



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ERRO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO
POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Carolina Machado Rangel dos Santos

Rio de Janeiro
2021

CAROLINA MACHADO RANGEL DOS SANTOS

O ERRO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO
POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em direito do Consumidor e Responsabilidade civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Maria Carolina Cancellata de Amorim e Ubirajara Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2021

O ERRO MÉDICO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Carolina Machado Rangel dos Santos
Graduada pelo Centro Universitário
Augusto Motta (UNISUAM). Advogada.

Resumo - Este artigo tem como ponto nodal a possibilidade de reparação civil advinda de erro médico sob os fundamentos da Teoria da Perda de uma Chance. Nesta pesquisa serão abordadas as implicações por erro cometido em conduta médica que venham a acarretar não só na morte do paciente, mas na redução de sua qualidade de vida, implicando na perda da chance de um tratamento adequado para a efetiva cura. Neste sentido, far-se-á uma análise histórica e crítica das teorias da responsabilização civil no direito brasileiro, bem como a própria concepção de erro médico e seu encadeamento à obrigação de indenizar, em razão da perda da chance da efetiva cura através do tratamento indicado para a recomposição da saúde do paciente. Partindo-se desta premissa, objetiva-se estabelecer padrões para a sua ocorrência, permitindo-se a identificar o nexo causal entre o ato médico e a possibilidade de reparação cível por efetivo dano.

Palavras-Chave - Responsabilidade civil, Erro médico, Perda de uma chance, Teoria.

Sumário - Introdução. 1. Análise crítica compreensiva das teorias sobre a responsabilização civil. 2. Responsabilidade civil do médico e suas implicações jurídicas. 3. A responsabilidade civil médica pela teoria da perda de uma chance. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a responsabilidade do profissional médico por suas condutas, à luz da teoria da responsabilidade civil e os seus preceitos. Desse modo, pretende-se conceituar cada um dos pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, averiguando-se a possibilidade de aplicação de da Teoria da Perda de uma Chance, com o fito de demonstrar o encadeamento entre a conduta médica equivocada e a perda da chance de um tratamento adequado para a efetiva cura.

Com base neste argumento, objetiva-se estabelecer padrões para a sua ocorrência, permitindo-se a identificar o nexo causal entre o ato médico e a possibilidade de reparação cível por efetivo dano.

De maneira geral, pretende-se analisar a responsabilidade civil médica por erro e a aplicação da teoria da perda de uma chance como possibilidade de indenização, considerando a elevação de demandas judiciais que versam sobre o tema como forma de obtenção reparatória face aos eventuais erros de conduta médica independente do resultado morte, mas até mesmo pela insatisfação do tratamento recebido.

Nesta senda, com base na doutrina e na análise crítico-compreensiva de como a temática vem se comportando nos tribunais pátrios, pretende-se demonstrar como se tem compreendido, na prática, os limites da responsabilidade civil médica, através da explanação da relação entre o paciente e seu médico assistente, os deveres de ambos e as obrigações de meio e de resultado final do tratamento, com o fito de apurar eventual dever de indenizar.

Em assim sendo, o objetivo é conciliar as ideias doutrinárias com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a teoria da perda de uma chance, delimitando-se em quais situações se pode atribuir ao profissional médico a responsabilidade pelo "fracasso" do tratamento e em que casos em especificamente pode-se ser aplicada a teoria da perda de uma chance para a responsabilização do profissional médico.

Desta feita, explanados os objetivos do presente trabalho científico, inaugura-se o mesmo com uma breve análise crítico compreensiva das teorias sobre a responsabilização civil.

Já no segundo capítulo, se expõe a responsabilidade civil do médico e seus aspectos legais e suas implicações legais e jurídicas.

Por último e não menos importante, no terceiro capítulo da pesquisa procura-se estabelecer a relação erro médico e a teoria da perda de uma chance, delimitando-se as suas possibilidades de aplicação.

Diante de todo exposto, a presente pesquisa qualitativa é composta por revisão bibliográfica, bem como também por análise legal e jurisprudencial sobre o tema, suas implicações sob a ótica da responsabilidade civil, do instituto da perda de uma chance, bem como o seu encadeamento com as normas de proteção ao Consumidor, a considerar o estabelecimento de uma relação de consumo entre médico e paciente, conforme melhor restará demonstrado, tendo como norte legal a CRFB/88, o CCB/2002, o CDC e o Código de ética Médica e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

1. ANÁLISE CRÍTICO-COMPREENSIVA DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Inicialmente, nos primórdios da humanidade, período em que não havia a regulação estatal sobre as relações em sociedade, predominava-se a aplicação da autotutela na busca da efetiva reparação de eventual dano causado, como se pode observar na Lei de Talião, que legitimava a vingança privada como forma de compensação.¹

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 47.

Contudo, com a evolução histórica e social e muito embora tenha o instituto da responsabilidade civil suas raízes francesas, fora no Estado Romano, com a *Lex Aquilia de Damno* (ano 286 A.C.), onde surgiu a ideia de indenização e os princípios norteadores do dever de reparar, se tornando o arcabouço ideológico da legislação de diversos países.²

Neste sentido, a teoria clássica da responsabilidade civil subjetiva, possui quatro elementos fundamentais que são: a ação ou omissão que violem o direito alheio; os efeitos dessa conduta, ou seja, o dano; o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta cometida e por último a culpa, sendo este o pressuposto necessário para a averiguação do dever de indenizar. Tal vertente, pode ser observada no art.186 do Código Civil, que preceitua o ato ilícito.

Entretanto, com o decurso do tempo, principalmente advento da Revolução Industrial e o recrudescimento das relações sociais e jurídicas, em razão da expansão de novos negócios, tornou-se dificultosa a apuração de responsabilidade, bem como de seu elemento chave, a culpa, principalmente no tocante aos diversos acidentes decorrentes do uso de máquinas na automatização dos sistemas de produção.³

Desta feita, em meados do século XIX, começa a ganhar força a corrente da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, que segundo a qual fundamentou Carlos Roberto Gonçalves⁴:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito Romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos).

Conforme se extrai da interpretação do trecho supramencionado, tem-se exatamente o disposto pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil⁵, que prevê que aquele que exerça qualquer atividade que por sua natureza, impute qualquer risco de dano a outrem, restará obrigado a repará-lo, independente de culpa, bastando apenas a comprovação entre o nexo de causalidade e o dano, o que por si só gerará responsabilização, sendo certo que nestes casos a culpa se presume.

Não obstante as formas de responsabilização civil explanadas anteriormente, estas se subdividem entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. A primeira, conforme

² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 23-24.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3, p. 58.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v.4: Responsabilidade Civil, p. 13.

⁵ BRASIL, Lei 10406/2002. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 23 jul. 2021.

expresso em sua própria nomenclatura, advém do descumprimento dos termos avençados entre as partes, através de um instrumento contratual. Já a segunda, irá caracterizar-se pela uma violação de um dever legal, sem que necessariamente autor e vítima estejam vinculados juridicamente, mas como preceitua Gonçalves⁶, pela mera inobservância do dever genérico de não lesar a outrem (*neminem laedere*).

Ato contínuo, preleciona Gonçalves⁷:

Muito embora a consequência da infração ao dever legal e ao contratual seja a mesma (obrigação em restituir o prejuízo causado) o Código civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária. Disciplinou a responsabilidade Extracontratual nos arts.186 a 188, sob o título “Dos Atos Ilícitos” complementando sua regulamentação nos arts. 927 e seguintes, e a Contratual, como consequência da inexecução das obrigações, nos arts. 395 e seguintes e no art. 389 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora.

Ademais, mister atentar, que muito embora ambas as responsabilidades ensejem no dever de restituir, conforme colacionado anteriormente, estas irão diferenciar-se no que atine a inversão ou não ônus da prova, sendo certo que estas nos casos de responsabilidade contratual, bastará a mera comprovação do inadimplemento contratual e o dano decorrente deste descumprimento. Em passo contrário, na responsabilidade extracontratual a vítima deverá fazer prova de suas alegações, demonstrando que o fato de deu por culpa exclusiva do suposto autor do dano.

Neste interim, após a explanação quanto principais teorias da responsabilização civil, resta destacar que da prática do ilícito, da qual o autor tão somente poderá se esquivar de sua responsabilidade, caso comprove a ocorrência de uma das causas de exclusão de ilicitude, quais sejam, o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, ou ainda caso a pretensão do lesado tenha sido atingida pela prescrição⁸.

Por fim, não menos importante, realizada a análise crítico-compreensiva das teorias da responsabilização civil, mister relativizá-las a efetiva responsabilidade do profissional médico, com o fito de apurar eventual dever de indenizar em razão do resultado do tratamento, havendo o resultado morte, ou perda da qualidade de vida do paciente em razão de conduta equivocada e da perda de uma chance ao tratamento adequado, verificando sempre como a matéria vem se comportando nos tribunais pátrios.

⁶ Ibid., p.5, p.22.

⁷ Ibid., p.5, p.21.

⁸ Ibid., p.5, p.131.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Neste prisma, convém destacar que a responsabilidade civil médica engloba uma série de pressupostos da teoria geral da responsabilidade civil, abordada no capítulo anteriormente apresentado, de forma que neste momento passará a expor os elementos ensejadores da responsabilização cível do médico, derivadas do erro médico.

Conforme preleciona Schaefer⁹, este erro pode ser classificado como inescusável ou escusável, a depender se este poderia ou não ter sido evitado, ocasião em que deverá ser considerado se o referido profissional observou todas as condutas clínicas cabíveis ao caso em concreto e se mesmo assim o resultado não seria diverso. Sendo o primeiro quando a inobservância dos deveres gerais e clínicos, e no segundo caso, quando há observância de todos estes preceitos e mesmo assim não há reversão do quadro clínico do paciente ou sobrevêm sequelas do tratamento.

Desta feita, tem-se que o erro médico irá subdividir-se em três gêneros, quais sejam, o erro cirúrgico (derivado da prática cirúrgica), erro de diagnóstico (da observância de sintomas e direcionamento para o melhor tratamento) e por fim o erro de tratamento (quando a o correto diagnóstico, mas a utilização de terapêutica incorreta.)

Em assim sendo, em sua atuação como profissional liberal, a responsabilidade médica é essencialmente contratual, posto que nesta relação se convencionam obrigações de prestação de serviço e pagamento pelo mesmo. Nesta senda, resta estabelecida uma relação de consumo, uma vez que caracterizados seus três elementos básicos, quais sejam: o elemento subjetivo, que é a relação entre o consumidor e o fornecedor, o objetivo (o produto ou serviço) e finalístico – o consumidor deve ser o destinatário final.

Não obstante, esta relação também poderá assumir um caráter extracontratual, não só pela ausência de instrumento contratual firmado entre estes, em que por alguma situação eventual, o profissional venha prestar qualquer tipo de serviço de natureza médica, não oriunda de vontade avençada entre as partes, como por atendimentos emergenciais decorrentes de acidentes em via pública.

Neste giro, tem-se que independentemente da força obrigacional estabelecida entre as partes, o médico, como prestador de serviço não se obrigará a obtenção de um determinado resultado, ao revés, este se obrigará tão somente a uma obrigação de meio, de forma que o

⁹ SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do Médico & Erro de diagnóstico*. Juruá Editora, 2009. p. 62.

objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência¹⁰.

Portanto, quando não atingido a expectativa do paciente quanto ao tratamento realizado, não restará caracterizado o inadimplemento contratual, pois conforme anteriormente exposto, em se tratando de obrigação de meio, está relacionada a melhor conduta e cuidados para com o paciente, sendo certo que o mesmo somente será reconhecido caso a conduta clínica adotada infligir em imperícia, negligência ou imprudência, elementos ensejadores da culpa.

Neste diapasão, cumpre lembrar que a imperícia decorrerá do fato do profissional não possuir conhecimento técnico acerca dos serviços a que se propõe, não sendo competente para a sua realização. Já a negligência ocorrerá por conduta desidiosa e desatenta para com o dever de cuidar e zelar pela saúde de seu assistido. E, por último a imperícia que advém da não análise de riscos incorrido e da previsibilidade quanto as condutas clínicas.

Dessarte, caso ocorra o “fracasso”, leia-se: não obtenção do pretense resultado, compete ao contratante/consumidor fazer prova de que o contratado/ prestador do serviço médico incorreu em culpa, posto que conforme exaustivamente debatido, para que haja a sua responsabilização por eventual dano, deverá restar caracterizado um dos elementos da culpa (imperícia, negligência ou imprudência).

Conforma preceitua Miragem¹¹, para que haja a responsabilização do profissional Médico, aqueles que se porventura forem lesados por conduta médica equivocada, ao postularem em juízo, deverão fazer prova inequívoca da culpa do referido profissional ou dolo em sua conduta, que decorram da inobservância dos deveres legais que se revestem prática clínica, para com o paciente, ao qual consumidor nesta relação.

Em outras palavras, o médico será responsabilizado se e somente se suas condutas clínicas estejam eivadas de culpa e que estas condutas tenham concorrido diretamente ao dano alegado, posto que sua obrigação é única e exclusiva de meio e tendo agido de forma cuidadosa, zelosa e clinicamente correta para o caso, excluída estará a possibilidade de responsabilização quanto ao resultado do tratamento estabelecido.

Nestes termos o CCB/2002¹², incorporou em seu artigo 951 a responsabilidade médica subjetiva ao prever o dever de indenizar quando a conduta clínica adotada ora revestida de

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p.397

¹¹MIRAGEM, Bruno, *Responsabilidade civil médica no direito brasileiro*. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, 2007, p. 681.

¹² BRASIL, *op.cit.*, nota 5.

culpa, ocasionar ao paciente a perda de sua saúde, sequelas que venham a ocasionar incapacidade laborativa e por último, o resultado morte.

Apesar de todo o exposto, vale ressaltar que o art.14,§4º CDC¹³, traz em seu cerne exceção a esta regra, dispondo sobre responsabilidade subjetiva do profissional médico, na qual resta consubstanciado que esta ficará restrita exclusivamente a figura pessoal do médico a responsabilização por suas condutas sem que estas ensejam o dever de indenizar as instituições em que ele possua vínculo de preposição (atuação e/ou administração), haja vista que esta pessoa jurídica responderá de forma objetiva, nos termos do art.14, *caput* do CDC¹⁴.

Em outras hipóteses, quando não há vínculo de preposição, ou seja, quando o profissional usa os serviços de hotelaria (internação de pacientes) do nosocômio ou clínica, restará afastada a responsabilidade do estabelecimento privado, desde que o dano não tenha sido ocasionado da prestação destes serviços, situação prevista então pelo art.14, §3º do CDC¹⁵, que prevê a culpa exclusiva de terceiro.

Ademais, cumpre registrar que o Código de Ética Médica¹⁶, também traz em seus artigos e preceitos norteadores, a noção de culpa ora inculpada na legislação civil, prevendo que aquele profissional que lesionar o seu paciente em razão imprudência, negligência e imperícia, não deve ser presumida e tem caráter personalíssimo, razão pela qual será instaurado procedimento administrativo para a apuração de culpa e implicação de sanções que podem inclusive resultar na perda de habilitação profissional.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Assim como as demais teorias gerais da responsabilidade civil a perda de uma chance, também tem suas raízes fincadas no direito francês e como conceitua Cavalieri, consiste na efetiva perda da possibilidade de ganho ou benefício em razão de conduta realizada por terceiros, sendo esta uma chance séria e real, cuja perda constitua um prejuízo material ou imaterial ao indivíduo¹⁷.

¹³ BRASIL. *Lei 8078/90. Código de Defesa do Consumidor* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> .Acesso em: 23 jul. 2021.

¹⁴ BRASIL, op.cit., nota 13.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *Código de Ética Médica*. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: em 13/08/2020.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75.

Entretanto, quando relacionada a possibilidade de responsabilização do profissional médico, a chance perdida não está correlacionada a um ganho, mas na possibilidade do restabelecimento ou na preservação da saúde do paciente.

Neste passo, Miguel Kifouri Neto¹⁸ afirma que: “A perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.”

Desta feita, para que o profissional médico seja responsabilizado civilmente por erro de diagnóstico, sobre o embasamento da teoria da perda de uma chance, haverá uma flexibilização do nexo de causalidade, a considerar o efetivo dano.

Nestes termos, somente haverá a aplicação da referida teoria, naquelas situações em que as condutas do referido profissional concorram para a efetiva perda de oportunidades de o paciente ter sua saúde restabelecida, ou venham a ferir diretamente.

Conforme fartamente exposto no decorrer do presente artigo, em sua atuação, o médico tem alguns deveres específicos e legais que devem conduzir todas as suas condutas em atendimento ao seu assistido, quais sejam: o dever de prestar assistência, o de informar, além do dever de prudência, sendo certo que inobservados, estes ensejarão a culpa.

Neste viés, cumpre distinguir as implicações sobre a teoria clássica da responsabilização civil médica e a responsabilidade civil sob a ótica da teoria da perda de uma chance.

Em assim sendo, suponha-se que um paciente venha a falecer decorrente de conduta médica equivocada, no viés da teoria tradicional tem-se que a responsabilidade do profissional clínico será apurada através, do dano, da culpa e do nexo de causalidade. Já sob a perspectiva da perda de uma chance, serão auferidos além dos aspectos anteriormente mencionados, ora relativos à teoria clássica, será observada também a efetiva chance perdida, bem como a quantificação desta¹⁹.

Por via de consequência, aos estabelecer comparativo entre estas teorias é objetiva-se demonstrar que se houve a perda chance de restabelecimento ou preservação a saúde do paciente deverá haver reparação, devendo-se muito além da breve apuração dos critérios clássicos estabelecidos na teoria clássica, observar-se os elementos que estabeleçam parcial causalidade, implicando na flexibilização da sua interpretação.

¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 15 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.111.

¹⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. p.138-146.

Neste ponto, convém assinalar que muito embora não muito difundida pelos Tribunais Estaduais brasileiros, com exceção do Rio Grande do Sul, o próprio STJ²⁰, em suas decisões vem aplicando amplamente a teoria da perda de uma chance para embasar o dever indenizatório em causas que versam sobre o erro médico, conforme consta da ementa colacionada a seguir:

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(...). 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. (...)

Neste giro, da leitura do ementário supramencionado, é possível observar que toda a fundamentação do *decisum* foi embasada sob a perspectiva da teoria da perda de uma chance, sendo verificado que em razão de erro diagnóstico e falha no atendimento prestado, houve a efetiva perda de uma chance do efetivo tratamento que resguardariam sua saúde e vida.

No que concerne as decisões exaradas pelos Tribunais pátrios, Miguel Kifouri Neto²¹ ratifica o posicionamento de que “no que pertine à perda de uma chance de cura ou sobrevivência, numerosas são as decisões que condenam o médico ou cirurgião pelo comprometimento de uma chance de o paciente se restabelecer totalmente - ou de permanecer vivo”

Sob este aspecto, também assinalou Noronha²²:

(...) paciente que está definitivamente inválido, ou que morreu mesmo (estes são os prejuízos presentes), porque o médico cometeu um erro de diagnóstico, ou de tratamento: mesmo sem esse erro, poderia ser que o paciente acabasse inválido ou morresse, mas com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores (...).

Deste modo, tem-se que que diante da efetiva comprovação do nexo de causalidade, ora mitigado, sob a concepção da perda de uma chance, aquele que em decorrência de má assistência de serviço médico prestado, perder a chance de sobreviver ou sua qualidade de vida, deverá ser devidamente indenizado, posto que consolidada a ocorrência de ato ilícito, gerador do dever de indenizar.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.254.141*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4/inteiro-teor-865276902?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 jul. 2021.

²¹ KFOURI NETO, Miguel. *Op.cit.*, p.112

²² NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 707.

Como já amplamente demonstrado, a teoria da perda de uma chance, vem a flexibilizar o nexo de causalidade, através da figura da causalidade parcial, a considerar que evidenciada a “chance era séria e real”, além dos demais requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

Desta forma, nas lides que versem sobre o tema, terá o julgador além destes elementos, com a devida instrução, a ser promovida através de prova pericial médica, plenas condições em auferir se houve a perda da efetiva chance e resolver o mérito da questão, afastando-se qualquer possibilidade de dano hipotético, o que afastaria o dever de indenizar, respeitando-se ainda os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que este tipo de prova pode ser produzido por ambas as partes e igualmente contestadas por estas, observando-se então, o devido processo legal.²³

Portanto, para que seja reconhecido o dever de indenizar do profissional médico é imperioso que seja efetivamente demonstrado o dano ocasionado e após a devida comprovação da perda da chance de resultado diverso, e a sua mensuração dependerá da probabilidade da consolidação desta e do efetivo prejuízo causado.

Nesta senda, pontuou Miguel Kifouri Neto ²⁴:

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato medido – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.

Desta forma, no caso concreto, o juízo deverá apreciar, aquela chance então perdida. Como já mencionado anteriormente o valor da indenização deverá ser lastreado na efetiva chance de sobrevivência ou cura que o assistido possuía, que pode ser facilmente comprovada através da devida instrução do processo e da atuação de demais auxiliares de justiça, como o perito judicial.

Neste sentido, conforme pontua Silva²⁵, a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente pedida pela vítima, não havendo que se falar na aplicação dos lucros cessantes naqueles casos em que o dever de indenizar esteja atrelado a perda de uma chance.

O *quantum* indenizatório deverá ser fixado equitativamente pelo juiz, que irar considerar além do dano efetivo, também a probabilidade da concretização da chance perdida, partindo da resolução esperada e incidir sobre esta a probabilidade de chances de sobrevivência ou de cura que o paciente teria, caso a conduta médica correta tivesse sido adotada.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op.cit.*, p.102.

²⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Op.cit.*, p.115.

²⁵ SILVA, Rafael Peteffi Da. *Op.cit.*, p.137.

Ato contínuo, o Magistrado deverá ate-se ao valor do benefício que o paciente teria com o sucesso do tratamento, devendo-se considerar que este *quantum* jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Por derradeiro, se conclui que da verificação dos julgamentos dos tribunais brasileiros que a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilização por erro médico ainda é muito incipiente, apontando-se como principal motivo para tanto a escassez de pesquisas direcionadas a temática, não se difundido a sua idéia e aplicação aos casos em concreto.

Nesse sentido, mister que haja um aumento de produção de pesquisas científicas neste sentido para uma maior difusão do assunto no mudo jurídico e por via de consequências nas próprias decisões judiciais, possibilitando que aqueles que porventura sejam vitimados por um erro médico, possam vir a ser indenizadas pela perda da chance a um melhor tratamento e resultado clínico. Deve-se ainda salientar, que não se visa de sobremaneira cria-se um a industrialização da reponsabilidade civil médica, mas de meio de maior alcance e correção de condutas totalmente desidiosas para com os pacientes, habilitando uma segurança jurídica da relação tutelada.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, buscou-se estabelecer um paralelo entre as teorias da responsabilidade civil, analisando-se o dever de indenizar decorrente de erro médico, sob o viés da teoria da perda de uma chance, estabelecendo-se a correlação entre a conduta clínica adotada, a perda da oportunidade de tratamento mais adequado, a vida ou melhor sobrevida e a necessidade de indenização.

Em assim sendo, no capítulo inaugural, restaram conceituados os preceitos históricos e ideológicos do referido instituto, passando-se a expor sistematicamente os elementos ensejadores do dever de indenizar, quais sejam: o dano, culpa e o nexo de causalidade entre os dois primeiros. Ato contínuo, foram expostas as diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual e suas implicações, passando-se por último, a analisar as causas exclusão de responsabilidade civil.

Findada a análise inicial, no segundo capítulo restaram abarcados os deveres legais do médico e a responsabilidade civil decorrente da inobservância destes e de igual forma ao primeiro capítulo, tentou-se estabelecer a observância dos pressupostos do dever de indenizar,

bem como o tipo de responsabilidade e as suas excludentes. Nesta senda, foram analisados os deveres de prestar assistência, o de informar, além do dever de prudência, sendo certo que inobservados, estes ensejarão a culpa, e em havendo o dano e o nexo de causalidade entre estes, nascerá o dever de indenizar.

Ademais, ainda neste capítulo restou consubstanciado que o entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que a obrigação a qual se atribui ao médico é de meio e não de resultado. Em outras palavras, o referido profissional na prestação de seu serviço deverá tão somente empenhar-se nas boas práticas clínicas, observando-se todos os deveres legais supramencionados, devendo no tratamento ou conduta adotados ter empregado todos os meios disponíveis em medicina para o restabelecimento da saúde de seu paciente, independentemente do resultado final, ser ou não aquele pretendido pelo mesmo e/ou seus familiares.

Por derradeiro, o último capítulo encarregou-se de apresentar a a teoria da perda de uma chance, seus pressupostos e a sua aplicabilidade aos casos de erro médico, bem como a matéria vem se difundindo nos tribunais pátrios. No discorrer desta parte, tem -se diferentemente da teoria clássica da responsabilidade civil, o caso concreto a ser analisado sob a ótica da perda de uma chance, não levará em consideração tão somente o dano, a culpa e o nexo de causalidade também a efetiva chance perdida, bem como a quantificação desta.

Assim, para haja o dever de indenizar, deve-se haver a efetiva (real e séria) da chance comprovadamente além da observância dos requisitos clássicos da responsabilidade civil , devendo-se atentar que nestes casos ocorrerá uma flexibilização do nexo de causalidade, que deverá ser observado parcialmente, o que somente poderá ser constatado através da devida instrução processual e por meio de prova pericial, da qual poderá constatar-se se o paciente perdeu a chance de sobreviver ou de ser efetivamente curado, sendo medida quantitativamente, para que tão somente após esta possa-se medir a extensão dano.

Finalmente, após a exposição teórica do instituto e sua implicação no dever de indenizar derivado de erro médico, apresentou-se o posicionamento jurisprudencial acerca do tema, restando demonstrado que a idéia ainda é muito insipiente e pouco difundida, muito embora já exista alguns julgados exarados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitindo-se a possibilidade da aplicação da referida teoria na interpretação de demandas onde discute-se o dever de indenizar por erro médico.

Revelando-se portanto, a necessidade de expansão das pesquisas sobre a temática, não no sentido de industrializar a atividade médica, mas de atribuir maior possibilidade de meio de prova àqueles que por ventura venham a ser lesados por conduta desidiosa, imperita ou negligente justamente daquele a quem se confiou os bens mais preciosos, tais como a vida e a

saúde, promovendo-se não só a justiça social, bem como privilegiando os princípios norteadores de direito e processuais, como a ampla defesa, mas também ao contraditório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> .Acesso em: 23 jul. 2021.

_____, Lei 8078/90. Código de Defesa do Consumidor Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> .Acesso em: 23 jul. 2021.

_____, Lei 10406/2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.Acesso em: 23 jul. 2021.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. Vol. 7. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: 13/08/2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 4: Responsabilidade Civil.

_____. *Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 15 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Culpa médica e ônus da prova: Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Responsabilidade civil médica no direito brasileiro*. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 5, n. 25, set. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina B.Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações* 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 854, n. , p.11-37, dez. 2006.

_____. *À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal*. *Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p.1-30, jul. 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. Revista da Esmesc, Florianópolis, v. 15, n. 9, p.125-147, jun. 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 3: Parte Especial: Direito das Obrigações – Fatos Lícitos, Responsabilidade.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do Médico & Erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

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