aduz que o contraditório endereça-se ao juiz como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade. A doutrina moderna reporta-se ao disposto no art. 16 do *nouveau Code de Procédure Civile* com a expressão da exigência de participar direcionada ao juiz.

Conforme elucida Nicolò Trocker (1974, p. 370), mediante uma análise teleológico-sistemática, a melhor parte da doutrina da jurisprudência alemã vinculou a exigência do “*rechtliches Gehör*” (direito de ser ouvido) ao princípio da participação. Cappelletti (1982, p. 211) afirma que o “contraditório significa direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo: o contraditório é, em suma, a garantia da possibilidade de participação dos interessados”.

O direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório (Marinoni et al., 2022, s.p.).

O exercício efetivo do contraditório no processo que apura a responsabilidade civil médica contribui para que inexistam lacunas na formação do convencimento judicial, já que trata-se de processo de alta complexidade. Para cada alegação constante na petição inicial, assim como para cada argumentação ou requerimento novo que surgir no curso processual, a defesa deve ter a oportunidade de se manifestar e de influenciar na formação da convicção do juízo, podendo ainda instruir o processo com elementos que possam infirmar as alegações da parte autora.

Ainda que o juiz possa indeferir os meios de provas que achar necessários e úteis ao julgamento da demanda, não pode ele deixar de considerar que não tem a faculdade de rejeitar provas que são indispensáveis para a instrução completa do processo, uma vez que diante da garantia do duplo grau de jurisdição, outros juízes poderão analisar o processo e necessitarão de todos os elementos necessários para formarem seus convencimentos de forma motivada.

⁶ A expressão se encontra no texto do art. 111 da Constituição italiana, na redação que lhe foi dada pela Lei Constitucional n. 2, de 12.11.1999.

Ademais, a imprescindibilidade do contraditório substancial e efetivo está ligada, também, à garantia da não-surpresa, mormente, ao que concerne à apuração da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência. É comum não haver na petição inicial causa de pedir ou pedido acerca da perda da chance, ocasião em que deve o juiz, na decisão saneadora ou durante a fase instrutória, sinalizar às partes a possibilidade da perda da chance, para que as provas possam ser especificamente produzidas nesse sentido.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em acórdão na Ap. Cível 0010593-43.2018.8.16.0194 publicado em 08/03/2021, julgou um caso em que se apurava alegação de erro no diagnóstico e a perda de chance de sobrevida, entendeu que o juízo de primeiro grau não deveria ter indeferido o requerimento de produção da prova testemunhal (que seria imprescindível para averiguar o estado de saúde do paciente antes do atendimento médico), razão pela qual reconheceu-se o cerceamento de defesa, com a anulação da sentença e retorno dos autos para produção da referida prova.

Deve-se pontuar, nessa linha, que o destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa, caso: a) não haja nos autos prova da existência do fato, b) for ele controvertido e, ainda, c) a parte insistir na realização da prova, a parte tem direito à realização da prova, vedado ao juiz dispensá-la. Na hipótese de o juiz, nestas circunstâncias, indeferir a prova, haverá cerceamento de defesa, com a nulidade da decisão e dos atos processuais que se lhe seguirem (Nery, 2017, s.p.).

O papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, impõe o diálogo entre as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e não por meio de um exercício solitário do poder. À participação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela. Assim, resta possibilitada a aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito (Theodoro Júnior, 2010, p. 71).

Assim, quando o juiz verifica a possibilidade de configuração da perda da chance de cura ou sobrevivência no processo e a parte insiste na realização de determinada prova, deve o juiz deferir sua produção, exatamente porque pode tratar-se de prova que evidenciará o fato determinante para configuração ou não da teoria, considerados, evidentemente, os requisitos exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça, observando, ao mesmo tempo, o efetivo contraditório.

6. As fases do Procedimento Probatório e a Complexidade Probatória no Contexto da Apuração da Teoria da Perda de Uma chance de Cura ou Sobrevivência

O procedimento probatório é constituído por quatro fases, de acordo com o momento da prova, quais sejam: o requerimento, a admissão, a produção e a valoração. O requerimento é a postulação da produção da prova, geralmente no início do processo, observando-se os artigos 319, VI e 336 do CPC.

Existem outros momentos, como a produção antecipada de provas (art. 381 e seguintes, CPC) como a fase em que o juiz deve oportunizar a especificação de provas (art. 348, CPC); em caso de revelia, quando o réu revel pode produzir provas (art. 349, CPC) e, ainda, quando a parte pretende provar “fatos novos” (art. 342, I e art. 493, CPC).

Importante constar o juiz poderá dilatar os prazos processuais, além de alterar a ordem de produção dos meios de prova, conforme art. 139, inciso VI do CPC. Esta alteração deve estar fundamentada na adequação do procedimento de produção de provas às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela dos direitos.

É evidente que tal construção legitima-se a partir das diretrizes fundamentais da cooperação para a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva (CPC, art. 6.º), do efetivo contraditório (CPC, art. 7.º) e da vedação à decisão surpresa, ainda que se trate de matéria sobre a qual o juiz deva decidir de ofício (CPC, art. 10) (Amaral, 2021, s.p.).

Na fase de admissão da prova, o juiz examina a oportunidade e o cabimento, sendo que a prova somente deve ser admitida quando, além de ter sido requerida de acordo com as regras de direito processual é relativa a uma afirmação de fato principal ou a um fato indiciário que tenha relevância para o convencimento do juiz. Admitida a prova, passa-se à sua produção, que pode incluir a prova oral, documental e pericial. E, assim que produzida, a prova passa a ser valorada em regra, na sentença (juízo final) ou na decisão concessiva de tutela antecipatória (juízo provisório) (Marinoni & Arenhart, 2019, p. 125-126).

Assim, após a valoração da prova produzida nos autos, o juiz deve estar atento aos contornos do direito material envolvido para delimitar os debates processuais que seguirão a respeito das provas acerca da verdade ou falsidade das alegações formuladas pelas partes.

No campo da responsabilidade médica aplicam-se os princípios gerais, norteadores da responsabilidade civil, contudo, nenhum operador jurídico pode afirmar que a aferição da culpa médica e a valoração das provas produzidas nesses processos trata-se de operação lógico-jurídica aplicável à identificação da responsabilidade dos demais profissionais liberais, vez que considerando a complexidade do corpo humano, formular a terapia adequada para cada sintoma, sem descurar o sem-fim de características individuais das pessoas, não encontra similaridade em outras atividades (Kfoury Neto, 2002, p. 46).

A prova do nexo de causalidade entre a conduta médica e o evento danoso, torna-se matéria inquestionavelmente complexa, considerando que na maior parte dos casos apuram-se casos em que há múltiplas causas (preexistentes ou atuais) e fatores externos ao atendimento médico que podem ter contribuído para o evento danoso. A principal peculiaridade da prova do nexo de causalidade encontra-se no juízo inferencial que permite definir determinado enunciado como causa e o outro como efeito e, a formulação de tal juízo, não raro, depende da conclusão científica sobre o tema.

Na relação processual entre paciente e médico, conforme pontua Teixeira Pedro (2021, p. 416), como consequência da posição particular (de superioridade) em que o médico (*“Die Konsequenz der ärztlichen Überlegenheiten”*) se encontra como profissional especialista perante o paciente, há um desequilíbrio (*“Ungleichgewicht”*) que pode fazer perigar a igualdade de armas processuais (*“die prozessuale Waffengleichheit”*) entre as partes, o que não pode ser ignorado pelo Direito. Segundo as regras da distribuição do ônus probatório cabe, em princípio, ao paciente provar todos os fatos constitutivos do direito à indenização que reclama, o que faz com que ele se encontre numa situação de grande necessidade de provar o que alega (*“in grosse Beweisnot”*).

Essa questão no Brasil, é resolvida, na maior parte dos casos, por meio da inversão do ônus probatório requerida pelo autor e deferida pelo magistrado, fundamentada pelo art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, no que concerne à hipossuficiência técnica do paciente, ou ainda, quando aplicada a exceção contida no parágrafo 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, quanto à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo imposto pelo *caput* do dispositivo, quando passa a ser do médico o ônus da prova.

A complexidade da produção probatória no processo que apura a responsabilidade civil médica torna-se ainda mais evidente, quando se trata da perda da chance de cura ou sobrevivência do paciente. Isto porque, não há conexão certa e direta entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente (morte, lesão), mas é claro que a ação ou omissão do médico pode ter diminuído as chances de sobrevivência ou cura por parte do paciente. Com base nessa causalidade “aleatória”, o médico poderá ser considerado o autor do dano (Ferreira, 1993, p. 112).

Deve-se atentar para o fato de que o paciente não ser curado, ou não evoluir favoravelmente, não significa, por si só, negligência por parte do médico. A lei presume que um médico atua com a perícia e o cuidado ordinários requeridos no tratamento de um paciente. Então se a conduta médica for endossada e seguida pelo menos por uma respeitável minoria de seus colegas na mesma localidade, pode ele cometer um erro de diagnóstico ou de julgamento; pode usar remédios ou métodos de

tratamento diferentes daqueles que alguns de seus colegas médicos teriam usado; pode obter um mau resultado em vez de um satisfatório, sem que nenhum desses fatos seja suficiente para estabelecer a responsabilidade (França, 2014, p. 257).

Caso a prova a respeito da possível ocorrência da perda da chance de cura ou sobrevivência não tenha sido especificamente produzida em primeira instância, o art. 932, inciso I c/c o art. 938, § 3º do CPC autorizam que o relator reconheça a necessidade de produção de prova e converta o julgamento em diligência. Inclusive, a prova poderá ser de qualquer natureza, inclusive pericial, quando poderá o relator determinar a devolução dos autos para instância de origem para que a referida prova seja produzida.

Como a apuração da ocorrência da perda da chance de cura ou sobrevida não se trata de uma simples possibilidade “lógica” ou de mera “interpretação” por parte do magistrado, não poderá ser simplesmente “deduzida” sem apuração técnica, especializada e específica, devidamente submetida ao contraditório, caso não tenha sido objeto de prova nos autos, a necessidade de produção probatória (e conversão do feito em diligência) resta plenamente justificada.

Para que a produção da prova atinja seu fim e seja determinante para a formação da convicção judicial no contexto da apuração da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, é primordial que sejam utilizados e judicialmente admitidos os meios de prova legais e, que sejam especificamente produzidas neste sentido, ressaltando-se, ainda, que o anseio pela celeridade processual não retire dos sujeitos processuais a oportunidade de extrair todas as informações e esclarecimentos necessários das provas submetidas ao contraditório.

6.1 Os meios de prova e a utilização do raciocínio judicial presuntivo para a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência

A apuração da teoria da perda de uma chance encontra substancial complexidade na fase de instrução probatória, vez que o entendimento jurisprudencial brasileiro consigna que a parte autora não é obrigada a alegar a perda da chance na petição inicial; o ônus da prova, geralmente, é direcionado ao profissional médico (e/ou aos prepostos - instituições públicas e privadas em que os serviços foram prestados); as alegações de erro médico podem ser múltiplas num mesmo caso e até levantadas no curso processual, podendo estar inseridas no âmbito de diagnóstico, de tratamentos, prescrição medicamentosa, solicitação de exames, erros associados às especialidades médicas, abordagens cirúrgicas, etc.

Além das condições gerais da responsabilidade civil, condições específicas para sistematizar a noção de perda de uma chance também devem ser observadas a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da quantificação à álea inerente à perda da chance e a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima (Silva, 2015, s.p.).

Seguindo esse raciocínio, é indispensável que o processo seja suficientemente saneado e organizado pelo magistrado, devendo o juiz “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos” (art. 357, CPC), além de definir a distribuição do ônus da prova (art. 373, CPC) e, ainda, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e designar audiência de instrução e julgamento.

Essa delimitação evita que as partes deixem de produzir provas necessárias e determinantes para a plena formação da convicção judicial, o que culmina na transparência, cooperação e colaboração processuais e ameniza a possibilidade de eventual decisão surpresa acerca da aplicação da teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência. Do mesmo modo, devem as partes atentarem-se à decisão saneadora pois, conforme o § 1º do art. 357 do CPC, terão o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Os meios de prova, que são os mecanismos através dos quais a prova é levada ao processo, são ferramentas cruciais para as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações. Podem ser previstos em lei, as chamadas provas típicas (como a confissão, documentos, testemunhas, presunção e perícia - art. 212 do Código Civil) (Câmara, 2020, p. 240-241).

A prova documental é essencial ao processo que apura a responsabilidade civil médica e pode ser definido, conforme a Resolução CFM nº 1.638/2002, como o “documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico”. O texto da resolução ainda esclarece que o prontuário “possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo”.

O Código de Ética Médica, criado pela Resolução CFM nº 2.217/2018, em seus artigos 80 ao 91, trata dos documentos médicos e do que é vedado ao médico em relação ao tema. O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina (art. 87, Resolução CFM nº 2.217/2018), tratando-se de dados imprescindíveis para o correto atendimento do paciente.

Quando existe a possibilidade de a perícia técnica ser feita diretamente (com exame clínico do paciente), o prontuário revela-se essencial para a conclusão pericial sobre todas as alegações levadas ao processo, porque é o prontuário o documento legítimo a fazer prova da cronologia do atendimento médico e toda a evolução do quadro do paciente e que possibilita a apuração de eventual nexos de causalidade ou, ainda, a probabilidade da ocorrência da perda de uma chance de cura ou sobrevida.

Em relação à prova testemunhal, é importante que as testemunhas arroladas pela parte autora, realmente, tenham presenciado as situações que tenham gerado os danos alegados, ou seja, que não sejam somente testemunhas “por ouvir dizer” (*hearsay witness*). A parte ré, do mesmo modo, deve arrolar as testemunhas que participaram do atendimento e/ou do tratamento médico, podendo incluir a equipe de enfermagem, instrumentadores, recepcionistas, fisioterapeutas, outros médicos e funcionários do hospital ou da clínica – e, neste caso, novamente, vê-se a imprescindibilidade de um prontuário completo, para que seja possível a identificação dos profissionais que atuaram no caso.

O Tribunal de Justiça do Paraná, no acórdão da Apelação Cível nº 0010593-43.2018.8.16.0194, publicado em 08/03/2021, em caso de alegação de perda da chance de cura ou sobrevivência, entendeu que não obstante a produção da prova pericial, a questão da omissão de informações importantes para a correta anamnese do paciente remanesca, diante do indeferimento judicial da prova testemunhal requerida pelos réus. O tribunal constatou, por fim, que o juízo “*a quo*” não propiciou às partes a produção da prova testemunhal, gerando flagrante cerceamento de defesa e impossibilitando o exercício de direito das partes em influenciar a formação do juízo de mérito.

Assim, a produção ampla e específica da prova, nos casos em que existe a alegação da perda da chance de cura ou sobrevivência, é imperativa e não se trata de mera faculdade do julgador, mas de dever emanado da norma jurídica para possibilitar a constatação dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil médica e a plena formação da convicção judicial.

Nesse contexto, a prova testemunhal não poderia, sozinha, ser suficiente para provar as alegações da parte autora, sendo, habitualmente, imprescindível a produção de prova documental e pericial para a formação da convicção do juiz acerca da aplicação da teoria.

Ademais, o art. 464, parágrafo 1º, CPC dispõe sobre as situações em que o juiz deverá indeferir a perícia. Contudo, apenas em casos excepcionais poderia se pensar em algum caso de apuração de responsabilidade civil médica, sem o deferimento de prova pericial, vez que a perícia poderá ser feita de forma direta (quando a pessoa a ser periciada está presente) e/ou indireta (na documentação médica do paciente).

No caso da perícia médica, deve o juiz individualizar a situação do objeto posto para seu exame, identificando suas características, as razões de seu diagnóstico, as constatações a respeito das quais a causa foi ou não identificada, os métodos técnicos e científicos de que se serviu e, se possível, a corrente de pensamento de que se socorreu, em caso de dúvida da ciência para a identificação do caso (Nery & Nery, 2022, s.p.).

A análise pericial em causas que envolvem a apuração da perda da chance de cura ou sobrevivência deve conter, necessariamente, a investigação da causa provável do dano alegado pela parte autora, devendo haver explicação minuciosa sobre a possibilidade da concorrência de causas (concausas) e eventual ocorrência de agravamento natural de trauma ou doença em estado já avançado.

Interessante registrar que é comum haver discrepâncias importantes entre a conclusão dos assistentes técnicos e a do perito nomeado pelo juízo, ocasião em que as partes poderão requerer a designação de audiência para esclarecimentos com o comparecimento do perito e dos assistentes para que sejam ouvidos sobre as questões em que divergiram (art. 477, §§ 2º e 3º, CPC). Essa situação também é comum quando se trata da afirmação da ocorrência da perda da chance de cura ou sobrevida de um paciente, vez que, além da perda da chance ser uma situação excepcional, os peritos devem apurar, especificamente, qual era a chance séria e real que o paciente tinha de sobreviver ou de ser curado no caso concreto.

Para efeitos do exercício do contraditório para a produção da prova pericial, interessante seria recorrer à figura existente na produção de outro tipo de prova: a acareação. Os sistemas jurídicos, em geral, parecem ter certa preferência pela não-contraposição de peritos, quicá supondo certa incapacidade dos juízes para geri-lo, mesmo que os desacordos sejam uma constante na produção de prova pericial. O juiz deve buscar saber em que discordam e porque discordam; ou em que concordam e porque concordam os peritos e, para isso, é indispensável que os peritos expliquem ao juiz essas questões (Vázquez, 2021, p. 63-64).

Um exemplo desse sistema é encontrado no *Civil Procedure Rules* do Reino Unido (2021), no artigo 35.12 nomeado “*discussions between experts*”⁷ que possibilita que os tribunais, em qualquer fase do processo, determinem que os peritos discutam com o fim de identificar as questões técnicas no procedimento e para que cheguem a um acordo sobre estas questões ou, ainda, elenquem quais são as razões do desacordo.

A possibilidade de discussão entre os peritos e assistentes técnicos no processo que apura a responsabilidade civil médica, especificamente nos pontos em que divergem sobre a perda da chance de cura ou sobrevivência de um paciente, seria de extrema utilidade para o processo, no sentido de dissipar dúvidas e esclarecer pontos nodais que serão determinantes para a formação do convencimento do magistrado.

A prova pericial tem caráter técnico, científico e especializado, e deve prevalecer sobre todas as outras em matéria médica e também sobre o conhecimento privado que o magistrado julgue ter acerca da matéria. Esta consagração da perícia como prova legal nos casos em que o fato demande conhecimento técnico ou científico está refletida no art. 156 do CPC. O Superior Tribunal de Justiça também produziu precedente a esse respeito: o juiz não está autorizado a desprezar a afirmação científica a menos que identifique erro metodológico na produção da prova pericial (Nery & Nery, 2022, s.p.).

O juiz deverá apreciar a prova pericial de acordo com o previsto no art. 371 do CPC e deverá indicar na sentença os motivos para considerar ou deixar de considerar as conclusões periciais, considerando, evidentemente, os métodos utilizados pelo perito (art. 479, CPC).

O problema que deve ser enfrentado refere-se à avaliação da prova científica pelo juiz, e às condições em que, com base nessa prova, ele pode concluir no sentido de considerar um fato como “verdadeiro” da causa. É necessário, no entanto, ressaltar que não existem regras específicas quanto à avaliação de evidências científicas; em vez disso, para o que importa aqui, a evidência científica não é diferente de outras evidências e, também, pode ser combinada com evidências “comuns” - isto é, não científicas - para fornecer confirmação da veracidade de uma declaração de fato⁸ (Taruffo, 2008, p. 100).

⁷ Discussões entre peritos (tradução nossa).

⁸ El problema que se debe enfrentar se refiere por el contrario a la valoración de las pruebas científicas por parte del juez, y a las condiciones bajo las cuales, sobre la base de esas pruebas, puede concluir en el sentido de considerar como “verdadero” un hecho de la causa. Es necesario, sin embargo, destacar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas “ordinarias” - es decir, no científicas- para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho (original).

Desta forma, a prova documental, testemunhal e pericial são meios de prova essenciais para a formação do conjunto probatório do processo que apura a responsabilidade civil médica, sendo que seu indeferimento imotivado pelo juiz enseja evidente cerceamento de defesa em razão da violação do contraditório, por afetar de forma determinante a formação do convencimento judicial.

Vale destacar que a presunção, para o ordenamento jurídico nacional não é um meio de prova – embora o Código Civil assim o trate, no art. 212, IV –, mas sim um processo de compreensão para que se dê por provado um fato. O que resulta da presunção não é de forma alguma um fato provado, mas o instrumento da presunção atribui a esse fato a mesma eficácia dos fatos provados – aliás, é essa a utilidade do raciocínio presuntivo: dispensar prova do fato e mesmo assim tê-lo por demonstrado. Resumidamente, indícios são a fonte de onde se obtém a presunção. Indícios são os fatos, presunção é o raciocínio conclusivo (Schmitz, 2020, s.p.).

Desta forma, como explicam Marinoni e Arenhart (2019, p. 154) o juiz poderá, partindo da convicção da ocorrência de determinado fato, por dedução lógica, inferir a existência de outro fato, pois comumente um decorre do outro, ou ambos devem acontecer simultaneamente. Os autores complementam este raciocínio, argumentando sobre a importância da utilização da presunção quando houver complexidade na apuração da prova dos fatos.

Em comum entre as definições clássicas do raciocínio presuntivo, está a relação entre um fato conhecido (= provado) que não necessariamente compõe o objeto de prova do caso, e um segundo fato que compõe o *thema probandum*, cujo conhecimento é possível mediante a prova do primeiro. Quer dizer, aquilo que realmente se quer saber não é provado, mas é tido por provado diante da comprovação do fato que dá início à presunção: “o que fica fora do campo probatório são o fato desconhecido e a relação de causalidade, incidindo a atividade probatória sobre a demonstração do fato ao qual a presunção deve se apoiar” (Schmitz, 2020, s.p.).

Ao juiz é autorizado, portanto, presumir com fundamento na experiência comum e a extrair conclusões fundadas em algum conhecimento técnico-científico, não passando esse conhecimento de meras noções que o juiz tenha e que, por cultura geral, também os advogados das partes possam ter. Quando se passa ao campo dos princípios de uma ciência, conceitos avançados, fórmulas, teorias, é indispensável a perícia ser feita por profissional especializado, mediante exame da pessoa ou coisa, à vista das indagações que lhe são dirigidas (quesitos) e com rigorosa abertura para a participação dos litigantes em contraditório (inclusive contando com a ajuda de assistentes (Dinamarco, 2009, p. 614).

É interessante notar que na especialidade de pediatria, como pontua Kfoury (2002, p. 361), ocorrem eventos normalmente inexplicáveis e imprevisíveis, impossíveis de se explicar cientificamente, como a morte súbita infantil. Para se aplicar a regra das presunções, contudo, não basta o resultado anormal; é necessário que o dano, razoavelmente, somente aconteça quando o médico age com culpa. Se existe outra causa que também pode conduzir ao efeito danoso, ainda que não demonstrada, impossível presumir-se a culpa do profissional, mediante aplicação da prova *in re ipsa*.

Significa dizer que, quando se trata de matéria médica e, portanto, científica e especializada sobre o objeto de prova do processo, não pode o juiz fazer raciocínios presuntivos com fundamento na experiência comum e concluir de forma completamente apartada do que evidencia a prova científica produzida no processo.

Portanto, deve o juiz analisar detalhadamente as alegações aduzidas na inicial e na defesa, assim como fixar na decisão saneadora, os pontos controvertidos da demanda (com auxílio e esclarecimento das partes) e, posteriormente, possibilitar a especificação de provas, de forma a evitar os raciocínios presuntivos, ocasião em que os meios de provas deverão ser admitidos e minuciosamente produzidos no processo, pois formarão o conjunto probatório que pavimentará o caminho para a adequada construção da convicção judicial sobre a verificação da responsabilidade civil médica e eventual perda da chance.

7. Conclusão

A apuração da responsabilidade civil médica é complexa e exige uma análise detalhada do caso concreto, especialmente, quando se trata da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, em que há um alargamento do conceito do nexo de causalidade, gerando conseqüente dificuldade probatória em relação ao estabelecimento do nexo causal entre o fato imputado ao agente (ação ou omissão) ao dano final.

A legislação brasileira não abarca a teoria da perda de uma chance de maneira expressa, sendo adotada apenas por meio da jurisprudência desde a década de 90, com ampla aceitação para em casos de responsabilidade civil médica. Para sua caracterização é necessário que as chances sejam sérias e reais e, ainda, que estejam presentes, de forma clara e específica, os requisitos objetivos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos relacionados à área médica.

Considerando a possibilidade de aferição da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência durante o curso processual, para que seja garantido o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, é imperativa a observância do princípio do contraditório substancial e efetivo em todas as fases processuais, inclusive durante a fase probatória, que deve ser conduzida pelo juiz de forma específica no sentido de apurar os requisitos objetivos para a configuração da teoria na área médica e não só com objetivo de verificar as condições gerais da responsabilidade civil médica.

O contraditório, nessa linha, torna-se primordial por ser parte integrante do direito de influência das partes na formação da convicção judicial. Por essa razão, existe a indispensabilidade da suficiência do saneamento e organização do processo pelo magistrado, que deve delimitar as questões de fato sobre as quais recairão a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos. A delimitação e especificação de provas traduz-se em transparência, cooperação e colaboração, reduzindo eventuais possibilidades de prolatação de decisão surpresa acerca da aplicação da teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência.

A complexidade probatória para a aferição dos requisitos objetivos estabelecidos pelo STJ para configuração da teoria na área médica resta evidente, pois a dificuldade da prova do nexo de causalidade reside, em alguns casos, na multiplicidade de causas preexistentes ou atuais, além de fatores ligados à vida do paciente que fogem ao conhecimento do profissional médico e que podem contribuir para o evento danoso. A principal peculiaridade da prova do nexo de causalidade encontra-se no juízo inferencial que permite definir determinado enunciado como causa e o outro como efeito.

Por essas razões, é essencial que sejam aproveitados todos os meios de prova admitidos em Direito, em conjunto, destacando-se o papel determinante das provas documentais, periciais e testemunhais para a formação do convencimento judicial. A prova pericial assume função especial, uma vez que o juiz necessitará de embasamento científico específico suficientemente forte para concluir pela aplicação da teoria na área médica.

Nessa linha, quando se trata de apuração da responsabilidade civil médica e apuração da teoria da perda de uma chance, em que é necessária a comprovação científica e especializada sobre o objeto de prova processual, o juiz não deve se utilizar de raciocínios presuntivos com fundamento na experiência comum e com conclusões que excluam completamente a prova científica produzida no processo.

Portanto, cabe ao juiz na condução processual, analisar de forma detalhada e específica as alegações aduzidas pelas partes, fixando na decisão saneadora os pontos controvertidos da demanda, possibilitando que possam especificar provas direcionadas à apuração da perda da chance na área médica, com o fim precípua de proporcionar o contraditório dinâmico e o diálogo processual entre todos os sujeitos processuais acerca de seus requisitos objetivos estabelecidos pelo STJ, evitando-se, assim, a utilização de raciocínios presuntivos e garantindo-se às partes o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Referências

- Aguiar Júnior, R. R.de. (2010). Responsabilidade civil do médico. RT 718/1995. ago/1995. Revista dos Tribunais. In: Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de. *Direito fundamental à saúde*. 507-541.
- Amaral, P. O. (2021). *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. (3a ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Apelação Cível nº 589069996. (1990). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Quinta Câmara Cível. <https://www.tjrs.jus.br/novo/>.
- Apelação Cível 0010593-43.2018.8.16.0194. (2021, 25 de fevereiro). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Arquelau Araujo Ribas. Nona Câmara Cível. https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014447221/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0010593-43.2018.8.16.0194#integra_4100000014447221.
- Câmara, A. F. (2020). *O Novo Processo Civil brasileiro*. (6a ed.). Atlas.
- Cappelletti, M. (1982). *Appunti in tema di contraddittorio*. Studi in memoria di Salvatore Satta. Cedam, (1).
- Cavaliere Filho, S. (2019). *Programa de responsabilidade civil*. (13a ed.). Atlas.
- Civil Procedure Rules*. Part 35: experts and assessors. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35#IDAXR0HC>.
- Código de ética médica: resolução CFM nº 1.638/2002. (2002). Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>.
- Código de ética médica: resolução CFM nº 2.217. (2018). Conselho Federal de Medicina. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. https://cdn-flip3d.sflip.com.br/temp_site/issue-3b3fff6463464959dcd1b68d0320f781.pdf.
- Cordeiro, A. M. (2010). *Tratado de direito civil português: II Direito das Obrigações*. Tomo III. Gestão de negócios enriquecimento sem causa na responsabilidade civil. Almedina.
- Dinamarco, C. R. (2009). *Instituições de direito processual civil*. (6a ed.). Malheiros. (3).
- Dinamarco, C. R. (2020). *Instituições de direito processual civil*. (10a ed.). Malheiros (1).
- França, G. V. de. (2014). *Direito médico*. (12a ed.). Forense.
- Ferreira, R. V. (1993). *Prueba de la culpa médica*. (2a ed.). Hamurabi.
- Kfouri Neto, M. (2002). *Culpa médica e ônus da prova*. Editora Revista dos Tribunais.
- Kfouri Neto, M. (2021). *Responsabilidade civil do médico*. (11a ed.). Revista dos Tribunais.
- Leite, G. (2020). Da hermenêutica para a compreensão da lei e do direito. <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/da-hermeneutica-para-a-compreensao-da-lei-e-do-direito#:~:text=O%20m%C3%A9todo%20sistem%C3%A1tico%20impede%20que,lei%20ou%20de%20um%20c%C3%B3digo>.
- Marconi, M.de A., & Lakatos, E. M. (2003). *Fundamentos de Metodologia Científica*. (5a ed.). Atlas.
- Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D. (2022). *Código de processo civil comentado*. (8a ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Marinoni, L. G., & Arenhart, S. C. de. (2019). *Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015*. (5a ed.). Thomson Reuters.
- Mazeaud, H. M. L. (1938). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. (3a ed.). Librairie Recueil Sirey. (1).
- M., J. M. G., & Araújo, F. C. (2022). *Código civil comentado: com jurisprudência selecionada e enunciados das Jornadas do STJ sobre o Código Civil* [livro eletrônico]. (4a ed.) Thomson Reuters Brasil.
- Nery Júnior, N. (2017). *Princípios do processo na constituição federal* [livro eletrônico]. (3a ed.). Revista dos Tribunais.
- Nery Júnior, N., & Nery, R. M. de A. (2022). *Instituições de direito civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil*. (3. ed.). Thomson Reuters. (2).
- Noronha, F. (2003). *Direito das obrigações*. Saraiva.
- Penneau, J. (1990). La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue internationale de droit comparé*. Etudes de droit contemporain. [https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1978.42\(2\),525-544](https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1978.42(2),525-544).
- Penneau, J. (1996). *Responsabilité du médecin*. (2a ed.). Dalloz.
- Silva, R. P. da. (2015). A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais. *Empório do Direito*. <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais>.
- Recurso Especial nº 1104665/RS. (2009). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802514571&dt_publicacao=04/08/2009.
- Recurso Especial nº 1641446/PI. (2017). Tribunal de Justiça do Piauí. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601903660&dt_publicacao=21/03/2017.

- Rocha, N. S. (2014). *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Almedina.
- Schmitz, L. Z. (2020). *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. Thomson Reuters Brasil.
- Stoco, R. (2015). *Tratado de Responsabilidade Civil*. (2a ed.). Revista dos Tribunais.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Monografías Jurídicas Universitas. Metropolitana, 2008.
- Theodoro Júnior, H. (2010). Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*. 2(1), 64-71.
- Thévenoz, L. (2002). La perte d'une chance et sa réparation. In: *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*. Stämpfli, 237-276. <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:8319>.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione*. Giuffrè.
- Vázquez, C. (2021). *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Trad.: Vitor de Paula Ramos. Coleção Raciocínio Probatório. JusPodivm.