

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Daniela Pezzini¹

Carlos Henrique Malmann²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA. 4 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO. 4.1 ERRO MÉDICO. 4.2 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DO MÉDICO. 5 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 5.1 A ANÁLISE DA PROBABILIDADE E O QUANTUM DEBEATUR. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo estudar a responsabilidade civil dos médicos, quando a conduta destes profissionais é ocasionada pela má prestação de seus serviços. Analisa-se conjuntamente a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, notadamente nos casos em que o profissional médico age com erro no seu campo de atuação. O tema se mostra ainda muito discutido na esfera jurídica da responsabilidade civil, pois o profissional médico é responsabilizado pela responsabilidade subjetiva prevista no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, a qual é considerada exceção do referido Código, sendo necessária a comprovação da culpa. Dessa forma, será analisada a responsabilidade civil, bem como seus elementos e a forma para responsabilizar o profissional liberal (médico). O artigo científico foi elaborado utilizando-se o método de abordagem dedutivo, por meio do procedimento histórico e analítico, e através da pesquisa documental indireta, com o auxílio bibliográfico e interpretação jurisprudencial que visa à efetivação da aplicação da teoria da perda de uma chance quando ficar demonstrado que o médico agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia), hipóteses em que o erro médico tenha reduzido possibilidades concretas e reais da cura do paciente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Médico. Teoria da Perda de Uma Chance. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: The present research aims to study the civil liability of physicians, when the conduct of these professionals is caused by the poor provision of their services. The applicability of the theory of loss of a chance is jointly analyzed, notably in cases where the medical professional acts with error in his field of activity. The topic is still much discussed in the legal sphere of civil liability, as the medical professional is held responsible for the subjective liability provided for in art. 14, § 4 of the Consumer Protection Code, which is considered an exception to that Code, requiring proof of guilt. In this way, civil liability will be analyzed, as well as its elements and the way to hold the liberal professional (doctor) accountable. The scientific article was prepared using the deductive method of approach, through the historical and analytical procedure, and through indirect documentary research, with bibliographic assistance and jurisprudential interpretation that aims to implement the theory of loss of a chance when it is demonstrated that the doctor acted with guilt (negligence, recklessness or malpractice), hypotheses in which the medical error has reduced concrete and real possibilities for the patient's cure.

Keywords: Civil Liability. Doctor. Loss of a Chance Theory. Consumer Protection Code.

¹Acadêmica do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga. E-mail: danielapezzini@outlook.com.

²Professor do curso de Graduação em Direito pelo Centro Universitário FAI – UCEFF Itapiranga, E-mail: carlosmallmann@uceff.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um tema de grande relevância no campo jurídico, pois é integrante do direito obrigacional, e, portanto, sua principal consequência é a prática de um ato ilícito acarretando para o autor a reparação do dano, a qual é obrigação de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

Com base na responsabilidade civil do médico, entende-se que esta é subjetiva, devendo ser comprovada a sua culpa, em regra o médico exerce obrigação de meio, cuja qual é responsabilizado pelos meios empregados – pela correta aplicação da técnica, ficando obrigado a desempenhar sua atividade com diligência e prudência, empregando a melhor técnica para o momento. Ainda, o médico responde por atos danosos praticados por terceiros que estão sob suas ordens.

O dever geral de cautela e o saber profissional do médico caracterizam o dever de bom atendimento, assim, é imprescindível que o profissional médico informe ao seu paciente todas as informações da prestação de seu serviço, bem como sobre os riscos que apresentem à sua saúde, informando os riscos do tratamento e dos medicamentos ministrados ao paciente para a sua “cura”.

Destaca-se que o retardamento nos cuidados, provocando no paciente algum dano, pode importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Essa responsabilidade consiste em uma interrupção por um determinado fato antijurídico, de um processo que proporcionava ao paciente a possibilidade de vir a obter no futuro algo benéfico para à sua saúde, e que por essa conduta do médico a oportunidade ficou irremediavelmente destruída, frustrando a chance da pessoa em obter uma vantagem no futuro.

A perda de uma chance aplicada à atividade médica ficou conhecida como a teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Entende-se por chance a probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda, portanto verifica-se cada caso se o resultado favorável seria razoável, ou se fosse apenas uma mera possibilidade. Por sua vez, a indenização deve se dar pela perda da oportunidade de obter uma vantagem, ou seja, o que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento do paciente.

Desta forma, cumpre verificar qual é a viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à aplicação da teoria da perda de uma chance na

responsabilidade civil por erro médico, com base nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O tema da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor é tratado de maneira incomum, estando, portanto, bastante afastado do modelo do Código Civil Brasileiro, que tem seu principal pilar no reconhecimento da culpa. A responsabilidade civil possui basicamente dois objetivos primordiais, que são: o seu caráter pedagógico e preventivo e a sua condição de meio pelo qual é obtido o ressarcimento, a compensação decorrente de algum ato ou fato.³

Carlos Roberto Gonçalves descreve a responsabilidade civil como “fato social, destinada a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano”.⁴ Ou seja, surge para restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil são: a conduta do agente; a culpa; o dano e o nexo de causalidade. A conduta, “vem a ser do ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável”. Dessa forma, a responsabilidade civil pode decorrer de dois tipos de conduta do agente, quais sejam: ação ou omissão.⁵ A ação consiste em uma conduta positiva, enquanto a omissão seria a não realização de um dever jurídico de praticar determinado ato.

A existência da culpa no ato praticado pelo agente era até a entrada do Novo Código Civil imprescindível para a caracterização da responsabilidade de indenizar. Hoje no próprio Código Civil, admite-se a responsabilidade sem que haja a prova da conduta culposa.⁶

³BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo, Valério, Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: Principiologia, conceitos, contratos atuais. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 127

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade civil. 14. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, não paginado.

⁵CAVEDON, Mauro, Venturini. **Pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47878/pressupostos-da-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro#:~:text=56\)%2C%20a%20conduta%2C%20pressuposto,satisfazer%20os%20direitos%20do%20lesado%E2%80%9D](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47878/pressupostos-da-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro#:~:text=56)%2C%20a%20conduta%2C%20pressuposto,satisfazer%20os%20direitos%20do%20lesado%E2%80%9D)>. Acesso em: 30 de set. 2021.

⁶PEREIRA, Antônio, Gaio, Júnior; MELLO, Cleyson, de Moraes. **Código de Defesa do Consumidor comentado**: doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 227 e 228.

Contudo, por se tratar ainda de regra geral para a caracterização da responsabilidade civil, deve-se fazer a distinção entre culpa e dolo. O dolo seria a vontade consciente de cometer um ato ilícito, antijurídico, enquanto a culpa seria a conduta equivocada.⁷

Ou seja, a culpa pode ser revelada através da imprudência (comportamento exagerado, precipitado), da negligência (agente que se omite quando deveria agir ou quando age sem as cautelas necessárias) e da imperícia (atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico que desqualifica o resultado e conduz ao dano).⁸

Em relação ao dano, somente haverá indenização se, antes, for comprovada a ocorrência do dano. O dano deve ser atual e certo, posto que, se for hipotético, não poderá ser indenizado. Sem dano, moral ou patrimonial, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.⁹ O dano material ou patrimonial, como bem define Cavalieri Filho, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como:

O conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciável economicamente, assim o dano patrimonial é suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente, pelo menos indiretamente (por meio de equivalente ou indenização pecuniária). Esse tipo de dano ainda comporta outras ramificações como os danos emergentes – aqueles imediatos, que derivam diretamente da diminuição do patrimônio do lesado. E os lucros cessantes que é a perda de um ganho efetivamente e razoavelmente esperável.¹⁰

Na teoria da perda de uma chance o dano patrimonial é tido como dano emergente. Isto é, no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio da vítima, sendo algo que ela efetivamente perdeu com o ato ilícito e não algo que a vítima deixou de ganhar.¹¹

Outro elemento essencial para a responsabilidade civil é o nexo causal, traduzido na ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. O

⁷PEREIRA, Antônio, Gaio, Júnior; MELLO, Cleyson, de Moraes. **Código de Defesa do Consumidor comentado:** doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 228.

⁸PEREIRA, Antônio, Gaio, Júnior; MELLO, Cleyson, de Moraes. **Código de Defesa do Consumidor comentado:** doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 228.

⁹GAGLIANO, Pablo, Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** Responsabilidade civil. 18. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020, p. 67

¹⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** ed. 10. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77 e 78.

¹¹GONÇALVES, Carlos, Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. vol. 4. ed. 14. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, não paginado.

nexo de causalidade é um dos elementos centrais da responsabilidade civil, pois é com base na causalidade entre o dano e a conduta de alguém que se verifica o dever de indenizar.¹²

3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva é aquela que “independe a análise de culpa do fornecedor”. Encontra-se na teoria do risco, que considera a possibilidade de dano como parte da atividade econômica empresarial, imputando a obrigação da reparação mesmo que não haja configuração da culpa – por negligência, imprudência ou imperícia.¹³

Já a responsabilidade civil subjetiva é aquela que pressupõe a existência de culpa, logo, não havendo culpa, não há de falar-se em responsabilidade, já que a culpa é pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Poderá ocorrer por violação à norma contratual válida (responsabilidade subjetiva contratual) ou em virtude de violação a um dever genérico de conduta (responsabilidade subjetiva extracontratual).¹⁴

4. A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

A responsabilidade civil inerente ao médico é subjetiva, uma vez que é necessária a comprovação de sua culpa. A responsabilidade subjetiva encontra-se como exceção no CDC, e está inserida no art. 14, § 4º da Lei n. 8.078/90, que assim dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.¹⁵

Os médicos gerais desempenham atividade de meio. Maria Helena Diniz conceitua atividade de meio como: “Aquele em que o devedor se obriga somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de serviços para atingir um

¹²FERNANDES, Alexandre, Cortez. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Caxias do Sul: Educ, 2013, não paginado.

¹³AZEVEDO, Ney, Queiroz de. **Direito do consumidor**. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2015, p.45.

¹⁴PEREIRA, Antônio, Gaio, Júnior; MELLO, Cleyson, de Moraes. **Código de Defesa do Consumidor comentado: doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 221.

¹⁵BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Lei nº 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 01 de out. 2021.

resultado, sem comprometimento de se obter esse resultado, ou seja, sua prestação não consiste em um resultado certo e determinado”.¹⁶

Isto é, o profissional não assegura o fim de sua própria atividade, não porque ele não deseja, mas pelo motivo de não poder.¹⁷ A obrigação de meio do profissional limita-se a um dever de desempenho, ou seja, há o compromisso de agir com zelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, mas sem obrigar-se à efetivação do resultado.¹⁸

4.1 Erro Médico

A responsabilidade civil do médico como atividade profissional (liberal ou empregatícia) é subjetiva, sendo que a sua atividade desenvolvida, como regra é a obrigação de meio.¹⁹ A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que é esperado de um bom profissional.²⁰

O erro médico se caracteriza pela falha do profissional no exercício de sua profissão, ocorrendo uma falha na sua prestação de serviços, ocasionada por sua conduta culposa. Na responsabilidade civil o erro médico pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Na ordem pessoal o ato lesivo se dá na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, ou por motivos que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional.²¹

Já na ordem estrutural, o erro faz menção aos meios ou condições de trabalho, as quais se mostraram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma conduta satisfatória pelo paciente.²²

¹⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, não paginado.

¹⁷NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 406.

¹⁸SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Meio ou resultado**: até onde vai a obrigação do profissional liberal. Disponível em: <Meio ou resultado: até onde vai a obrigação do profissional liberal? (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 01 de out. 2021.

¹⁹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 18. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020, p. 288.

²⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. ed. 10. São Paulo: Atlas, 2012, p. 405.

²¹OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>> Acesso em: 29 de set.2021.

²²OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>> Acesso em: 29 de set.2021.

O erro médico deve ter como base aquilo que é feito pelo médico, e não pelo o que o médico tentou fazer. Pois, a falha está na sua prestação de serviços, e por esse motivo deve ser responsabilizado. Todavia, o erro médico deve ser comprovado pelo paciente lesado, devendo provar que houve o dano e que este dano resultou da conduta do médico, o qual agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia).²³

Para melhor compreensão a respeito do erro médico analisa-se a seguinte jurisprudência:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA AUSÊNCIA. [...]. 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. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura do paciente. 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 da cura do paciente, presente o nexo causal. [...]. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde do paciente que recebeu alta hospital, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado. (STJ-REsp: 1662338 SP 2015/0307558-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/12/2017, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe: 02/02/2018).²⁴

Nesse sentido, para que o paciente seja indenizado por um erro médico deverá provar que esse profissional não agiu de acordo com as regras de conduta de sua profissão, e por esse motivo o que ocasionou o resultado lesivo foi fruto de sua ação ou omissão.²⁵

²³OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>> Acesso em: 29 de set.2021.

²⁴SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial: **Resp 0005015-92.2003.8.26.0438 SP 2015/0307558-0**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0>>. Acesso em 29 de set.2021.

²⁵LAMAS, Livia Paula de Almeida. **A responsabilidade civil por erro médico à luz da legislação brasileira**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0>>. Acesso em: 30 de set.2021.

4.2 Natureza Jurídica da Obrigação de Prestação de Serviços do Médico

A prestação de serviços médicos possui natureza jurídica controvertida entre os doutrinadores. Alguns consideram obrigação de meio e outros consideram como obrigação de resultado. No entanto, a maioria dos médicos desempenha atividade de meio, cuja qual é a regra, os médicos que atuam na obrigação de meio não podem assegurar a cura do paciente, já a obrigação de resultado o médico dá ao seu paciente a garantia da obtenção dos resultados almejados.²⁶ Geralmente essa obrigação de resultado se dá em relação aos médicos cirurgiões plásticos, que prometem ao paciente melhoramento em sua aparência física, ou seja, são as cirurgias embelezadora, que devem alcançar o resultado que o paciente deseja.

Conforme Maria Helena Diniz:

A natureza jurídica da responsabilização do médico é de natureza contratual, por haver entre o médico e o paciente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes.²⁷

Partindo do pressuposto de que o profissional realiza a atividade em decorrência de sua atuação, estaremos sempre diante da responsabilidade civil contratual, isso porque, o exercício do ofício pressupõe a interatividade da realização de um negócio jurídico, em que o profissional se obriga a realizar determinada atividade pactuada.²⁸

5. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

²⁶OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>> Acesso em: 30 de set.2021.

²⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, não paginado.

²⁸GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 18. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020, p. 272 e 273.

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida no direito francês e foi importada pelo Direito Civil brasileiro, bem como pela jurisprudência e doutrina. A teoria da perda de uma chance encontra-se ligada entre o lucro cessante e o dano emergente, a fim de indenizar o fato da vítima ter perdido uma chance verdadeira, não sendo admitido uma chance improvável.²⁹

Dessa forma, a teoria da perda de uma chance caracteriza-se pelo fato de uma conduta ilícita (ação ou omissão), assim, essa teria, está lastreada na ideia de probabilidade de que se determinado fato ocorresse ou se estivesse sido evitado, poderia haver uma situação de melhoria para a vítima ou poderia a vítima ter um prejuízo menor.³⁰

Para a aplicação dessa teoria é necessário que haja uma chance séria, real e palpável que o lesado deixou de ganhar, por conta do erro do agente causador do dano, o que se indeniza nessa teoria não é a perda da vantagem, mas sim a perda da oportunidade de auferir tal vantagem.³¹

No que tange à aplicação da teoria da perda de uma chance, há controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro, na responsabilidade civil do médico ocorre a discussão acerca da indenização pela perda da chance de cura ou de melhora do paciente, e também sobre o *quantum* devido a título de indenização.³²

Considerando-se os conhecimentos e tecnologias da ciência, existirão doenças em que o médico nada poderá fazer para salvar o paciente, porém nos casos em que exista possibilidade de cura, o médico deverá atuar contra a enfermidade. Caso a conduta médica ocorrer de forma que impeça a recuperação do paciente, ou retirando

²⁹NETO, Augusto Ribeiro de Gouvea. **Responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma chance.** Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-medica-e-a-teoria-da-perda-de-uma-chance/>> Acesso em 30 de set.2021.

³⁰COSTA, Natália Cristina Siqueira; PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda de uma chance.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-dachance#:~:text=No%20caso%20da%20perda%20de,na%20probabilidade%20que%20foi%20destru%C3%ADda>>. Acesso em: 30 de set.2021.

³¹COSTA, Natália Cristina Siqueira; PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda de uma chance.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-dachance#:~:text=No%20caso%20da%20perda%20de,na%20probabilidade%20que%20foi%20destru%C3%ADda>>. Acesso em: 01 de out.2021.

³²COSTA, Natália Cristina Siqueira; PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda de uma chance.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-dachance#:~:text=No%20caso%20da%20perda%20de,na%20probabilidade%20que%20foi%20destru%C3%ADda>>. Acesso em: 01 de out.2021.

elementos para que enfrente a enfermidade, estaremos diante da perda de cura ou sobrevivência do paciente.³³

5.1 A Análise da Probabilidade e o *Quantum Debeatur*

A indenização envolve o dano, o prejuízo sofrido, e a lesão do patrimônio do ofendido, sendo que para haver a indenização o dano deve ser certo, e não meramente hipotético. Para apuração do *quantum* cabe ao juiz analisar o caso concreto e a partir da certeza irá fixar o valor da indenização.³⁴

Havendo danos à saúde ou a integridade física do paciente, ocasionando um novo tratamento, estes gastos devem ser ressarcidos pelo o ofensor, neste caso a indenização terá um caráter equivalente dos gastos suportado pela vítima. Quando se tratar apenas da perda de uma chance sem os referidos gastos, surge uma lacuna sobre o *quantum* a indenizar. Em virtude dessa lacuna acerca do tema, são poucas as discussões existentes acerca da natureza da reparação no tocante a indenização por chances.³⁵

Para o doutrinador Sergio Savi, há uma fórmula para aplicação do *quantum* indenizatório para ele, deve-se aplicar o resultado final e a probabilidade daquela chance, ou seja, qual era a chance de concretização de tal situação antes de ter ocorrido o evento danoso. Analisando a partir do dano final sobre a probabilidade de obtenção da vantagem esperada.³⁶

No entanto, essa aplicação sugerida por Savi não seria correta, uma vez que não é possível verificar com exatidão o percentual da probabilidade, pois a probabilidade de uma chance é passível de variações. Sendo, empregado à

³³GOLDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria de uma chance.** Disponível em <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 01 de out.2021.

³⁴GOLDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria de uma chance.** Disponível em <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 02 de out.2021.

³⁵GOLDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria de uma chance.** Disponível em <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 02 de out.2021.

³⁶REZENDE, Bruna Gabrielle Maroni. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/23947/23947.PDF>> Acesso em: 02 de out.2021.

probabilidade correspondente ao dano, isto é sempre que constatada a probabilidade de alcançar um benefício é que será possível a reparação da chance.³⁷

6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica buscou enfatizar a importância do profissional médico e a sua atividade desempenhada de forma idônea. Atuando na sua profissão com toda cautela para evitar danos decorrentes da negligência, imprudência ou imperícia. Dessa forma, no que se refere à responsabilidade civil do médico à luz do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que se baseia na teoria subjetiva, ou seja, à necessidade da demonstração de culpa do profissional liberal.

Como mencionado à responsabilização do médico se dá de forma subjetiva, e em regra a sua obrigação é de meio devendo agir com zelo e diligência em busca do melhor resultado, no entanto, o médico não tem o dever de alcançar o resultado, pois não depende apenas do médico, envolvendo vários outros fatores. Há entendimentos jurisprudenciais que tipificam algumas relações de obrigação de resultado, como por exemplo, a cirurgia estética embelezadora. Nessa obrigação o objetivo é o próprio resultado acordado entre o médico e o paciente, sempre que o resultado não for atingido, a obrigação poderá ser compreendida como descumprida, ou seja, quando não coincidir com a expectativa esperada, ou a resposta positiva do paciente, haverá elementos suficientes para responsabilizar o profissional.

No artigo científico abordou-se a teoria por perda de uma chance, utilizando-se o critério para apuração da responsabilidade civil por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais da cura do paciente. Nesta teoria, encontra-se limites, não sendo qualquer possibilidade passível de indenização, a vítima deve demonstrar que havia uma grande probabilidade de conseguir a vantagem esperada.

Com base no Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – Resp. nº 1.254.141 – PR, a Ministra Nancy Andrighi destaca que, para se chegar na

³⁷MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho de. **A quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51274/a-quantificacao-da-indenizacao-na-responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance#:~:text=Portanto%2C%20para%20a%20apura%C3%A7%C3%A3o%20do,concretizar%20antes%20do%20ato%20danoso>. Acesso em: 02 de out.2021.

fixação do *quantum* indenizatório, deve avaliar os critérios como – a chance séria e real, o alto grau de probabilidade de obter a vantagem ou sofrer um prejuízo; o nexo causal entre a ação do profissional e a oportunidade perdida, ressalta-se que a oportunidade perdida não é a vantagem perdida, uma vez que este é hipotético.

A fim de enfatizar a problemática da fixação do *quantum* indenizatório, analisa-se os critérios adotados para fixação do dano moral, assim, a doutrina sugere que sejam analisados o grau de culpa de quem praticou a lesão, a capacidade econômica das partes, as circunstâncias fáticas da ofensa, a intensidade do sofrimento da vítima, as condições sociais e políticas da vítima e do ofensor, dentre outros fatores, devendo ser observado à luz dos critérios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

A teoria da perda de uma chance no que diz respeito ao erro médico indenizável, cujo erro possa ter ocasionado a perda da chance da cura, ou de sobrevivência do paciente, o STJ firmou seu entendimento de que a perda de uma chance é um direito autônomo, respondendo o profissional da medicina pela chance que privou ao paciente. Assim, faz-se necessário um liame objetivo que oferte a chance desejada ao paciente, sendo que a chance deve ser séria e realizável, devendo haver a figura do nexo causal ligado à conduta ilícita do profissional como causa obrigatória à realização do evento danoso, a perda da chance só será possível na esfera da indenização quando der lugar a reparação da lesão procedente de uma oportunidade perdida devido a um erro médico.

Assim, ainda que se denote a ausência de dispositivos legais que mencionem expressamente o dano causado pela perda da chance, tal fato não poderá ser obstáculo para a aplicação desta teoria. Dessa forma, a oportunidade séria e real de obtenção de vantagem ou de expectativa não poderá ser irrelevante pelo magistrado.

Por fim, quanto ao *quantum debeatur*, a indenização não deverá ser equivalente ao da vantagem esperada, pois o que se pretende indenizar não é o dano final, mas sim a chance perdida. Desta maneira, cabe ao juiz ao aplicar o valor da reparação dos danos experimentados pela vítima fazer uma ponderação sobre a chance perdida e a probabilidade de concretização da vantagem esperada.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ney, Queiroz de. **Direito do consumidor**. 1. ed. Curitiba: InterSaberes, 2015.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo, Valério, Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: Principiologia, conceitos, contratos atuais. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Lei nº 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 01 de out. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. ed. 10. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVEDON, Mauro, Venturini. **Pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47878/pressupostos-da-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro#:~:text=56\)%2C%20a%20conduta%2C%20pressuposto,satisfazer%20os%20direitos%20do%20lesado%E2%80%9D](http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47878/pressupostos-da-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro#:~:text=56)%2C%20a%20conduta%2C%20pressuposto,satisfazer%20os%20direitos%20do%20lesado%E2%80%9D)>. Acesso em: 30 de set. 2021.

COSTA, Natália Cristina Siqueira; PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda de uma chance**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-dachance#:~:text=No%20caso%20da%20perda%20de,na%20probabilidade%20que%20foi%20destru%C3%ADda>>. Acesso em: 30 de set.2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Alexandre, Cortez. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Caxias do Sul: Educus, 2013.

GAGLIANO, Pablo, Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 18. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, Educação, 2020.

GOLDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria de uma chance**. Disponível em <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 01 de out.2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil**. 14. ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LAMAS, Livia Paula de Almeida. **A responsabilidade civil por erro médico à luz da legislação brasileira**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0>>. Acesso em: 30 de set.2021.

MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho de. **A quantificação da indenização na responsabilidade civil por perda de uma chance.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51274/a-quantificacao-da-indenizacao-na-responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance#:~:text=Portanto%2C%20para%20a%20apura%C3%A7%C3%A3o%20do,concretizar%20antes%20do%20ato%20danoso>. Acesso em: 02 de out.2021.

NETO, Augusto Ribeiro de Gouvea. **Responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma chance.** Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-medica-e-a-teoria-da-perda-de-uma-chance/>.> Acesso em 30 de set.2021.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico.** Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>> Acesso em: 29 de set.2021.

PEREIRA, Antônio, Gaio, Júnior; MELLO, Cleyson, de Moraes. **Código de Defesa do Consumidor comentado:** doutrina, jurisprudência, legislação, súmulas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 227.

REZENDE, Bruna Gabrielle Maroni. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** Disponível em <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/23947/23947.PDF>.> Acesso em: 02 de out.2021.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial: **Resp 0005015-92.2003.8.26.0438 SP 2015/0307558-0.** Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0>>. Acesso em 29 de set.2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Meio ou resultado:** até onde vai a obrigação do profissional liberal. Disponível em: <Meio ou resultado: até onde vai a obrigação do profissional liberal? (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 01 de out. 2021.