CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA – UNIALFA
ESCOLA DE DIREITO ALFA EDUCAÇÃO

DÉBORA DUARTE DE RESENDE

MEDICINA LEGAL: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

GOIÂNIA
JUNHO DE 2024

DÉBORA DUARTE DE RESENDE

MEDICINA LEGAL: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito da Escola de Direito do Centro Universitário Alves Faria, sob orientação da Prof. Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva, como requisito para a conclusão do Curso de Direito.

Prof. Orientador Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva.

GOIÂNIA

JUNHO DE 2024

DÉBORA DUARTE DE RESENDE

MEDICINA LEGAL: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

Esta monografia foi analisada e julgada adequada para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Orientador e Banca Examinadora designada pelo Curso de Direito do Centro Universitário Alves Faria.

_____

Prof. Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva

Orientador

Aprovado em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Profª. Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva - UNIALFA

_____

Prof. Leitor – Instituição de origem

_____

Prof. Leitor – Instituição de origem

GOIÂNIA

JUNHO DE 2024

Dedico este trabalho aos meus familiares, amigos, aos meus professores e ao meu orientador, Prof. Me. Jonathan Augusto Sousa e Silva.

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a todas as pessoas que estiveram ao meu lado durante esta jornada acadêmica. À minha família, pelo amor incondicional, apoio e compreensão em todos os momentos. Aos meus amigos, pela paciência, incentivo e pelas boas risadas que sempre compartilhamos. Aos professores e orientadores, pelo conhecimento transmitido e pelo apoio indispensável. Este trabalho é dedicado a vocês, que foram fundamentais para a realização deste sonho. Muito obrigado por fazerem parte desta conquista!

RESUMO

DUARTE, Débora Resende. **Medicina Legal: Responsabilidade Civil Médica e a Teoria da Perda de Uma Chance.** Monografia, 2024. 41 f. Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Goiânia, 2024.

O presente artigo terá como objetivo abordar a medicina legal com vistas à responsabilidade civil, em um ângulo voltado, notadamente, para a teoria da perda de uma chance. O desenvolvimento de premissas norteadoras, definições, origens, e principalmente, a aplicabilidade em casos concretos, é o que justifica a elaboração deste artigo. Com base no método dedutivo de pesquisa, doutrinas, artigos científicos, leis, e também julgados dos tribunais superiores, foram minuciosamente analisados, possibilitando assim, o discorrer deste. A medicina legal é uma ciência muito abrangente e de extrema relevância à coletividade, já que sua existência se dá em razão do equilíbrio social assim como da ordem pública. Por ser tamanha a abrangência, este trabalho se voltará a responsabilidade civil no tocante ao profissional da saúde, até mesmo por ser de suma importância a real aplicabilidade. Em especial, ainda que nova, a teoria da perda de uma chance, será explorada. Sabe-se que, a já mencionada teoria não tem previsão legal em nosso ordenamento jurídico, contudo, vem conquistando sua zona, tanto em meios doutrinários, quanto nos tribunais brasileiros. Por vezes, ensejando em divergências no tocante a sua aplicabilidade, classificação e até mesmo definição. Posto isso, resta comprovado a essência desta pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Medicina legal. Responsabilidade civil. Perda de uma chance.

ABSTRACT

DUARTE, Débora Resende. **Forensic Medicine: Medical Civil Liability and the Theory of Loss of a Chance.** Monograph, 2024. 41 p. Undergraduate Course in Law at Alves Faria University Center (UNIALFA). Goiânia, 2024.

This article aims to address forensic medicine regarding civil liability, notably focusing on the theory of loss of a chance. The development of guiding premises, definitions, origins, and primarily, the applicability in concrete cases, justifies the elaboration of this article. Based on the deductive research method, doctrines, scientific articles, laws, and also judgments from higher courts were meticulously analyzed, enabling the discussion herein. Forensic medicine is a very comprehensive science and of extreme relevance to society since its existence is due to social balance as well as public order. Due to its vast scope, this work will focus on civil liability regarding healthcare professionals, even more so because of its paramount practical applicability. In particular, although new, the theory of loss of a chance will be explored. It is known that the aforementioned theory is not legally provided for in our legal system, however, it has been gaining ground, both in doctrinal circles and in Brazilian courts. At times, leading to disagreements regarding its applicability, classification, and even definition. With that said, the essence of this research is hereby proven.

KEYWORDS: Forensic medicine. Civil liability. Loss of a chance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO……...09

1 MEDICINA LEGAL.....…….11

1.1 Conceito.....11

1.2 Definições Históricas acerca da Medicina Legal.....13

2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....……16

2.1 Requisitos Ensejadores da Responsabilidade Civil.....16

2.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.....19

3 RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA E O DEVER DE REPARAR.....21

3.1 Responsabilidade Civil Médica por Erro Profissional e por Erro de Diagnóstico…..25

3.2 Teoria da Perda de uma Chance.....30

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS……..36

REFERÊNCIAS……..39

INTRODUÇÃO

Mediante a necessidade de solução para casos concretos, surge a Medicina Legal. Embora houve e ainda há casos que representam ignorância entre elas, é possível notar que mais recorrentes são os encontros que os desencontros, entre essas duas matérias, restando notável saber que, neste caso, a Medicina não vai lidar intrinsecamente com a vida e a saúde, mas sim com as evidências, se posicionando às solicitações do direito. Mesmo que a matéria tenha subvenções trazidas da Medicina e de outras ciências biológicas, a Medicina Legal é uma disciplina eminentemente jurídica. Ela subsiste em face das necessidades do Direito, e se torna cada vez mais saliente mediante as valorações das exigências jurídico-sociais. Por conseguinte, torna-se de difícil definição, mas, precedentemente, designa-se como sendo o emprego dos conhecimentos médicos em procedimentos judiciais, Bittar (2021).

Desde o tempo dos egípcios, assim mostra os papiros da época, a perícia médica legal estava evidente, sendo essa, tarefa atribuída ao Estado. O ordenamento mesopotâmico já trazia a ideia de punição por um dano causado, instituindo em desfavor do acusado, côngruo sofrimento. Porém, conforme Pereira (2011) a mais relevante revolução acerca do assunto, se deu aos tempos da República com a *Lex Aquilia*, sendo que a ela se atribuiu também, a origem do elemento "culpa". Inicialmente, apesar da diversidade de definições, entende-se a responsabilidade civil como sendo, a obrigação que o causador do prejuízo tem de reparar o dano que causou. No Direito brasileiro, para que fique caracterizado responsabilidade civil, é necessário que coexistam quatro requisitos, conduta ilícita; dano; culpa; nexo causal. Quando voltada para a medicina, em que pese haver particularidades, a regra não é diferente.

Em seguida, França (2017) pormenoriza a admirável contribuição de Hipócrates (460 a.C.- 370 a.C.), que ficou conhecido por muitos como "pai da Medicina ocidental", e também como o principal responsável em afastá-la dos sacerdotes, já que buscou por soluções que esses, não conseguiam agregar à ciência. Logo, a Medicina grega adquiriu sua própria identidade, por meio, principalmente, de métodos filosóficos. Em seus vultosos juramentos, era possível notar o plexo entre a Medicina e o Direito.

Por conseguinte, surgem os assuntos referentes as indenizações, sendo que com o passar das décadas a sociedade vem se modernizando em razão dos fenômenos ocorridos. Assim sendo, consoante aos ensinamentos de Melo (2013) o referido cenário incitou no surgimento e extroversão de novos danos indenizáveis, visando a reparação dos prejuízos injustamente suportados pela vítima. Neste contexto, entra em cena a perspectiva de

responsabilidade civil médica, assim como a responsabilização pela perda de uma chance. Em que pese essa teoria não ter previsão expressa em nosso ordenamento pátrio, vem conquistando seu espaço nos tribunais brasileiros por meio de julgados recentes, assim como em renomadas doutrinas.

Superadas essas reflexões, consoante aos entendimentos doutrinários, sobretudo, às jurisprudências das quais são possíveis obter o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, o presente trabalho discorrerá, de forma interdisciplinar, acerca de toda essa temática. Atendando-se, em todo o momento, aos aspectos históricos – fusão da Medicina com o Direito – seguidos de conceitos jurídicos e suas respectivas aplicabilidades aos casos concretos, Gajardoni (2022).

A partir de uma análise sucinta, nota-se que, dúvidas emblemáticas pairam, não somente em pacientes, mas também, em profissionais da área da saúde. São comuns dúvidas no seguinte sentido: Em casos de responsabilidade civil médica, como avaliar a culpa do médico e a compensação do paciente? Quais são os critérios utilizados? Quais são os atuais desafios e implicações legais associados a essa abordagem na medicina legal?

Por esse motivo, diante das dúvidas que comumente remanescem, os mencionados assuntos serão abordados em 03 capítulos, com a seguinte dinâmica: O Capítulo 01 (um) tratará do conceito e da definição histórica acerca da medicina legal. O Capítulo 02 (dois) abordará os aspectos ensejadores da responsabilidade civil, assim como suas espécies, objetiva e subjetiva. Por fim, o Capítulo 03 (três) versará da responsabilização médica e o dever de reparar, distinguindo-se Erro Profissional de Erro de Diagnóstico e as ocorrências da responsabilização fundamentada na Teoria da Perda de uma Chance.

Por meio do método dedutivo de pesquisa, com base em teorias e princípios gerais, hipóteses foram formuladas possibilitando-se assim, ao final deste trabalho, o alcance de conclusões específicas intrinsecamente relacionadas ao assunto, de modo a agregar no conhecimento, assim como sanar muitas dúvidas daqueles que se interessam pelo assunto.

1. MEDICINA LEGAL

Nas palavras dos autores Deltan e Junior (2012, 32), dentre outras sinonímias, também conhecida como "*Medicina Judiciária ou dos Tribunais*" trata-se de uma disciplina deslumbrante que possui características variadas, porém, peculiares. Devotando-se com questões relacionadas à saúde e ao corpo humano dentro de um contexto jurídico, está sempre empenhada em atender e complementar, de forma científica e precisa, as demandas do Direito.

Assim, no intuito de aprofundar-se nos conhecimentos, passa-se a conceituação de Medicina Legal.

1.1. Conceito

Primeiramente, consoante aos ensinamentos de França (2017) a Medicina Legal não pode ser catalogada, propriamente, como uma matéria exclusivamente médica. Por muito tempo a Medicina ignorou o Direito, a título de exemplo, têm-se as experiências realizadas na Alemanha nazista; os casos de eutanásia altruísta em ordenamentos que não a permitiam. Da mesma maneira, o Direito ignorou e ainda ignora a Medicina, ao considerar viva uma pessoa em morte encefálica e em casos de anencefalia. Embora, a história tenha casos que exemplificam esse desencontro, mais numerosos são os ocorridos que roboram a parceria entre eles, por vezes, ensejando em uma fusão, tornando impossível o estudo de uma sem o parecer da outra.

Como mencionado, França (2017) expõe que o conhecimento dos diversos ramos da Medicina, são obtidos e ficam à disposição do Direito. Trata-se, não somente, de uma ciência, como também de uma técnica, de uma arte: ciência, pois é dotada de métodos sistematizados com objetivos determinados; técnica, uma vez que seus métodos são ordenados e devem ser usados no momento correto e maneira correta, não menos relevantes, são seus atributos tecnológicos; por fim, é uma arte, porque exige também o lado instintivo do profissional.

> Pelo visto, a Medicina Legal é uma disciplina eminentemente jurídica, mesmo que ela tenha muitos dos seus subsídios trazidos da Medicina e das outras ciências biológicas e da tecnologia. **Ela é uma disciplina jurídica porque foi criada e subsiste em face da existência e das necessidades do Direito.** E muito se realçará à

> medida que mais valorizem e mais exijam as ciências jurídico-sociais (FRANÇA, 2017: 23, grifo nosso).

Já diziam Croce e Junior (2012) que, por estar a medicina legal imbricada com outras ciências, torna-se difícil a sua definição com precisão, porém percebe-se que não se destoam uma da outra, apenas enfatizam considerações a depender da atuação social. Ambroise Paré (1510-1590), cirurgião francês, reconhecido por muitos como sendo o "pai da Medicina Legal", a definiu como "a arte de fazer relatórios em juízo". Já, Mateu Orfila, *et al* (2012), define, de uma maneira, um tanto mais esmiuçado, mas, sem divergências, como "o conjunto de conhecimentos físicos e médicos próprios a esclarecer os magistrados na solução de muitas questões concernentes à administração da Justiça e dirigir os magistrados na elaboração de um certo número de leis". Por fim, o autor Hélio Gomes (2003), delineia como sendo um conjunto de conhecimentos médicos e paramédicos destinados a servir ao Direito, assim, cooperando na elaboração, auxiliando na interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais, no seu campo de ação de Medicina aplicada.

Logo, é notável que, embora muitas sejam as definições, não há alarmante distinção entre elas. Em um linguajar menos rebuscado, e de mais fácil entendimento, pode-se definir a Medicina Legal como uma contribuição tecnológica, por parte da Medicina e de outras ciências afins, para com o Direito, no tocante a elaboração de leis, administração judiciária e consolidação da doutrina. A sua atuação, nas palavras de Bittar (2018), inicia-se partir da fecundação, origem da vida, e somente com o desaparecimento de vestígios cadavéricos, é encerrada.

Várias são as sinonímias atribuídas à Medicina Legal, dentre essas, faz-se necessário evidenciar: Medicina Forense e Medicina Judicial:

> Mesmo considerando-se, na maioria das vezes, Medicina Legal como sinônimo de *Medicina Forense* e de *Medicina Judicial*, é evidente que estas duas últimas expressões são mais ajustadas às atividades das instituições de perícias junto à administração dos tribunais, enquanto *Medicina Legal* tem, pela maior extensão e abrangência, uma contribuição que vai mais além, inclusive com sua contribuição legislativa, doutrinária e filosófica, advinda principalmente do ambiente universitário (FRANÇA, 2017: 26).

Por essa razão, certamente, a denominação acolhida é Medicina Legal, longe de ser a mais correta, mas sim, a menos imperfeita. Ainda seguindo os ensinamentos de França (2017), conclui-se que o mais ideal seria chamá-la de medicina política e social, por

apresentar farta proximidade com os relacionamentos políticos e sociais do homem, e não por se restringir, somente às necessidades jurídicas.

A Medicina Legal apresenta um vasto raio de relações, tanto no campo da medicina quanto na esfera jurídica. Mas não se limita a isso. Por mais incrível que se pareça, relaciona-se com a história, química, física, sociologia, demografia, filosofia, estatística, ecologia e até mesmo com a informática. Fatores esses que a torna uma ciência tão relevante, e que carece, cada dia mais, do desenvolvimento de estudos, para que seja devidamente compreendida e coerentemente aplicada nos casos concretos.

Em uma visão didática, segundo Bittar (2018), a Medicina Legal, em sua parte geral, trata das obrigações e os deveres (deontologia), assim como os direitos dos médicos (diceologia), assuntos esses, que também são compreendidos no Código de Ética Médica. No entanto, a parte especial estuda o homem como um todo, abrangendo principalmente: antropologia; traumatologia; asfixiologia; tanatologia; sexologia; toxicologia; infortunística; psicologia jurídica; psiquiatria forense; genética médico-legal ou forense.

De forma simplificada, em harmonia com os entendimentos de Deltan e Junior (2012) pode-se conceituá-la como sendo uma área da medicina que lida com a aplicação dos princípios médicos e científicos para fins legais. Seu objetivo principal é fornecer conhecimento médico para auxiliar na investigação de crimes e em questões legais, como identificação de cadáveres, determinação da causa da morte, avaliação de lesões corporais, determinação da capacidade mental de um indivíduo, avaliação de danos corporais em casos de acidentes e outros eventos relacionados à lei. Os médicos legistas são profissionais responsáveis por realizar essas avaliações e fornecer relatórios e testemunhos em tribunais quando necessário.

Ato contínuo, no próximo tópico, serão abordadas a origem e a definição histórica dessa fascinante matéria.

1.2. Definições Históricas acerca da Medicina Legal

Conforme consta dos papiros da época, a perícia médica legal foi atribuição do Estado desde o tempo dos egípcios, apesar da dúvida que pairou acerca do aparecimento gradual dos regulamentos durante longo período assim como de sua origem. Costa Junior (1982), renomado criminalista, deixou como ensinamento que, o primeiro homem a relacionar Medicina com a lei foi Imhotep (2686 a.C.- 2613 a.C.), primeiro médico, filósofo e arquiteto

da história. Intitulado como o verdadeiro pai das ciências médicas, com aproximadamente cem anos após a sua morte foi considerado um semideus médico. Seu templo pode ser considerado o primeiro hospital da humanidade. Ainda que a Medicina egípcia fosse eivada de magia e divindade, alguns historiadores viam traços de perícia no país.

Os sacerdotes médicos verificavam se as mortes ocorridas eram violentas ou natural, sendo que a prática de embalsamento exigia a mesma verificação. Porém, as primeiras indicações relativas à perícia médica, estão evidenciadas nas Leis de Manu, dos hindus, onde alguns crimes são comprovados por meio de exames, exames esses que cabiam aos brâmanes realizarem.

Os valiosos juramentos de Hipócrates (460 a.C.- 370 a.C.), evidenciavam a união entre o Direito e a Medicina ao comprometer-se em aplicar os regimes para o bem do doente segundo o seu entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. Ainda, no mesmo sentido, ao obrigar-se em não prescrever, nem remédio nem conselho que induza a perda, inclusive e não dar a nenhuma mulher qualquer substância abortiva.

Edmond Locard (1877-1966), criminologista, foi o responsável por formular o princípio básico da Medicina Legal enquanto ciência: quaisquer que sejam os passos, quaisquer objetos tocados por um indivíduo, o que quer que seja que ele deixe, mesmo que inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele.

A influência da Medicina Legal francesa no Brasil, foi decisiva, não menos importante, vale ressaltar que, de maneira marcante, também influenciaram a italiana e a alemã. Portugal pouco contribuiu no passado, porém, atualmente tem contribuído bastante por meio da nova escola médico-legal portuguesa. Com a entrada de Agostinho José de Souza Lima, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, iniciou-se a estruturação como especialidade, inaugurando ainda, o primeiro curso prático de prática tanatólogica forense. Não obstante, a real nacionalização se deu na Bahia com Raymundo Nina Rodrigues, iniciando-se a fase de pesquisa científica médico-legal a partir da realidade. Posteriormente, entra em cena Oscar Freire de Carvalho, partindo da Bahia para São Paulo, onde iniciaram seus exercícios da especialidade assim como a publicação dos seus trabalhos experimentais.

Não seria consentâneo, deixar de mencionar a contribuição de Oswaldo Cruz (1872-1917), que ficou conhecido como o Sherlok brasileiro. “Pai da saúde pública brasileira”, teve experiências internacionais junto ao Instituto Pasteur e também junto ao Instituto de Toxicologia (1897-1899), onde recebeu os ensinamentos de Ogier e Vibert. Solucionou o caso de um homem morto em casa, intoxicado por gás, onde pairava a dúvida:

O gás da iluminação (fornecimento público), ou do aquecedor (uso particular)? Tal questionamento se fazia importante para que fosse definida a indenização, já que, caso ficasse configurado a primeira causa, caberia indenização. Por meio do sangue coletado do cadáver, constatou a presença de hidrocarbonetos, restando comprovado o envenenamento pelo gás liberado da iluminação.

Destarte, de modo a concentrar as supramencionadas informações, consoante os entendimentos de Deltan e Junior (2012) os primeiros registros de medicina legal remontam às civilizações antigas, como os egípcios, babilônios e romanos, onde os médicos eram consultados em questões legais, para determinar a causa da morte em casos de homicídio. Ademais, durante a Idade Média, a medicina legal começou a emergir como uma disciplina separada, com a realização de autópsias para determinar as causas da morte e a análise de ferimentos em casos de crimes.

Não obstante, Bittar (2021), ensina que, durante os séculos XIX e XX, significativos foram os avanços na medicina forense, em razão da introdução de técnicas como a toxicologia forense e o desenvolvimento de métodos para a identificação de cadáveres, como a impressão digital, além das especialidades como a odontologia forense e a antropologia forense. Também houve avanços tecnológicos, como a aplicação da análise de DNA na resolução de casos criminais.

Superados as análises conceituais e históricas relacionadas à Medicina Legal, passa-se a abordagem da responsabilidade civil e suas respectivas modalidades.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Com um viés heterogêneo, a responsabilidade civil destaca-se como presente na sociedade, onde recorrem a ela todas as esferas do Direito com a intenção de resolver os fatos jurídicos ocorridos. Cavalieri Filho (2012) já compartilhava em seus ensinamentos que, nessa esteira, apenas o fato que tem reverberação jurídica interessa ao Direito. Ademais, Nader (2013) aduz que, o instituto trata das mazelas da sociedade, o que significa dizer que se preocupa em reprimir os atos ilícitos cometidos e as obrigações inadimplidas.

É próprio da pessoa que convive em sociedade a existência da responsabilidade civil, cuja ausência faria com que as relações interpessoais fossem quase impossíveis. Nas valiosas palavras de Nader (2013: 05): "*ainda que as sociedades se aperfeiçoem, técnica e moralmente, o instituto da responsabilidade civil se revela irreversível*", pois o instituto engloba toda atividade que acarreta prejuízo a outrem.

Nesse mesmo diapasão, passa-se a previsão acerca dos requisitos capazes de ensejar à responsabilidade civil.

2.1. Requisitos Ensejadores da Responsabilidade Civil

O Direito romano não chegou a construir uma teoria da responsabilidade civil, assim como nunca se sustentou na elaboração teórica de nenhum instituto. Em um período mais longínquo, a responsabilidade civil foi denominada por Alex Weill e François Terré, como responsabilidade arcaica, onde, "retém o agente, aquele por cujo fato o prejuízo foi causado, antes que o autor, aquele pela culpa do qual houve o dano". O tema já era tratado antes mesmo da civilização mediterrânea:

> Certo é, entretanto, que, nos mais antigos monumentos legislativos, que antecederam por centenas de anos a civilização mediterrânea, vestígios há de que o tema fora objeto de cogitações. Vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a ideia de punir o dano, instituindo contra o causador um sofrimento igual; não destoa o Código de Manu, nem difere essencialmente o antigo direito Hebreu. Mais avançada, a civilização helênica legou o conceito de reparação do dano causado, com sentido puramente objetivo, e independentemente da afronta a uma norma predeterminada. (PEREIRA, 2018: 20).

Já dizia Pereira e Tepedino (2018) que, embora não se encontre na *Lex XII Tabularum* um princípio determinante da responsabilidade civil, lá se encontram vestígios da vingança privada, todavia, marcada pela intervenção do poder público, com o intuito de

discipliná-la. O que realmente interessava era o fato de vingar, não havia ideia de culpa e também não existia diferença entre responsabilidade penal e responsabilidade civil. O Estado não estava interessado somente na repressão das infrações contra si, mas também contra os particulares. Por conseguinte, à medida que a pena privada perde o caráter de punição, toma corpo a ideia correlata de reparação, assim como, a partir de quando o Estado assegura a punição do culpado, a responsabilidade civil se difere da responsabilidade penal.

Aos tempos da República, porém de data incerta, tem-se a maior revolução referente ao tema, a *Lex Aquilia*, originária de um plebiscito proposto pelo tribunal Aquilio. Em consonância com os ensinamentos de Gonçalves (2021), tão relevante foi, que também ficou denominada como *aquiliana* com intuito de designar a responsabilidade contratual em contraste à extracontratual. A ela também se atribuiu a origem do elemento culpa, como imprescindível na reparação do dano. Foi um verdadeiro marco à responsabilidade civil, seu precípuo valor consistiu na substituição das multas inamovíveis por penas mais proporcionais ao dano causado.

Em um campo oposto, com ideias divergentes às supramencionadas, tem-se a opinião de respeitáveis autoridades que consideravam que o conceito de culpa não estava presente na *Lex Aquilia*, como por exemplo, Betti (1969-70). Mas tal posicionamento não predominou, vejamos:

> Apesar de autoridades respeitáveis considerarem que na *Lex Aquilia* não se inseria o elemento anímico da culpa, as *Institutas* de Gaio consideram-no em termos claros: *Is iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa occiderit; nec ulla lege damnum quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est qui sine culpa aut dolo malu casu quodam damnum committit*. Na tradução: "Matar injustamente significa matar com dolo ou culpa; nenhuma outra lei pune o dano causado sem injustiça; resta então sem punição quem, sem culpa nem dolo mau, comete um dano. " Destacando a parte final do texto – *impunitus est qui sine culpa et dolo malu casu quodam damnum committit,* conclui-se admitir que "o elemento subjetivo da culpa" foi introduzido, "contra o objetivismo do direito primitivo". Para que se configure o *damnum iniuria datum*, de acordo com a Lei Aquilia, era necessário determinar três elementos: I –*damnum*, ou lesão na coisa; II – *iniuria*, ou ato contrário a direito; III – ***culpa*, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa.** (PEREIRA, 2018: 23, grifo nosso).

Mais adiante, a nova consolidação das Leis Civis de Carvalho (1898) retorna ao assunto, trazendo relevantes aprimorações. Em seu art. 1.013, trata o instituto da responsabilidade civil como independente da matéria criminal, em seguida, no art. 1.014, fundamenta a responsabilidade civil no conceito de culpa; no art. 1.015, relata acerca da responsabilidade indireta; no art. 1.019, desenvolve os casos de responsabilidade quando

ocorrer desmoronamento de construções; no art. 1.020, presume a culpa no dano causado por coisas inanimadas; da desenvoltura ao princípio da responsabilidade dos funcionários públicos em seu art.1.021, porém, desonera a União para que essa não fique obrigada a responder pelos erros e abusos causados por funcionários e empregados públicos, assim como pelos danos causados aos particulares em tempos de guerra civil ou de perturbações internas. Ademais, em seu art. 1.022, §4°, insere a ação de regresso aos Estados e à União, em desfavor das partes interessadas e das autoridades em que forem presumidas culpa ou dolo.

Por conseguinte, não se esquivando dessas ideias, assim como do Código Civil francês, o Código Civil brasileiro de 1916, consagrou em seu art. 159, a teoria da culpa. No entanto, o Código Civil de 2002, deu um paço mais adiante, quando, em adjacência à cláusula geral da responsabilidade subjetiva (art. 186), adicionou no parágrafo único do art. 927, a cláusula geral de responsabilidade objetiva, cuja inserção, não ensejou na exceção da teoria da culpa, mas na caracterização de dualidade de responsabilidade.

Na tentativa de conceituar a responsabilidade civil, os autores não chegam em um acordo. Pontes de Miranda (1892-1979) aprofunda-se ao afirmar que, no conceito de responsabilidade civil, existe um tipo de realidade social, assim como uma adaptação que se incorporam por meio de sanções. Desloca seu raciocínio para um tipo de impedimento/interdição de ofender. No entanto, depare-se com uma indagação, acreditando-se ser, também, a dúvida de muitos acerca do que venha ser, com precisão, responsabilidade civil.

Renomados civilistas especialistas no assunto, sintetizam o assunto deslocando a responsabilidade civil para a configuração realista afirmando que, ocorrerá sempre que um indivíduo, ao agir, torna-se responsável por reparar um dano, por ele causado, a outrem. Dentre Aqueles, coloca-se em evidência Giorgi apud Pereira (2018: 27) que, em sua obra clássica, conceitua a responsabilidade civil como a "*obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, que o nosso fato ilícito causou a outrem*.". Sem divergências, Savatier apud Rodrigues (2003: 6) a define como sendo a "*obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam*". Destarte, é possível depreender que a responsabilidade civil tem como encargo o restabelecimento do equilíbrio violado, reconvalescendo, na medida do possível, os prejuízos sucedidos.

Conforme os ensinamentos de França (2017) para que se configure a responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Esses requisitos são

geralmente divididos em três principais elementos: Ação ou omissão; Nexo de causalidade; Dano.

A responsabilidade civil decorre de um comportamento humano que pode ser uma ação (ato comissivo) ou uma omissão (ato omissivo). A ação é um fazer, enquanto a omissão é um deixar de fazer algo que deveria ser feito.

Ademais, deve existir um vínculo entre a ação ou omissão e o dano sofrido. O nexo causal é a ligação entre o comportamento do agente e o resultado danoso. Sem essa conexão, não há como imputar a responsabilidade ao agente.

Não obstante, o dano é a lesão a um bem jurídico tutelado, podendo ser material ou moral. O dano material envolve a perda patrimonial ou econômica, enquanto o dano moral refere-se à lesão a direitos da personalidade, como honra, imagem, e integridade psicológica.

Tem-se que a responsabilização civil, pode restar configurada em duas modalidades distintas: objetiva e subjetiva.

2.2. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Sucintamente, classifica-se a responsabilidade civil em duas modalidades distintas, objetiva e subjetiva. Nas palavras de Gonçalves (2020), a primeira modalidade resta configurada mediante três requisitos básicos, que necessariamente devem estar presentes, são eles: o dano, o nexo causal e a conduta do agente.

Já na segunda modalidade de responsabilidade civil, além da comprovação do dano, do nexo causal e da conduta do agente e necessário comprovar também, a culpa *latu sensu* do agente, que ocorrerá de forma culposa (decorrentes da negligência ou da imprudência) ou então de forma dolosa. O Código Civil de 2002, adota como regra a responsabilidade subjetiva, e como exceção, a responsabilidade objetiva. Contemple:

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> Art. 927 – Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Destarte, ainda nas palavras de Gonçalves (2020), independente de qual for a modalidade configurada no caso concreto, é possível depreender que a responsabilidade civil tem como encargo o restabelecimento do equilíbrio violado, reconvalescendo, na medida do possível, os prejuízos sucedidos.

Como visto, dolo e culpa são termos jurídicos usados para descrever a intenção ou negligência envolvida em um ato ilícito. Eles são usados para determinar a responsabilidade e a punição em casos de delito.

O dolo ocorre quando uma pessoa realiza uma ação com a intenção de causar dano. Isso significa que a pessoa está ciente de suas ações e das consequências que elas podem ter. O dolo pode ser direto, quando há a intenção clara de cometer o ato ilícito, ou eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado.

Já a culpa é um conceito mais amplo que inclui negligência, imprudência e imperícia. Ela ocorre quando uma pessoa causa dano a outra sem intenção, mas por falta de cuidado ou habilidade.

Quando o dano ocorre na modalidade culposa, por negligência tem-se que o indivíduo autor falha em agir com o cuidado que uma pessoa razoável teria em circunstâncias semelhantes. Isso pode incluir falhas em tomar medidas preventivas ou em agir quando necessário.

Em contrapartida, a imprudência ocorre quando o autor do dano age de forma precipitada ou sem considerar as possíveis consequências de suas ações. Isso pode incluir comportamentos arriscados ou perigosos que colocam os outros em risco.

Por fim, a imperícia ocorre quando uma pessoa não possui as habilidades ou conhecimentos necessários para realizar uma tarefa de forma segura e eficaz. Isso pode incluir erros profissionais ou falhas em seguir padrões estabelecidos de prática.

Superadas tais distinções, a seguir, entenda o porquê e em qual dessas modalidades, encaixa-se o profissional da saúde.

3. RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA E O DEVER DE REPARAR

Primeiramente, consoante os ensinamentos de Lima (2012: 19), define-se que erro médico "*é a conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo*".

Em que pese haver essa definição, existem decisões nos tribunais superiores no sentido de que também há erro médico proveniente de condutas dolosas, na modalidade dolo eventual, onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso. Desta feita, os profissionais são punidos com maior severidade, refletindo mais o anseio da sociedade do que uma técnica jurídica racional propriamente dita.

O dever de reparar dos médicos, cirurgiões, dentistas e farmacêuticos – cabendo atentar-se a que decorre de fato próprio – como a de terceiros, tais como equipe hospitalar, enfermeiros e auxiliares, estão previstas no art. 951 do Código Civil de 2002:

> Art.951.O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Consonância aos ensinamentos de Tepedino *et al* (2021), a responsabilidade na modalidade contratual, tem sido considerada de modo prevalente no Brasil, indicando propensão doutrinária e jurisprudencial de maior favorecimento das vítimas de danos. Contrariando os pensamentos dominantes no final do século XIX, foi redigido o Código Civil de 1916, que designava a matéria no âmbito da responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

O instituto legal supramencionado, mencionava em seu art. 1.545, os médicos, cirurgiões, dentistas, farmacêuticos e parteiras aptos para o exercício de suas atividades. Assim sendo, presume-se habilitados "*todo aquele que exercita uma arte, oficio ou profissão*", então decorrendo a presunção de culpa concerne em imperícia na execução das mencionadas atividades. Não podendo, os respectivos profissionais, escusarem-se sob a invocação de ser o dano ensejado por uma causa incidental, já que a eles incubem zelo e vigilância.

No Projeto de Código Civil de 1975, o disposto no art. 1.545 do Código Civil de 1916 foi dispensado. Restou entendido que não havia razão para destacar a imprudência, a imperícia e a negligência do conceito genérico de culpa. Em harmonia com os entendimentos

de Pereira (2018), depreende-se que, regras muito rígidas e específicas podem levar o magistrado ao casuísmo, deixando a vítima sem a devida indenização. Não sendo o juiz um técnico, é comum que surjam dúvidas, fazendo necessário o parecer de um perito, porém a opinião do perito deve ser interpretada com cautela, já que este tende a isentar o colega de profissão (*esprit de corps*) também conhecida como solidariedade profissional. Com exceção dos casos em que a conduta constitui prática delituosa, todas as particularidades da espécie a ser decidida deverão ser atendidas, posto que, o juiz não está vinculado às conclusões da perícia, podendo proclamar a culpa divergindo das conclusões do laudo.

Com a evolução da medicina, assim como de suas técnicas mecânicas, exigiu-se do médico, novos conhecimentos, para que esses pudessem utilizá-las no interesse de seus pacientes. Nessa trilha de progresso, se, por um lado habilita o profissional a aprimorar e desenvolver sua arte, e melhor aplicá-la, por outro, impõe-lhe também deveres não contidos na medicina tradicional. Nas palavras de Pereira (2018: 189), mediante ao avanço tecnológico, abrem-se novas propriedades, momento em que se aliam a "*responsabilidade contratual na medicina de clientela*" com a responsabilidade pelo uso de instrumentos e a responsabilidade por ações de terceiros que colaboram com o médico.

Ademais, ensina França (2017) que, conforme a Medicina avança em suas investigações e conquistas, maiores são os riscos desse desenvolvimento, doravante, mais mister do que nunca, faz-se significação da Ética. Não esporadicamente, alguns médicos dizem saber o que é correto e o que não é. Assim, compete aos Conselhos de Medicina o direito de fiscalizar e disciplinar esses profissionais por meio do Código de Ética Médica. A inobservância dessas regras, sujeitam o infrator a penalidades administrativas e à punição criminal, além do dever de ressarcir o lesado pelos danos sofridos.

Nas palavras de Neto (2019), a responsabilidade médica, no tocante a obrigação – fruto da responsabilidade contratual – pode ser classificada como obrigação de meio, quando o profissional assume a prestação de um serviço usando-se de: prudência, diligência, dedicação e cuidado, de acordo com os recursos de que dispõe para alcançar o objetivo almejado, contudo, não se compromete a obtê-lo. E de resultado, quando o médico se compromete-se em atingir uma meta especifica. Veja:

> a) Obrigação de meio O entendimento doutrinário trata a "obrigação de meio" quando o profissional assume a prestação de um serviço usando todos os meios, ou seja, toda: prudência, diligência, dedicação e cuidado, de acordo com os recursos de que dispõe para alcançar o objetivo almejado; contudo, não se compromete a obtê-lo. […]

> b) Obrigação de resultado A obrigação de resultado ocorre quando há o comprometimento total do médico em atingir uma determinada meta. Caso isso não ocorra, deverá arcar com as consequências, pois não cumpriu com a sua obrigação. As cirurgias plásticas estéticas são os exemplos mais comuns desse tipo de obrigação, pois há o comprometimento do médico de chegar ao resultado pretendido. Outros exemplos ainda, tangentes a tal obrigação, são: exames clínicos radiológicos e assemelhados, e transfusões de sangue. O profissional da Medicina tem a incumbência de atingir o resultado desejado, caso contrário, sua culpa será presumível. (NETO, 2019: 37-38).

Apesar de quase sempre haver divergência de entendimentos, em certo ponto, quanto à obrigação, parece haver harmonia de opiniões. O médico que se propõe a atender um paciente, não fica adstrito a uma obrigação de resultado, salvo em casos de cirurgia estética embelezadora, mas a uma obrigação de meios. Isso importa no entendimento de que, o mencionado profissional não está obrigado a curar o doente, mas sim de fazer o que há de melhor, prestando toda assistência necessária e adequada ao caso. Nas palavras de Neto (2020), resta configurada obrigação de meio quando o profissional assume a prestação de um serviço usando todos os meios, ou seja, toda: prudência, diligência, dedicação e cuidado, de acordo com os recursos de que dispõe para alcançar o objetivo almejado; contudo, não se compromete a obtê-lo.

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.1. **A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas.** Precedentes.2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo.Precedentes.4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado.Precedentes.6. Recurso especial não provido.(REsp n. 1.097.955/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011. Grifo nosso)

Conforme preleciona Tepedino *et al* (2021), ainda que não haja consenso doutrinário, a natureza jurídica da relação existente entre o médico e o paciente, pode ser considerada como uma locação de serviços *sui generis*, associando à prestação remunerada dos serviços médicos um fulcro de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza do acordo. Convictos no conceito de responsabilidade contratual, os autores dividem as obrigações do médico em: cuidados e assistência; abstenção de abusos e desvios de poder; deveres de conselho.

Na tratativa do médico cirurgião, tem-se a regra de que, nenhuma cirurgia pode ser executada sem o consentimento informado do paciente, sendo que, tratando-se de paciente menor de idade, paciente inconsciente ou irresponsável, o termo de consentimento deverá ser lido e assinado por uma pessoa da família. Logo, paira-se alguns questionamentos: O que acontece se o paciente recusa o tratamento? Como fica a situação do médico neste caso? Veja:

> *Quid iuris,* se o doente ou a pessoa responsável se opõe a um tratamento (uma cirurgia, por exemplo) e o médico tem de resolver como sendo o adequado ao caso? Se o resultado é satisfatório, tudo bem. Sobrevindo a morte, como incriminar o médico, por ter atendido à recusa ou por ter contrariado o enfermo? A conclusão é difícil, parecendo que a opinião de Aguiar Dias é de bom alvitre: se o tratamento é "legalmente compulsório" o médico tem o dever de adotá-lo. Por outro lado, em situações emergenciais, o médico não pode aguardar o pronunciamento dos interessados, sabendo que toda demora implica agravamento do risco. **Tem de assumir o tratamento, como técnico que é, de profissão. Cabe ao juiz, inclusive ouvindo parecer de um perito, decidir se o médico deveria assumir os riscos e agir, ou se podia curvar-se à deliberação dos leigos, tendo ciência de que o tratamento era indispensável.** Em princípio, as questões puramente técnicas estão a cavaleiro da apreciação judicial, seja em termos puramente científicos, seja em referência à oportunidade de sua realização. Em linha de princípio, todavia, a recusa de tratamento, ou de cuidados que poderiam evitar ou atenuar os efeitos danosos, tem de ser devidamente considerada. Malaurie e Aynès testemunham que a jurisprudência francesa faz uma distinção: se os cuidados são penosos ou aleatórios, a vítima (no caso o paciente) tem o direito de os recusar; em caso contrário, se não são graves nem arriscados, é a pessoa que lhes assume os riscos e as consequências. (PEREIRA, 2018: 194 e 195, grifo nosso).

Tal entendimento compatibiliza-se, também, com o entendimento de Gonçalves (2020) abrindo brechas a outras indagações, são os problemas envolvendo situações em que o doente é levado ao nosocômio e este se recusa a recebê-lo, ou retarda o atendimento, e o resultado é fatal. Resta configurado falta por omissão. Sabe-se que, que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, conforme reza o art. 14, § 4°, do CDC, "*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*".

A partir disto, outra questão é suscitada: de quem seria a culpa, do hospital, do médico, ou de ambos? De antemão, amoldando-se ao entendimento de Gonçalves (2020), deve-se analisar o seguinte, se o médico apenas se utiliza do hospital e com este não matem vínculo algum, a responsabilidade é pessoal. Em casos onde o médico é vinculado ao nosocômio, seja por uma relação de emprego, seja por meio da equipe hospitalar, o hospital é civilmente responsável.

Para que seja exequível a condenação do hospital ou de um médico faz-se necessário a identificação, clara e precisa, de como e de que forma eles teriam contribuído com o dano suportado pelo paciente.

A culpa é um dos pilares da responsabilidade civil no direito brasileiro. Ela se insere entre os quatro requisitos que devem coexistir para que reste configurada a responsabilização civil, sob pena de impossibilidade da caracterização do direito à indenização. Em consonância aos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2016), além da culpa, os outros requisitos são: o dano suportado pelo pretendente à indenização; a conduta ilícita por ação ou omissão do agente; o nexo causal entre o dano que o objeto ensejador do ressarcimento e a conduta daquele que atribuiu a responsabilidade.

A princípio, é essencial a análise da forma na qual o serviço foi prestado. Quando o paciente contrata o serviço médico junto ao hospital, haverá clara relação de consumo, onde o indivíduo é consumidor e o hospital é o prestador de serviços, utilizando a mão de obra do profissional que, neste caso, é o médico. Tal alegação são previstas nos arts. 2º e 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor de 1990:

> Art. 2°. **Consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> Art. 3°. **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos **ou prestação de serviços**.
> §2°. **Serviço** é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Grifo nosso).

O nosocômio é o legitimado a estar no polo passivo – objetivamente responsável – em caso de desvios dos meios empregados pelo médico e, sobretudo, por compilações decorrentes das instalações e dos serviços prestados pela equipe multiprofissional. O profissional também pode ser demandado, mas será uma opção do consumidor, tratando-se de uma verdadeira legitimidade passiva concorrente disjuntiva.

Ainda, nas palavras de Gonçalves (2020), é valido lembrar que também podem ocorrer erros na modalidade culposa em decorrência da negligência de outros funcionários. Neste caso, responderá o nosocômio pela negligência de seus colaboradores, em conjunto, surge o direito de regresso contra o agente, que responderá por imprudência, negligência ou imperícia.

3.1. Responsabilidade Civil Médica por Erro Profissional e por Erro de Diagnóstico

Seguindo a mesma linha de raciocínio que Tartuce (2018), resta entendido que há erro profissional quando a conduta médica é correta, todavia a técnica empregada é incorreta. Isso implica dizer que a falha foi humana, visto que os médicos erram porque são pessoas, é o preço que se paga pela habilidade de pensar e agir, por esse motivo podem ser escusáveis. Em contrapartida, sendo o erro decorrente da conduta médica, passa-se então ao chamado erro de diagnóstico, haja que vista que, por negligência, imprudência, ou imperícia o médico não conseguiu determinar, de forma precisa e eficiente, a moléstia que acometerá o paciente.

Os erros podem ocorrer em qualquer profissão, porém, ao se tratar do médico, pelo fato de lidar com a vida, o seu erro muitas vezes pode ser dramático, embora em algumas situações seja este escusável, ou seja, sendo escusável, o médico não responderá pelo erro.

Longinquamente, ensina Neto (2019) que, em regra, o médico fechava um diagnóstico pelo exame clínico realizado diretamente no paciente. Atualmente, além do exame clínico realizado pelo profissional, o paciente é submetido a uma série de exames, objetivando-se assim, um diagnóstico preciso. Todavia, na rede pública, em razão da alta demanda, o paciente espera durante muito tempo para obter o resultado do exame, o que pode acarretar o agravamento da doença.

Não obstante, ainda em consonância com Neto (2019), quando o atendimento é realizado por meio de convênios e planos de saúde, também podem ocorrer problemas, haja vista que em muitas das vezes o médico é pressionado para que solicitem o mínimo de exames. Assim, torna-se cristalina tamanha a probabilidade de ocorrerem erros de diagnóstico, sendo que, nestes casos, restando evidenciada a negligência ou imprudência do profissional, este deverá ser responsabilizado.

Alguns renomados doutrinadores esboçam posicionamento contrário: Nunes (2009: 229 e 230), em sua brilhante obra "*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*" e também Pamplona Filho (2010: 400 – 402) em seu feito "*Programa de responsabilidade civil*", porém, não é o entendimento que vem prevalecendo.

Outra forma, também aplicável, de contratação é aquela em que o paciente procura diretamente os serviços do médico, não o hospital, para a realização de um procedimento. Neste caso, mediante a ocorrência de qualquer erro, os atos são designados como sendo "*Atos essencialmente médicos*". Também será aplicado o Código de Defesa do Consumidor, mas de forma distinta. Verificado que o médico não possui vínculo algum com o

nosocômio, aplicar-se-á regra do art. 14, § 4°, do CDC, conforme mencionado anteriormente. Veja o entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

> APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. RECONHECIDA A LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA RÉ SOCIEDADE SULINA DIVINA PROVIDÊNCIA. **DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. FALHA NOS ATENDIMENTOS PRESTADOS PELOS MÉDICOS NO PÓS-OPERATÓRIO PELA DEMORA DE DIAGNÓSTICO DA COMPLICAÇÃO CIRÚGICA ENFRENTADA PELO AUTOR (SÍNDROME COMPARTIMENTAL). AFASTADA A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS DANOS ENFRENTADOS.** DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS REDUZIDO. 1. O demandante objetiva a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais, estéticos e morais. Para tanto, funda a sua pretensão no fato de ter desenvolvido Síndrome Compartimental por conta do réu José, supostamente, ter incorrido em falha pela ausência de atendimento prestado após a cirurgia por ele realizada. Ainda, argui que a alta hospitalar realizada pelo réu Luis foi prematura, bem como, de forma genérica, que o atendimento prestado pelos profissionais do Hospital demandado contribuiu para os danos elencados. 2. **Deve ser afastada a ilegitimidade passiva da Sociedade Sulina Divina Providência - Hospital Divina Providência. Salienta-se que, embora os médicos réus não possuam relação de emprego ou preposição com o nosocômio, uma vez que ocorrida as... cirurgias elencadas na inicial no interior do hospital, bem como ter sido o autor atendido, após a cirurgia, por enfermeiros e técnicos de enfermagem por ele disponibilizados, legítimo o hospital para figurar no polo passivo da presente demanda. 3. A responsabilidade civil dos hospitais pelos danos causados ao paciente por ato de seus funcionários é objetiva e, no caso em análise, limita-se aos serviços disponibilizados quando da sua internação. Ao passo que a responsabilidade civil do médico é subjetiva. No caso, o erro médico foi constatado em perícia judicial e está corroborado nos demais documentos e alegações trazidas, em especial, pela parte demandada, ensejando o dever de indenizar pelos médicos réus, de forma solidária. 4. Quanto à responsabilização solidária do Hospital pretendida pela parte autora, embora reconhecida a sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, tem-se que incabível a condenação recair também sobre o nosocômio. Isso porque a responsabilidade do Hospital limita-se aos serviços por ele prestados, o que não se confunde com o atendimento prestado pelos médicos, especialmente porque, no caso em análise, estes sequer possuem vínculo com o nosocômio.** E, uma vez inexistente qualquer falha no serviço prestado pelo Hospital, eis... que o atendimento fornecido pelos enfermeiros e técnicos de enfermagem não foram apontados pela perícia como defeituosos, bem como ponderando-se que o diagnóstico da complicação cirúrgica enfrentada pelo autor deve ser realizado exclusivamente pelos réus, sendo somente estes os responsáveis e competentes para averiguação e identificação da síndrome compartimental, afasta-se a responsabilidade do hospital no caso em análise. 5. Quanto aos danos materiais, impõe-se a manutenção da sentença que condenou solidariamente os demandados ao pagamento da diferença de valores entre a remuneração que recebia o demandante quando em atividade e o montante que percebeu do INSS a título de auxílio-doença). Isso porque restou incontroverso no feito que o autor percebeu o referido benefício previdenciário e, uma vez constatado que houve erro médico no tratamento pós-cirúrgico do demandante, o que levou à demora no seu restabelecimento e retorno à atividade laborativa, cabível a indenização por danos materiais estabelecida na sentença. 6. Os danos morais indenizáveis são in re ipsa e para a sua quantificação devem ser observadas a gravidade da conduta ilícita, a intensidade/extensão do dano e a duração das consequências, assim como a condição sócio-econômica das partes e o dúplice

> caráter da medida (pedagógico e compensatório), além dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. No caso concreto, impõe-se a redução do quantum indenizatório arbitrado a título de danos morais na Origem para a quantia de R$ 15.000,00, em observância aos elementos acima referidos, bem como para possibilitar a efetividade do julgamento. Vencidos, no ponto, os Desembargadores Luís Augusto Coelho Braga e Jorge Luiz Lopes do Canto. 8. A despeito do resultado do presente julgamento, desnecessária eventual redistribuição do ônus sucumbencial, devendo ser mantida a decisão recorrida no ponto. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70080205982, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 14/06/2019) grifo nosso.

Nesse mesmo diapasão, França (2017) preleciona que a responsabilidade civil do Estado nos serviços custeados por meio do SUS, provavelmente é a mais intrigantes das hipóteses. Isso porque, em casos como esse, faz se importante ressaltar que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ficará afastada, uma vez que o custeio dos procedimentos se dá por meio da via tributária e o regime adotado é o administrativo. Acerca deste assunto, veja-se o entendimento jurisprudencial:

> RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚM. 284/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.AUSÊNCIA. MORTE DE PACIENTE ATENDIDO EM HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INDIVISÍVEL E UNIVERSAL (UTI UNIVERSI). NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. ART. 1º-C DA LEI 9.494/97. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ALEGADA MÁ VALORAÇÃO DA PROVA. CULPA DOS MÉDICOS E CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. JULGAMENTO: CPC/15.1. Ação de compensação de dano moral ajuizada em 06/09/2011, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, interpostos em 16/03/2018, 10/04/2018 e 13/04/2018, e atribuídos ao gabinete em 25/10/2018.2. O propósito recursal consiste em decidir sobre: (i) a prescrição da pretensão deduzida, relativa à responsabilidade civil dos médicos pela morte do paciente, em atendimento custeado pelo SUS; (ii) a valoração da prova quanto à culpa dos médicos e à caracterização do dano moral; (iii) o valor arbitrado a título de compensação do dano moral.3. Os argumentos invocados pela recorrente não demonstram como o Tribunal de origem ofendeu os dispositivos legais indicados, o que importa na inviabilidade do recurso especial (súm. 284/STF).4. É inviável o recurso especial em que não se aponta violação de qualquer dispositivo infraconstitucional (súm. 284/STF).5. A mera referência à ocorrência de omissão e contradição, sem demonstrar, concreta e efetivamente, em que consistiriam tais vícios, não é apta a anulação do acórdão por negativa de prestação jurisdicional.6. Segundo estabelecem os arts. 196 e seguintes da CF/1988, a saúde, enquanto direito fundamental de todos, é dever do Estado, cabendo à iniciativa privada participar, em caráter complementar (art. 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990), do conjunto de ações e serviços que visa a favorecer o acesso universal e igualitário às atividades voltadas a sua promoção, proteção e recuperação, assim constituindo um sistema único – o SUS –, o qual é financiado com recursos do orçamento dos entes federativos.7. A participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde se formaliza mediante contrato ou convênio com a administração pública (parágrafo único do art. 24 da Lei 8.080/1990), nos termos da Lei 8.666/1990 (art. 5º da Portaria nº 2.657/2016 do

> Ministério da Saúde), utilizando-se como referência, para efeito de remuneração, a Tabela de Procedimentos do SUS (§ 6º do art. 3º da Portaria nº 2.657/2016 do Ministério da Saúde).8. **Quando prestado diretamente pelo Estado, no âmbito de seus hospitais ou postos de saúde, ou quando delegado à iniciativa privada, por convênio ou contrato com a administração pública, para prestá-lo às expensas do SUS, o serviço de saúde constitui serviço público social.9. A participação complementar da iniciativa privada - seja das pessoas jurídicas, seja dos respectivos profissionais - na execução de atividades de saúde caracteriza-se como serviço público indivisível e universal (uti universi), o que afasta, por conseguinte, a incidência das regras do CDC.**10. Hipótese em que tem aplicação o art. 1º-C da Lei 9.494/97, segundo o qual prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.11. Não há como alterar as conclusões do Tribunal de origem, relativas à configuração da conduta culposa dos médicos e à caracterização do dano moral, sem o vedado reexame de fatos e provas (súmula 07/STJ).12. As circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da condenação a título de compensação por dano moral são de caráter personalíssimo, de modo que, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos serão sempre distintos, o que impossibilita a comparação para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas. Precedentes.13. Entre os acórdãos trazidos à colação, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência (arts. 1.029, § 1º, do CPC/15 e 255, § 1º, do RISTJ).14. Recurso especial de JOSÉ ARNALDO DE SOUZA e RITA DE CASSIA MORAIS DE MENDONÇA não conhecidos. Recurso especial de RODRIGO HENRIQUE CANABARRO FERNANDES conhecido e desprovido. (REsp 1771169/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 29/05/2020, g.n.) Grifo nosso.

Mas, de todo modo, por se tratar de serviço público, incidirá a responsabilidade objetiva do Estado, embora em regimes distintos. Quanto ao médico, por se tratar de um profissional que é remunerado pelo erário, poderá então, ser considerado agente público, por conseguinte, responderá de forma subsidiária, por meio de ação de regresso. É o que reza o art. 37, §6°, da Constituição Federal de 1988:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **assegurado o direito de regresso** contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Grifo nosso).

Em suma, vale lembrar que, existem situações em que os defeitos não são causados pelo médico e tão pouco, pelo nosocômio, mas, sim em decorrência exclusiva de um agir do próprio paciente. Tal situação está prevista no art. 14, § 3°, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, "*O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*". Quando o dano existe por culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade do agente é excetuada, é o que preleciona Gonçalves (2018). Nas palavras de Sanseverianо (2002: 271), "*O fato exclusivo imputável ao*

consumidor quebra o nexo de causalidade entre o defeito e o evento lesivo.". Assim sendo, deve-se compreender que:

> **O médico não tem um poder absoluto sobre o paciente, não tem sobre ele poder de coação**. O paciente tem a obrigação de colaborar, definida como o dever de revelar todos os sintomas da doença, assim como outras indicações pertinentes, submeter-se aos cuidados com docilidade, seguir as orientações do médico durante as várias fases do tratamento e da convalescença e receber cuidados complementares, se necessários**. É claro que a atitude do paciente não é neutra em relação ao resultado do tratamento.** Não se pode dizer, portanto, que o paciente é inteiramente passivo em relação ao médico e que este tem a condução absoluta das ações de saúde. (FOSTER, 2002: 71 e 72, grifo nosso).

Como visto, restando identificados a culpa e o nexo causal, fica concretizada a obrigação de indenizar o paciente/vítima pelos danos suportados. Ressalta-se ainda que, nos casos em que esse último elemento – nexo causal – não restar claramente identificado, grandes serão as chances de ocorrer a responsabilização civil pela perda de uma chance.

Veja se a seguir, a tratativa que os doutrinadores e os Tribunais atribuem à Teoria da Perda de uma Chance em relação às demandas indenizatórias, quando resta caracterizada a responsabilidade médica.

3.2. Teoria da Perda de uma Chance

Em consonância com os entendimentos de Tepedino (2021) a teoria da perda de uma chance surgiu a partir da conjectura da culpa, como forma de amenizar as dificuldades da vítima em provar o erro médico e, em que pese não possua o condão de transformar a responsabilidade do médico em objetiva, reveste-se do poder da presunção de culpa contra o profissional e a favor da vítima. Veja:

> Essa teoria nasceu em face da dificuldade de a vítima proceder à prova do nexo causal – e, por consequência, da mensuração do dano indenizável –, principalmente quando o evento danoso se achava cercado de incontáveis condições, como nos casos de responsabilidade médica. Neste campo, surgem os chamados "danos passivos", que ocorrem não pela ação direta e ativa dos profissionais atuantes, mas sim, quando na relação do médico e seu paciente, pelas omissões ou erros de diagnósticos no tratamento do paciente que fica privado dos cuidados adequados. Tepedino (2021: 165 e 166).

A teoria da perda de uma chance abrolhou, então, para que se pudesse aprimorar, nos casos mais infaustos, os obstáculos impostos pela prova do nexo de causalidade que

constituía, na maioria das vezes, uma barreira quase intransponível, a afastar a vítima do seu direito de indenização. O juiz pode utilizar-se dessa teoria, como uma maneira de se livrar da incerteza que paira sobre o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano produzido, no intuito de conceder uma indenização parcial e justa baseada no grau de probabilidade de o fato de ter, efetivamente, provocado o dano, baseada, portanto, em uma ideia de causalidade parcial.

Teve sua origem atribuída, principalmente, ao direito francês (*perte d'une chance*), Silva (2013) ensina que, durante o século XIX, mais precisamente no ano de 1889, quando a Corte de Cassação francesa deferiu indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que eliminou todas as possibilidades de êxito, mediante o procedimento normal. Este é o exemplo mais antigo, encontrado na jurisprudência francesa, acerca da utilização do conceito de dano pela perda de uma chance.

No século XX, na década de 60, conforme menciona Savi (2012), após passar por diversas discussões doutrinarias na França, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, a existência de um dano diverso do resultado final, passou a ser defendido, o da perda de uma chance. Por conseguinte, teve início o desenvolvimento de uma teoria especifica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não mais pela perda da própria vantagem. Fez-se uma diferenciação entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.

Mais adiante, Neto (2003: 53) preleciona que, inaugurou-se, também na França, a primeira jurisprudência acerca da perda de uma chance, julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação, reapreciado pela Corte de Apelação de Paris, em 17/07/1964. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado, no ano de 1957. Restando entendido em 1ª instância que, entre o erro médico e as graves consequências de invalidez do menor não se podia estabelecer, de forma precisa, um nexo de causalidade. Assim a corte de Cassação estabeleceu que: "*Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade*". Tal entendimento foi acolhido fundamentando-se que, o médico poderia ter agido de modo diverso, e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.

Tartuce (2019) deixa entendido que, a perda de uma chance resta configurada no momento em que o paciente vê a frustrada a sua expectativa ou, ainda, visualiza a frustração de uma oportunidade futura, que, dentro da razoabilidade, seria concretizada se as coisas seguissem seu curso normal. Faz-se relevante destacar que, essas chances devem ser reais. Contemple:

> A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, 'a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada'. Os ordenamentos da *Common Law* também demonstraram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas. Em *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor requeria a existência da perda de uma chance 'substancial'. A decisão citada, com rara ousadia, chega a afirmar que as demandas das vítimas que perderam menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encaradas com rigor redobrado, já que demandas de natureza especulativa não devem ser encorajadas. (PETEFFI *apud* TARTUCE 2019: 655).

Em que pese, no direito pátrio, não haver previsão expressa acerca da responsabilização civil pela perda de uma chance, essa teoria tem conquistado, cada vez mais, a atenção dos tribunais. Farias (2017: 800 e 801) aproveita para defini-la como sendo a: "*indenizabilidade da chance perdida*". Ele continua explicando, de maneira mais especifica, que: "*se alguém destrói a chance – razoável e real, não imaginativa ou fictícia – de outrem, a teoria poderá ter lugar.*".

O primeiro julgado no Brasil que aludiu esta teoria, foi na década de 90. Trata-se de um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo então relator do processo, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que negou acolhimento a tese de aplicação da referida teoria. A ação tratava de uma indenização de danos ocasionados por erro médico. Segue a ementa:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990).

A autora havia sido submetida a uma cirurgia para a correção de miopia da qual resultou uma hipermetropia, além de cicatrizes na córnea causando névoa no olha submetido a cirurgia. A partir da análise das provas, o Tribunal chegou à conclusão que os danos acarretados tinham intrínseca relação com erro cometido pelo médico cirurgião. Por conseguinte, não teve espaço para que se encaixasse a responsabilização civil pela perda de

uma chance, já que restou estabelecido o nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e dano final.

Ao verificar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico, a terceira turma do STJ consignou, com base nos precedentes do tribunal que, a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas de cura do paciente. Relacionado ao assunto veja:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 6. **Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica**. 7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado.(REsp n. 1.662.338/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 2/2/2018.). Grifo nosso.

Entretanto, ao analisar o caso da morte de um indivíduo de 21 anos, os ministros entenderam que a perda de uma chance remota ou improvável de recuperação da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez de permanecer internada, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando reconhecido pelo tribunal de segunda instância que a paciente era saudável, a conduta do médico não foi causa suficiente para sua morte, e a natureza do óbito é um dado raro e extraordinário na medicina. Não foi possível concluir que, houve erro crasso passível de caracterizar o insucesso de uma chance real e concreta de sobrevida da vítima.

Quanto ao princípio supramencionado e sua aplicabilidade aos casos em que restam configurados danos morais ou danos matérias, veja qual é o entendimento doutrinário:

> (...) não há dúvidas que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um "agregador" do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo exclusivamente moral. (SAVI, 2006: 53).

Laborioso revela o embate doutrinário no que diz respeito à delimitação da natureza jurídica da perda de uma chance dentro das categorias dogmáticas existentes no ordenamento jurídico. O questionamento gira em torno do enquadramento da chance perdida como espécie de dano patrimonial (dano emergente ou lucro cessante), dano extrapatrimonial (dano moral), ou, ainda, como uma terceira espécie de dano indenizável, gozando, portanto, de autonomia em relação aos demais. Há quem considere o dano pela chance perdida como sendo tão somente extrapatrimonial, diante da dificuldade de se atribuir valor material à oportunidade frustrada.

De outro norte, não raras vezes o dano pela chance perdida é visto como um dano patrimonial, pertencendo, inclusive, à categoria dos lucros cessantes ou danos emergentes, sendo este último o posicionamento de grande parte dos doutrinadores. Não obstante, há entendimentos de que o referido dano constituiria uma terceira espécie de dano patrimonial, não se enquadrando em nenhuma categoria já existente no ordenamento pátrio.

Embora renomados doutrinadores como, Carnaúba (2013) e Cavalieri (2014), enxerguem que a teoria possui natureza jurídica classificável como sendo de danos emergentes, em sentido contrário, e não menos relevante, Dias (2006) apud Savi (2009), encontra dificuldades na quantificação do dano decorrente da chance perdida, e isso se dá pelo fato de inserir a perda da chance no conceito de lucro cessante. Divergindo desses, por residir no terreno das probabilidades, há quem entenda ser impossível adequar o dano proveniente da chance perdida às noções preestabelecidas do dano emergente e lucro cessante. Carrá, adepto a esta natureza jurídica, preleciona:

> Não se deve confundir a perda da chance com o dano efetivo, embora de ocorrência ou aparição futura. Neste último caso, não há lugar para se falar em perda de chances, pois o que se indeniza é o dano visivelmente constatado, não obstante sua aparição existencial venha a se dar em momento posterior. Indeniza-se com fundamento na regra padrão. Assim, o que se indeniza na responsabilidade por perda de chance, outra coisa não é senão a própria chance perdida em sua expectativa probabilística. (CARRÁ 2015: 249).

A natureza jurídica da perda de uma chance, apesar de controversa, é facilmente distinguível do lucro cessante. Reza o art. 402 do Código Civil de 2002 que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Enquanto a perda de uma chance é observada quando há uma expectativa provável de ganho, e esta é perdida por uma conduta ilícita. Indeniza-se assim, a expectativa provável do ganho, e não o ganho em si, ou seja, apura-se a probabilidade que o agente lesado possuía de obter o lucro, e indeniza-se tal probabilidade. Enquanto o lucro cessante indeniza os lucros que, de maneira certeira, sucederiam, a perda de uma chance indeniza apenas a probabilidade ou chance de determinado ganho, que não mais advirá.

Sucintamente, reflete-se que, o magistrado pode amparar-se da teoria da perda de uma chance para desincumbir-se do peso que eventualmente venha pairar acerca do nexo de causalidade entre o fato ilícito e dano resultante, ainda mais quando o assunto envolve a relação médico e paciente. Isso, no intuito de conceder uma indenização parcial e justa, baseada no grau de probabilidade de, efetivamente, o fato ter provocado o dano.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por um prolongado tempo a Medicina ignorou o Direito, assim como o Direito ignorou a Medicina. Embora houve e ainda há casos que representam ignorância entre elas, é possível notar que mais recorrentes são os encontros que os desencontros entre essas duas matérias, restando notável saber que, neste caso, a Medicina não vai lidar diretamente com a vida e a saúde, mas sim com as evidências, colocando-se à disposição do direito. Conforme consta dos papiros da época, a perícia médico legal foi atribuição do Estado desde o tempo dos egípcios, apesar da dúvida que pairou acerca do aparecimento gradual dos regulamentos durante longo período assim como de sua origem.

A Medicina Legal pode ser compreendida como uma contribuição tecnológica, por parte da Medicina e de outras ciências afins, para com o Direito, no tocante a elaboração de leis, administração judiciária e consolidação da doutrina. Um conjunto de conhecimentos médicos e paramédicos destinados a servir ao Direito, assim, cooperando na elaboração, auxiliando na interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais, no seu campo de ação de Medicina aplicada.

Por conseguinte, surgem os assuntos referentes as indenizações, sendo que, com o passar das décadas a sociedade vem se modernizando em razão dos fenômenos ocorridos. Assim sendo, o referido cenário incitou no surgimento e extroversão de novos danos indenizáveis, visando a reparação dos prejuízos injustamente suportados pela vítima, mediante a responsabilização civil do médico.

Como visto, em que pese prevalecer a relação na modalidade contratual, o médico não fica adstrito a uma obrigação de resultado para com o paciente (salvo em casos de cirurgia plástica estética), mas a uma obrigação de meios. Isso importa no entendimento de que, o mencionado profissional não está obrigado a curar o doente, mas sim de fazer o que há de melhor, prestando toda assistência necessária e adequada ao caso.

Assim sendo, resta entendido que a responsabilização do médico ou do nosocômio, por eventuais danos, somente ocorrerá quando for possível identificar, de maneira clara e precisa, de como e de que forma eles teriam contribuído com o dano suportado pelo paciente. Não obstante, vale ressaltar que além da identificação da contribuição para o dano, também é necessário a demonstração de possíveis atitudes – medidas e providencias – que se iniciadas de forma tempestiva, teriam possibilitado êxito. É o prelecionado pelo Código de Defesa do Consumidor, exceto em casos onde o SUS (Sistema Único de Saúde) encontra-se

envolvido, uma vez que o custeio dos procedimentos se dá por meio da via tributária e o regime adotado é o administrativo, sendo que a responsabilidade é do Estado e na modalidade objetiva.

Tais alusões, leva ao entendimento de que a responsabilidade civil do médico é geralmente subjetiva, o que significa que é necessário provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Isso pode incluir falhas em seguir padrões médicos adequados, tomar medidas preventivas ou agir quando necessário. No entanto, nem todo resultado adverso em um tratamento médico configura culpa do médico. A jurisprudência dos tribunais tem reconhecido a existência de riscos inerentes aos procedimentos médicos, e que o médico não pode ser responsabilizado por danos causados por esses riscos.

Assim, restando comprovado que o médico agiu com culpa e causou dano ao paciente, aquele pode ser responsabilizado civilmente pelos danos causados. A compensação geralmente é feita por meio de indenização, que pode ser pecuniária. Em alguns casos, a responsabilidade civil do médico também pode ser objetiva, como nos casos de responsabilidade pelo resultado, em que se presume a culpa do médico pelo resultado danoso. Nesses casos, o paciente precisa apenas provar o dano e o nexo causal entre a conduta do médico e o dano causado.

Vale ressaltar que o médico tem o dever de informar o paciente sobre os riscos do tratamento, as possíveis complicações e os efeitos colaterais dos medicamentos prescritos. A falta de informação adequada pode configurar responsabilidade civil do médico, especialmente nos casos em que o paciente sofre danos em decorrência da falta de informação.

Deparando-se com a necessidade, assim como com o sentimento de justiça por parte da sociedade, cresce, a cada dia mais o número de judicialização na área medica, aumentando-se a dependência que o Direito tem da Medicina. Dentre vários, tem-se o exemplo dos laudos elaborados por peritos da área, que agregam na identificação da responsabilização do profissional, e ou, hospital. Identificado a culpa e o nexo causal, fica concretizada a obrigação de indenizar o paciente/vítima pelos danos suportados. Ressalta-se ainda que, nos casos em que esse último elemento – nexo causal – não restar claramente identificado, grandes serão as chances de ocorrer a responsabilização civil pela perda de uma chance.

Infere-se que, apesar de a supramencionada teoria não contar com a previsão expressa em nosso ordenamento pátrio, vem conquistando seu espaço nos tribunais brasileiros

por meio de julgados e doutrinas. Podendo o magistrado, quando julgar de direito, valer-se da teoria da perda de uma chance para desincumbir-se da dúvida que eventualmente venha a pairar acerca do nexo de causalidade entre o fato ilícito e dano resultante. Ainda mais, quando o assunto envolve a relação médico e paciente. Isso, no intuito de conceder uma indenização parcial e justa, baseada no grau de probabilidade de, efetivamente, o fato ter provocado dano ao paciente.

Diante de todo o exposto, colige-se que, além da competência técnica, os profissionais de saúde devem ter um entendimento profundo das implicações legais de suas práticas. A responsabilidade civil médica se baseia em princípios de negligência, imprudência ou imperícia. Negligência ocorre quando o profissional não toma as devidas precauções ou cuidados, imprudência se refere à falta de cautela ao realizar um procedimento, e imperícia é a falta de habilidade técnica necessária para executar determinada tarefa.

Esses conceitos jurídicos exigem que os médicos estejam cientes não apenas das práticas clínicas, mas também das normas e regulamentos que regem a medicina. Ignorar essas obrigações legais pode resultar em processos judiciais, perda da licença médica e danos à reputação profissional. Uma comunicação clara e transparente com os pacientes é fundamental. Isso inclui explicar diagnósticos, opções de tratamento, possíveis riscos e benefícios, e obter o consentimento informado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil.** 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: natureza jurídica e quantificação do dano.** Curitiba: Juruá, 2015.

BITTAR, Neusa. **Medicina Legal e Noções de Criminalística.** 10ª ed. Indaiatuba-SP: Foco, 2021.

BITTAR, Neusa. **Medicina Legal e Noções de Criminalística.** 7ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2018.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dono: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil ou preventiva por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.

CARVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de responsabilidade civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; JR, Zulmar Duarte de Oliveira; ROQUE, Andrea Vasoncelos. **Comentários ao CPC de 2015: parte geral.** São Paulo: Forense, 2022.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FLICK, Uwe. **Introdução à metodologia de pesquisa: um guia para iniciantes**; tradução: Magda Lopes; revisão técnica: Dirceu da Silva. Porto Alegre: Penso, 2013.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

FORSTER, Nestor José. **Erro Médico.** São Leopoldo: Unisinos, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil.** V.3. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 : parte geral.** São Paulo : Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** V. 4. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia cientifica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro Médico e responsabilidade civil.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência.** 2ª ed.- São Paulo: Atlas, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** V.7. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY, Júnior Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **A responsabilidade civil do médico. Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito fundamental à saúde.** V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Daniel Carlos. **Direito médico: à luz da doutrina e jurisprudência para Médicos e Residentes.** 3ª ed. Revista, Atualizada e Ampliada: Motres, 2019

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentarios ao código de defesa do consumidor.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2ª ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade Civil.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil-** São Paulo: Atlas, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de T. Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline M. Valverde; GUEDES, Gisela S. da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil.** V.4. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.