

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PÂMELA DOS PASSOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA TEORIA DA PERDA DE
UMA CHANCE: ERRO NO DIAGNÓSTICO**

Florianópolis
2018

PÂMELA DOS PASSOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA TEORIA DA PERDA DE
UMA CHANCE: ERRO NO DIAGNÓSTICO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

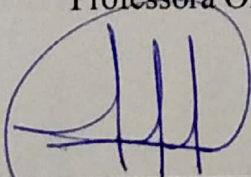
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A responsabilidade civil do médico pela teoria da perda de uma chance: erro no diagnóstico**”, elaborado pela acadêmica **Pâmela dos Passos**, defendido em **05/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

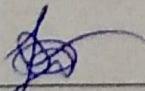
Florianópolis, 05 de dezembro de 2018

embalua

Carolina Medeiros Bahia
Professora Orientadora



Leandro Monteiro Liberal
Membro de Banca



João Matheus de Sousa Andrade
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

E chega ao fim mais uma etapa fascinante de minha vida. Todas as dificuldades, desafios e alegrias foram enfrentados com muita determinação e gratidão. Tudo o que vivi nessa trajetória foi intensa e maravilhosa, mas o caminho percorrido durante todos esses anos não teria sido tão prazeroso se eu não tivesse ao meu lado pessoas incríveis, que tornaram essa parte da minha vida mais leve.

Inicialmente, agradeço imensamente aos meus queridos e exemplares pais, Cláudio e Simone, pilares de minha vida, que sempre fizeram de tudo para que eu pudesse alcançar meus objetivos, bem como nunca mediram esforços para que eu conseguisse realizá-los. Em cada momento meu de fraqueza ou de cansaço, vocês me reergueram e mostraram que devemos ser fortes, lutar pelo o que mais queremos nessa vida e jamais desistir. Me mostraram o verdadeiro significado da palavra amor, carinho e cuidado. Vocês são meus exemplos de luta e superação. Obrigada por tantos ensinamentos e por serem a luz da minha vida, sou eternamente grata por tudo.

Agradeço a minha vó, Maria Anita, que hoje é uma estrela que brilha linda e feliz todas as noites. Ela, com toda sua ternura e paciência, me mostrou que a vida é maravilhosa e vai além das dificuldades que aparecem em nosso caminho. Meu exemplo de fortaleza; também devo a ela todos os ensinamentos sobre luta, caráter e amor. Sou muito grata por ter tido o privilégio de conhecê-la. Apesar da ausência física, que todos os dias me traz saudade, ela sempre está presente comigo em alma e pensamento.

Outro agradecimento especial vai ao meu namorado, Guilherme Granemann, um exemplo de honestidade e determinação, com quem eu tive a felicidade de passar momentos maravilhosos. Obrigada por tanta paciência e compreensão neste momento tão conturbado que é o último ano de faculdade, você tornou - e torna - tudo mais leve.

Igualmente sou grata aos meus colegas de faculdade e amigos, principalmente à Anelise Caetano, um exemplo de força e determinação, minha parceira de estágio, colega de EMAJ durante dois anos e amiga maravilhosa, que sempre me ajudou nos momentos mais difíceis, tornando tudo mais alegre com sua presença: obrigada por tudo. À Clodine Ribeiro, amiga e irmã, que sempre esteve ao meu lado em todos os momentos, trazendo seu jeito calmo e doce de se levar a vida. À Eduarda Moreno, amiga sincera, que faz falta no meu cotidiano, mas que mesmo de longe está sempre comigo em pensamento, obrigada por todos os momentos e ensinamentos. À Gabriela Macedo, com quem compartilhei momentos de tensão nos períodos de provas e trabalhos da faculdade, mas também de

alegrias e descobertas; obrigada por ser assim tão companheira e verdadeira. À Fernanda Bononomi, amiga e confidente, com quem também tive o prazer de compartilhar de momentos bons e ruins que o curso de Direito, bem como a vida, nos proporciona, obrigada por sempre estar disposta a ajudar. À Juliana Reinicke, colega de estágio e amiga sincera, que me ensinou muito ao longo de um ano. À Luisa Rocha pela sua amizade e companheirismo, obrigada por tudo. À Valéria Alves, pessoa solícita, guerreira e uma amiga parceira para todas as horas. E a todos os amigos e amigas que de alguma forma contribuíram para mais essa conquista.

Da mesma maneira, agradeço imensamente à Giselle Costa por ter dado a oportunidade de meu primeiro estágio; obrigada por confiar em meu potencial e sempre me auxiliar em tudo. Agradeço também ao Desembargador André Carvalho, bem como à sua equipe maravilhosa, pela experiência incrível que tive no Tribunal de Justiça, assim como por todos os ensinamentos durante o período do estágio; obrigada por me demonstrar que existem pessoas solícitas e justas nesse mundo. Minha gratidão à Dra. Flávia Dreher, que me acolheu de braços abertos durante meu estágio na Procuradoria Geral do Estado.

Finalmente, meu muito obrigada a todos meus mestres que contribuíram para a minha trajetória, especialmente à minha orientadora Professora Doutora Carolina Bahia, que desde as primeiras aulas na faculdade se tornou para mim um exemplo de docente, com vasto conhecimento em sua área. Obrigada por ter dispensado tamanha atenção e sinceridade necessárias para o desenvolvimento e concretização deste trabalho.

*"você tem tanto
mas sempre tenta ter mais
não olhe para cima
e veja tudo que não tem
olhe em volta e veja tudo que já tem"*

Rupi Kaur

*“No meio da dificuldade encontra-se a
oportunidade.”*

Albert Einstein



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Pâmela dos Passos

RG: 6.316.185

CPF: 094.721.199-30

Matrícula: 14100231

Título do TCC: **A responsabilidade civil do médico pela teoria da perda de uma chance: erro no diagnóstico**

Orientador: Professora Dra. Carolina Medeiros Bahia

Eu, Pâmela dos Passos, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de dezembro de 2018.

PÂMELA DOS PASSOS

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo a análise da responsabilidade civil do médico pela teoria da perda de uma chance, nos casos de erro no diagnóstico, bem como a investigação da natureza jurídica que envolve a aplicação da referida teoria nesses casos. Para tal, primeiramente trata-se da responsabilidade civil, seus pressupostos e principais aspectos. Posteriormente, discute-se a responsabilidade civil do médico, as suas características, divergências doutrinárias acerca do tema, assim como o estudo do Código Civil Brasileiro, Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica. Com a observação da recorrente falta de reparação às vítimas de erro no diagnóstico médico, pela teoria geral da responsabilidade civil, surge a necessidade de atender às mudanças da sociedade. Então, adentra-se no estudo dos aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, como também na verificação sobre a natureza jurídica da aplicação desta teoria nas situações de responsabilidade civil do médico. Após isso, parte-se para a análise da teoria da perda de uma chance e da averiguação de como a jurisprudência costuma decidir a respeito desses casos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro no diagnóstico. Teoria da perda de uma chance. Natureza jurídica.

ABSTRACT

The present study aims to scope the monographic analysis of the civil responsibility of the doctor by the loss of chance theory, in cases of error in the diagnosis, as well as the investigation of a legal nature which involves the application of this theory in these cases. Firstval it is civil responsibility, as well presuppositions and main aspects. Subsequently, discusses the civil responsibility of the doctor, their characteristics, doctrinal differences about the theme, as well as the study of the Brazilian Civil Code, Consumer Protection Code and the Code of Medical Ethics. The observation of the applicant lack the redress to victims of medical error diagnosis, by the general theory of civil responsibility, there is need to changes in society. Then enters on the study of the general aspects the loss of chance theory, as also the verification of legal nature the application in this theory at the situations of civil responsibility the doctor. After that, it is for the analysis the loss of chance theory and investigate how the jurisprudence is usually decide on these cases.

Keywords: Civil responsibility. Error in diagnosis. Theory of the loss of a chance. Legal nature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO	9
1.2 CONCEITO.....	10
1.3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
1.3.1. Conduta	13
1.3.2 Culpa	14
1.3.3 Dano	17
1.3.3.1 Patrimonial	19
1.3.3.2 Extrapatrimonial.....	22
1.3.4 Nexo de causalidade.....	25
1.3.4.1 Teoria da equivalência das condições	26
1.3.4.2 Teoria da causalidade adequada	27
1.3.4.3 Teoria da causalidade direta e imediata.....	29
1.3.4.4 Pluralidade de causas	30
1.3.4.5 Causalidade alternativa e causalidade parcial.....	32
1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	34
1.4.1 Caso fortuito ou força maior	35
1.4.2 Fato exclusivo de terceiro	37
1.4.3 Fato exclusivo da vítima	38
1.4.4 Culpa concorrente da vítima	39
1.5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA	40
1.6 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	43
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	46
2.1 EVOUÇÃO HISTÓRICA EM OUTROS PAÍSES	46
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	49
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	51
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: DE MEIO OU DE RESULTADO	54
2.5 A REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES	56
2.6 ERRO MÉDICO	58
2.7 DEVERES DO MÉDICO	62
2.8 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	64

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	69
3.1 ASPECTOS GERAIS	70
3.1.1 Chance séria e real.....	73
3.1.2 Quantificação das chances	74
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO: DANO AUTÔNOMO OU CAUSALIDADE PARCIAL	75
3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA SOB O VIÉS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO ERRO NO DIAGNÓSTICO	78
3.4 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	81
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance lançou um novo olhar sobre a responsabilidade civil, trazendo inovações e possibilidades de aplicação desta em várias situações, ocorrendo quando a vítima perdeu a chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Nesses casos, não será necessária a comprovação do dano propriamente dito, mas sim da chance perdida. Ressalta-se que as pesquisas realizadas sobre a teoria da perda de uma chance ainda são recentes no Brasil, fazendo com que seja pouco aprofundada e aplicada pelos Tribunais de Justiça. Assim, nas circunstâncias em que ocorre o erro médico, ainda prevalece a utilização da teoria geral da responsabilidade civil, em que o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano deverá ser devidamente comprovado. No entanto, a aplicação da teoria da perda de uma chance faz com que a justiça seja feita nos casos em que há erro no diagnóstico médico, pois, a vítima provavelmente permanecerá sem nenhuma reparação diante da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade na responsabilidade civil.

Portanto, o presente estudo, apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, tem como objetivo geral analisar a natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico, uma vez que quando é aplicada a teoria clássica da responsabilidade civil por erro médico, por vezes a vítima fica sem nenhuma reparação do prejuízo que lhe foi causado.

Para que isso seja possível, utilizar-se-ão dos objetivos específicos: demonstrar os aspectos gerais da responsabilidade civil, trazendo também as principais discussões doutrinárias; analisar a responsabilidade civil do médico, com o objetivo de estudar suas características, assim como investigar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, especificamente nos casos de erro no diagnóstico médico. Em seguida, analisar-se-ão os aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, bem como a natureza jurídica da aplicação da referida teoria na responsabilidade civil médica; investigar a respeito do dano autônomo e da causalidade parcial; e demonstrar a posição da jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Brasil.

Com relação à justificativa do tema, ressalta-se que a teoria geral da responsabilidade civil apesar de fazer com que a vítima seja indenizada pelo dano que lhe foi causado, não permite, em alguns casos, que essa reparação ocorra. Isso porque, é extremamente difícil para o autor comprovar todos os requisitos inerentes a ela,

principalmente nos casos de erro no diagnóstico médico. Assim, tendo em vista os vários casos em que o médico incorre em erro devido à conduta culposa, e que não é responsabilizado diante da dificuldade de demonstração dos requisitos da responsabilidade civil ortodoxa, surge a teoria da perda de uma chance, que lança um novo olhar sobre a forma como a responsabilidade civil é vista. Essa teoria busca responsabilizar o agente do evento danoso pela chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo que foi retirada da vítima.

Entretanto, manifesta-se o desafio da aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de sua natureza jurídica, pois a doutrina não tem estudos muito aprofundados acerca do tema, fazendo com que a jurisprudência a aplique de forma desacertada em vários casos, principalmente nas situações de erro médico. Diante disso, é importante realizar a investigação acerca da divergência doutrinária a respeito do tema, tendo em vista que uma corrente entende que a verdadeira natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance é de dano autônomo e a outra entende que esta decorre da flexibilização do nexos causal, pela causalidade parcial.

Assim, a relevância social da pesquisa é decorrente da insuficiente pesquisa acerca da natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, assim como da limitada aplicação pelos Tribunais de Justiça do Brasil, necessitando trazer o estudo de outros países para que seja melhor compreendida. Então, a problemática central diz respeito sobre: qual a natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico? Dessa maneira, a hipótese básica se refere à imprescindibilidade da aplicação da referida teoria nos casos da responsabilização por erro médico, uma vez que pela teoria geral da responsabilidade civil muitas vezes não há a reparação do dano causado à vítima. No entanto, para que o instituto seja melhor aplicado pelos Tribunais de Justiça, importante realizar a análise acerca do tema.

Nesse sentido, para que a pesquisa fosse possível, algumas variáveis foram definidas, tais como: os requisitos da responsabilidade civil, bem como as teorias do nexos de causalidade que explicam a possibilidade de flexibilização do nexos causal; a questão do ônus da prova que compete à vítima para que a responsabilidade civil do médico ocorra, que culminam, na maioria das vezes, sem a responsabilização deste profissional; os aspectos da conduta culposa do médico, para a explicação de sua responsabilidade subjetiva; o estudo do erro de diagnóstico, explicando as características para que isto ocorra; os deveres do médico, que determinam os limites de sua atuação; o estudo sobre

o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, bem como o Código de Ética Médica, que abordam o tema dos profissionais liberais; o estudo do ônus probatório da parte autora na teoria da perda de uma chance, em demonstrar a sua oportunidade de obter vantagem ou evitar um prejuízo eliminada por parte da conduta culposa do médico; a análise da influência da causalidade parcial e do dano autônomo na teoria da perda de uma chance; e, finalmente, a investigação da posição dos Tribunais Pátrios, que ainda possui certa resistência para aplicar esta teoria nos casos de responsabilidade civil do médico.

Por conseguinte, a metodologia empregada baseia-se na pesquisa descritiva, escolhido o método de abordagem dedutivo e procedimento monográfico, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica nas fontes primárias e secundárias e análise de casos práticos no âmbito dos Tribunais de Justiça descritos.

No que concerne à estrutura do presente trabalho, optou-se por organizá-lo em três capítulos. No primeiro, busca-se conceituar a responsabilidade civil, bem como demonstrar seus pressupostos, as teorias acerca do nexo de causalidade, suas excludentes, o estudo acerca da divergência doutrinária da responsabilidade civil subjetiva e objetiva e se esta é contratual ou extracontratual.

A responsabilidade civil do médico é o foco do segundo capítulo. Neste, é exposta a evolução histórica em outros países, bem como são abordadas as características da responsabilidade subjetiva do médico e a natureza jurídica desta. Por conseguinte, foi apresentada a discussão doutrinária acerca da responsabilidade civil deste profissional liberal, se é de meio ou de resultado, assim como a demonstração da regulamentação da responsabilização dos médicos e das instituições hospitalares. Além disso, trata-se do erro médico, dos deveres inerentes a ele e, por fim, realiza-se a investigação acerca da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico, nos casos em que o dano a ser reparado não é a perda da chance, mas sim o próprio dano morte.

O terceiro capítulo foi elaborado para explicar os aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, a natureza jurídica da aplicação desta, bem como se trata da responsabilidade civil médica por erro no diagnóstico sob o viés da referida teoria e, por último, verifica-se a posição dos Tribunais de Justiça do Brasil.

Ressalta-se que a aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do CCJ/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nele são expostos.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil surgiu em tempos remotos, passando por diversas modificações no decorrer deste período. As violações sempre ocorreram, entretanto, a forma como penalizá-las foi alterada. Deveras, pois a sociedade muda, os ideais e as perspectivas se transformam e as necessidades se renovam. Com isso, é necessário que haja uma adequação do ordenamento jurídico a tais mudanças.

Nesse viés, atualmente, a responsabilidade civil, ou seja, a obrigação de reparar o dano, decorre do ato de violação a um dever jurídico, preenchidos os requisitos necessários. Com ela, o agente causador do dano deverá ressarcir a vítima do prejuízo que lhe foi causado, sendo este de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Ainda, há a divisão entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, o que será melhor aprofundada em momento oportuno.

Para a melhor compreensão do tema proposto no presente trabalho, é fundamental que sejam analisados o escorço histórico, conceito, os pressupostos, as classificações e principais abordagens da doutrina a respeito do assunto.

Dessa maneira, os desdobramentos da responsabilidade civil serão analisados nos subtópicos seguintes, com o intuito de enriquecer o debate acerca da responsabilidade civil, bem como para que seja possível a assimilação deste tema, que é complexo e rico em detalhes. Não buscando, entretanto, esgotá-lo, mas sim pontuar os principais aspectos.

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

De início, cabe salientar que a responsabilidade civil como conhecemos hoje, é totalmente diferente da que vigorava nos primórdios da humanidade. Antes, predominava a vingança frente aos delitos cometidos contra a vítima, sendo praticada sem nenhuma regra ou limitação, e das mais variadas formas de violência, partindo da tortura e, muitas vezes, até à morte do ofensor. Conforme recorda Arnaldo Rizzardo, o poder estatal não reprimia essas condutas, sendo totalmente possível o cometimento de atos de vingança sem nenhum óbice (2013, p. 30-31).

Como não havia um poder central à época, para determinar o que deveria ser feito, a vítima, ou o grupo a que pertencia, fazia justiça com suas próprias mãos. Posteriormente, deu-se início à execução do que constava na Lei de Talião, bastante conhecida pelos castigos em conformidade com o comportamento lesivo praticado. Após

muito tempo em que a autotutela foi exercida, fazendo com que os devedores e agentes do crime fossem punidos pelo o que fizeram ou deixaram de fazer, é que nasce a compensação do dano ocasionado à vítima pela prestação pecuniária. Dessa forma, iniciou-se a fase de realização de pagamentos às vítimas, com intuito de ressarcimento do dano ocasionado, ao invés do cometimento de atos de vingança ou da aplicação da Lei de Talião (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.32-36).

Consubstanciado a isso, começa a existir a soberana autoridade. Neste momento, a reparação pecuniária que antes era voluntária, passa a ser obrigatória, porquanto o legislador vedou a possibilidade de a vítima realizar a sua vingança. Dá-se início, pois, a fase da instituição de valor por cada membro atingido ou perdido a ser pago pelo ofensor, bem como quando ocorria a morte da vítima (GONÇALVES, 2014, p. 47).

Por conseguinte, a diferenciação entre responsabilidade civil e penal deu-se início com a evolução dos ordenamentos modernos, baseados nos ensinamentos romanos, quando estes distinguiram os delitos públicos dos delitos privados, sendo que nos primeiros, ‘a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima’ (GONÇALVES, 2014, p. 47-48).

Assim, o progresso dos ordenamentos resultou na distinção precisa entre a responsabilidade civil e penal, trazendo contornos específicos para cada um, tendo em vista suas diversas normas, instituídas em diferentes Códigos.

Ato contínuo, cada ordenamento foi se adequando às mudanças contínuas da sociedade e surgiu a necessidade de conceituar o que seria a responsabilidade civil. Nesse diapasão, há diversas discussões sobre a definição da responsabilidade civil no direito brasileiro. Assim, é importante trazer os principais conceitos que constam na doutrina brasileira.

1.2 CONCEITO

O conceito de responsabilidade civil é enfrentado pela doutrina com abordagens diversas. A obrigação de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, surge a partir de um ato praticado contra terceiros, pelo próprio agente, pelo fato de terceiro,

pelo fato das coisas, ou em decorrência da lei, conforme dispõe o artigo 927 do Código Civil¹ (DINIZ,2018, p. 49-50).

Desse modo, a responsabilidade civil é tida como a forma de reparação do dano, na qual o agente causador, ou responsável por terceiro e pelas coisas, indenizará o prejudicado. O caput do artigo 927 do Código Civil preceitua que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No momento em que há a prática do ato ilícito, surge com ela a obrigação de reparação do prejuízo causado. Assim, o dever jurídico originário é distinto do dever jurídico sucessivo. O primeiro seria o dever jurídico que foi violado, isto é, a prática do ato ilícito, que gera o dever jurídico sucessivo, qual seja, o dever de reparar o dano ocasionado (CAVALIERI, 2014, p. 14).

Ressalta-se que a obrigação de reparar o dano advém tanto da prática de um ato ilícito como também de um ato lícito. Isso porque, a responsabilidade que resulta da prática de um ato contra a lei é baseada na culpa do agente, já a que resulta da prática de um ato lícito pode ser também fundada no risco (DINIZ, 2018, p. 53). Um exemplo de ato lícito que poderá ensejar a obrigação de reparar o dano é o próprio estado de necessidade, conforme previsão nos artigos 929 e 930 do Código Civil (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 152).

Assim, a responsabilidade civil pode ser caracterizada pelo dano causado à pessoa, bem como ao patrimônio de alguém, a interesses coletivos ou transindividuais, e nesta parte poderá ser difuso ou coletivo estrito senso (NORONHA, 2010, p.451).

Portanto, infere-se que a responsabilidade civil surge da prática de um ato ilícito, bem como de um ato lícito, podendo ocorrer a responsabilização de uma pessoa por ato de quem está sob sua responsabilidade, pelo fato das coisas e por consequência de previsão dos casos especificados em lei.

1.3 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que nasça a responsabilidade civil, é imprescindível que alguns requisitos estejam presentes. A doutrina diverge a respeito deste tema, porquanto existem autores

¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

com o entendimento de que determinados pressupostos devam existir no momento da verificação da responsabilidade civil, porém, outros doutrinadores se opõem a isto. Sem haver, contudo, uma doutrina preponderante.

É grande a dificuldade para classificar os pressupostos da responsabilidade civil. Maria Helena Diniz descreve que apenas a conduta,nexo de causalidade e dano fazem parte dos requisitos para a caracterização daquela (2018, 52-54).

Esse entendimento é rechaçado por parte da doutrina, afirmando que apesar de existir duas espécies de responsabilidade civil, o Código Civil brasileiro traz como regra básica a responsabilidade civil subjetiva, que necessita da culpa para a sua configuração. Dessa maneira, para o ilustre autor, além da ação ou omissão do ofensor, o nexode causalidade e o dano, deve estar presente também a culpa (RODRIGUES, 2008, p. 13-17).

Cristiano Chaves, Felipe Braga e Nelson Rosenvald entendem que os pressupostos devem ser tidos por uma classificação tetrapartida, sendo componentes o:

(a) ato ilícito; (b) culpa; (c) dano; (d) nexo causal. Aliás, não é outro o resultado que se alcança ao compulsarmos o artigo 927, caput, do Código Civil - dispositivo introdutório ao Título dedicado à responsabilidade civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 131).

Portanto, os autores que seguem a doutrina tradicional permanecem afirmando que a culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil (TARTUCE, 2017, p. 356). Enquanto outros, tais como Maria Helena Diniz, anteriormente citada, entendem que a culpa não faz parte desses requisitos (2018, p. 53-54).

Contudo, resta claro que, apesar das divergências doutrinárias, o objetivo das diferentes classificações é o mesmo: identificar se há a obrigação de reparar o dano frente ao caso concreto, cabendo ao juiz a verificação.

No presente trabalho, será abordado o entendimento que abrange a conduta, culpa, dano e o nexo causal como pressupostos da responsabilidade civil, visto que o Código Civil adota a regra geral da responsabilidade subjetiva, assim como trata a responsabilidade civil objetiva como exceção. O artigo 186 do referido diploma expressa essa regra: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Após a análise do posicionamento da doutrina sobre as condições para a configuração da responsabilidade civil, torna-se necessário trazer o conceito e principais aspectos de cada um dos requisitos, os quais serão abordados nos subtópicos a seguir.

1.3.1. Conduta

Um dos elementos da responsabilidade civil é a conduta. Esta se configura como sendo o ato humano, expressado pela ação ou omissão do agente, que dá causa ao dano. A partir daí, surge o dever de indenizar a vítima (DINIZ, 2018, p. 56).

A conduta caracteriza-se por ser o gênero do qual a ação ou omissão são espécies. Assim, ela se exterioriza pela ação ou omissão do agente, fazendo com que surjam as consequências jurídicas. Todavia, a ação é a forma mais comum de concretização da conduta, tendo em vista que há uma prática comissiva de algum ato, fazendo com que prejudique alguém. A omissão, por sua vez, ocorre pelo fato do agente não tomar uma atitude frente a uma situação jurídica em que deveria fazer algo, porém, não o fez, caracterizando-se, assim, por ser um comportamento negativo. Ainda, para Cavalieri:

[...] tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo (2014, p. 37-39).

Desse modo, a obrigação de reparar o dano advém da ação ou omissão praticada, pelo agente, que viola um dever contratual, social ou legal. Um exemplo que pode ser citado é o de um acidente de trânsito, em que o motorista que atropela um pedestre poderá ser excluído do dever de indenizar, contanto que comprove a culpa exclusiva da vítima (RODRIGUES, 2008, p. 19).

Ato contínuo, a ação ou omissão advém por fato próprio do agente, fato de terceiro (pais, pelos filhos; tutores e curadores, pelo tutelados e curatelados; o empregador, pelos empregados; os hoteleiros pelos seus hóspedes; e os que participarem no produto do crime)² ou pelo fato das coisas (o dono de edifício ou construção pelos danos ocasionados

² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

pela ruína, o dono ou detentor do animal, pelos prejuízos ocasionados por este e o habitante do prédio pelas coisas que caírem e causarem danos a outrem)³.

Desse modo, a conduta voluntária, exteriorizada como a ação ou omissão, ocasiona, juntamente com a presença dos outros requisitos, a obrigação de reparar o dano.

1.3.2 Culpa

Aliada à conduta, bem como de acordo com o entendimento exposto no presente trabalho, a culpa necessita estar presente para configurar a responsabilidade civil subjetiva, uma vez que o prejudicado precisa comprovar que houve culpa do ofensor para que consiga a reparação do dano que lhe foi causado, diferente da responsabilidade objetiva, em que este requisito não está presente para a sua configuração.

De fato, não é de todo fácil conceituar a culpa. Ripert já entendia que não há uma definição legal para ela, bem como nem se pode tentar elaborá-la (1912, p. 196 apud DIAS, 2006, p. 136). Assim, para conceituá-la, os franceses dividem-se quanto a necessidade de utilizar o pressuposto do dever violado. Para Savatier, a definição de culpa impescinde a explicação do dever violado. Nas palavras deste

a culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito. (1951, p. 5 *apud* DIAS, 2006, p. 137).

Contudo, para outros autores franceses, não seria precisa essa explanação. Arnaldo Rizzardo expõe o entendimento de Mazeaud e Mazeaud de que a culpa não deve ser entendida a partir da noção de dever, mas sim do conceito de erro de conduta. Assim,

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

³ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

para eles, quando o ofensor se afasta da conduta-padrão imposta, incide o agente em culpa. Ainda, Mazeaud e Mazeaud aplicam as expressões “delito” e “quase-delito”, sendo a primeira correspondente ao dolo e a segunda à culpa (1963, p. 137 apud RIZZARDO, 2013, p.1).

Diferentemente dos autores franceses, os alemães definem a culpa como um requisito majoritariamente baseado na moral. Para eles, o agente comete um ato ilícito mesmo que este não tenha a noção que a conduta é contra a regra jurídica, em virtude de não ter sido diligente o suficiente a ponto de não ocasionar um dano a outrem (RIZZARDO, 2013, p. 2).

No Código Civil brasileiro, o legislador se preocupou com a noção do ato ilícito, não citando as discussões a respeito dos atos ilícitos serem dolosos ou culposos, como fazem os autores em outros países. Dessa forma, o artigo 186 do referido Código conceitua os atos ilícitos. E, para tanto, traz o dolo, quando diz respeito à ação ou omissão, bem como identifica a culpa, na parte que cuida da negligência ou imprudência⁴.

Com o intuito de se ter a melhor compreensão, parte-se do pressuposto que a culpa *lato sensu*, ou culpa genérica, divide-se em culpa *stricto sensu* e dolo. Este se caracteriza por ser um ato de vontade, com o intuito de causar dano a outrem. A culpa em sentido estrito refere-se àquela conduta involuntária que infringe um dever, sem a intenção de fazê-lo, e termina ocasionando um dano inesperado (TARTUCE, 2017, p. 358-359).

Assim, Arnaldo Rizzardo afirma que se pode “considerar a culpa no sentido estrito como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente; e no sentido lato, verificada na prática consciente e deliberada de um ato prejudicial e antissocial, configurando, então, o dolo” (2013, p. 3).

A culpa reveste-se na vontade de realizar determinado ato, porém, o agente não tem intenção de fazê-lo, bem como não há o desejo de chegar ao resultado advindo daquela conduta. Já no dolo, isso ocorre de forma diversa, porquanto o ofensor tem a intenção de praticar a causa e dar azo à consequência do ato, objetivando o resultado (CAVALIERI, 2014, p. 50-51).

Neste contexto, feitas as considerações sobre o conceito de culpa, assim como a distinção entre esta e o dolo, cabe mencionar a classificação da culpa, feita pela doutrina, em 3 graus, quais sejam, grave, leve e levíssima. A primeira é quando a culpa ocorre de

⁴ 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.

“forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo”. Já a leve se manifesta naqueles casos em que a conduta do homem médio não teria violado a norma preexistente. E, por fim, a culpa levíssima caracteriza-se por ser aquela à qual o dano surgiu em virtude da falta de atenção extraordinária. Assim, a ofensa apenas não teria ocorrido se a pessoa fosse muito cuidadosa, afastando completamente o paradigma do homem médio nesse caso (VENOSA, 2015, p. 32).

Cabe mencionar que a diferenciação entre dolo e culpa não é relevante para o Código Civil, tampouco os graus de culpa para fins de pagamento de indenização. Isto porque, sempre existirá o dever de reparação do dano, mesmo se o ofensor tiver agido com culpa levíssima ou dolo (GONÇALVES, 2014, p. 446-447).

Assim, apesar da culpa ser levíssima, ela obriga a reparar o dano causado, e a indenização é sempre medida pela extensão deste. O caput do artigo 944 do Código Civil preceitua que a indenização se mede pela extensão do dano. Todavia, o parágrafo único dispõe que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Observa-se que o parágrafo único expressamente estabelece a questão sobre os graus da culpa, porquanto o juiz poderá verificar a gravidade da culpa e, se possível, reduzirá o quantum indenizatório estipulado (CAVALIERI, 2014, p. 53).

A respeito do artigo 944 do referido diploma, pontua o brilhante autor Carlos Roberto Gonçalves:

A primeira parte consagra o princípio tradicional de que, desde que haja culpa, a obrigação de indenizar, a cargo do agente, é sempre a mesma. A cobertura dos danos causados será integral, quer ele tenha agido com dolo, quer tenha procedido com mera negligência. Entretanto, o parágrafo único confere ao juiz o poder de agir equitativamente, facultando-lhe reduzir a indenização quando excessiva, se mostrar a desproporção entre o seu valor e o grau de culpa do responsável (2014, p. 447).

Ademais, existem três formas de exteriorização da culpa, são elas: a imprudência, negligência e imperícia. A definição de cada uma delas tem um papel essencial para o correto entendimento sobre o assunto. A começar pela imprudência, esta caracteriza-se por ocorrer quando há a falta de cuidado decorrente da conduta comissiva, ou seja, por ação, do agente. Tem-se a negligência a partir do momento em que houver a mesma falta de cautela, contudo, resultante da omissão do ofensor. E, por fim, a imperícia deriva da falta de qualificação ou habilitação, no exercício da atividade profissional (TARTUCE, 2017, p. 360-361).

A doutrina cita exemplos destas manifestações da culpa. O motorista age com imprudência no momento em que dirige em alta velocidade ou desrespeita o sinal vermelho. Se o automóvel estiver sem condições de transitar pelas vias, por falta de manutenção dos pneus ou freios, e o agente tem o conhecimento disto, ocorrerá a negligência. Por conseguinte, a imperícia acontece quando o médico pratica um erro grosseiro na sua atividade profissional, ou no caso do motorista, que causa um acidente devido à ausência de habilitação para dirigir (CAVALIERI, 2014, p. 52).

Antes de seguir com os conceitos e principais pontos dos requisitos da responsabilidade civil, é importante mencionar a classificação da culpa quanto à origem. A culpa poderá ter origem no contrato ou ser extracontratual, também chamada de aquiliana. A culpa contratual, como o próprio nome já antecipa, advém de um contrato pactuado entre as partes. Já a culpa extracontratual, resulta da lei ou dos princípios gerais de Direito (PEREIRA, 2017, p. 552).

Neste momento, passa-se à análise de mais uma condição para a configuração da responsabilidade civil: o dano.

1.3.3 Dano

O dano é o terceiro requisito, e caracteriza-se por ser um elemento essencial para a responsabilidade civil, porquanto sem ele não haverá o vínculo obrigacional e, conseqüentemente, não sucederá o dever de indenizar.

A definição que mais se adequa às características deste elemento é a que afirma que o dano é uma lesão a um interesse tutelado. A partir deste conceito, percebe-se que é possível uma abordagem da investigação sobre o próprio objeto do prejuízo sofrido pela vítima (SCHREIBER, 2009, p. 105).

Desse modo, apesar de ser possível o dever de reparar o dano sem que haja a presença da culpa - conceito da responsabilidade objetiva -, percebe-se que não há como surgir a responsabilidade civil sem o elemento dano. A conduta pode ser ilícita, entretanto, sem aquele requisito, não há que se falar em ressarcimento do prejuízo causado. Assinala que: “[...] Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator” (GONÇALVES, 2018, p. 368).

Este elemento configura-se como sendo o prejuízo de natureza individual ou coletiva, de natureza econômica ou não, decorrente de ato ou fato contra a lei que viole

qualquer valor intrínseco à pessoa humana, bem como que atinja algo do mundo externo que seja juridicamente previsto (NORONHA, 2010, p. 497).

Nesse sentido, a definição que mais se adequa às características deste elemento é a que afirma que o dano é uma lesão a um interesse tutelado. A partir deste conceito, percebe-se que é possível uma abordagem da investigação sobre o próprio objeto do prejuízo sofrido pela vítima (SCHREIBER, 2009, p. 105).

Assim, essa lesão poderá ocorrer tanto no que diz respeito ao direito patrimonial, ocorrendo uma diminuição no patrimônio da vítima, quanto no direito extrapatrimonial, no caso do cometimento da violação de um dos direitos da personalidade. Dessa maneira, poderá ocorrer a condenação do agente causador do dano ao pagamento de indenização por danos morais, se presentes todos os requisitos necessários para tanto (CAVALIERI, 2014, p. 93).

Conceituando o dano, Arnaldo Rizzardo ressalta que este:

Envolve um comportamento contrário ao jurídico. A nota da antijuridicidade o caracteriza, de modo geral. Mas não emana, necessariamente, de um desrespeito à lei ou de uma conduta antijurídica. Possível que nenhuma infração se consuma, e nasça o dever de reparação. Isto porque simplesmente apareceu um dano, a que a lei obriga o ressarcimento (2013, p. 13).

Feitas tais considerações sobre o conceito deste pressuposto, mostra-se pertinente iniciar o estudo sobre as classificações do dano. É evidente que essa distinção é importante. Isso porque demonstra as especificidades de cada dano e suas formas de reparação. Diante da dificuldade em abordar todas as questões relativas ao dano, a doutrina utiliza diferentes classificações para explicá-lo.

Alguns doutrinadores como Farias, Braga e Rosenvald (2015, p. 243-254) e Cavalieri (2014, p. 93-108) subdividem os danos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Assim, nos primeiros estão os danos emergentes, lucros cessantes e a perda de uma chance. Já no dano extrapatrimonial insere-se o dano moral. Cavalieri só faz a ressalva de seu entendimento acerca da perda de uma chance, visto que este entende que faz parte dos lucros cessantes.

Por outro lado, outros doutrinadores, tais como Maria Helena Diniz, entendem que a melhor classificação a ser feita é a que decorre da divisão dos danos em patrimonial e moral, fazendo parte dos danos patrimoniais o dano emergente e o lucro cessante. Sendo este último equiparado à perda de uma chance, visto que não ocorre apenas um “eventual

benefício perdido”, mas também de uma oportunidade, uma chance ou possibilidade que foi perdida (2018, p. 77-87).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho compartilham desta especificação, pontuando que os danos devem ser considerados como divisão entre patrimonial de um lado e moral de outro. Contudo, estes autores entendem que, na esfera do dano patrimonial, há o dano emergente, lucro cessante e dano estético (2018, p. 87-102).

Como se vê, há diferentes divisões que podem ser feitas para classificar o dano. A doutrina não chega a um consenso, fazendo com que subsista várias formas de categorização deste requisito. Consoante explicação anterior, o dano é um dos requisitos mais importantes da responsabilidade civil, uma vez que sem ele não há que se falar em obrigação de reparar o prejuízo.

À vista das principais classificações que a doutrina demonstra, a que melhor abrange as características do presente requisito, e que será utilizada no presente trabalho, é a que divide os danos em patrimoniais de um lado, subdividindo-se em danos emergentes e lucros cessantes, e os danos extrapatrimoniais de outro, sendo o seu componente o dano moral. Cabe mencionar que a perda de uma chance será discutida em capítulo próprio, adiantando a posição adotada no presente trabalho, ela poderá ser tanto de origem patrimonial ou extrapatrimonial.

1.3.3.1 Patrimonial

Compreende-se como dano patrimonial aquele que é passível de reparação pecuniária, sendo fator predominante o dinheiro para que a vítima receba a indenização no valor que foi arbitrado pelo juiz.

A partir do momento em que há uma perda no patrimônio da vítima, seja este um prejuízo imediato ou futuro, deverá ser ressarcido por quem ocasionou o dano. Desta maneira, subdivide-se em dano emergente e lucro cessante (CAVALIERI, 2014, p. 93-94).

Apesar da doutrina trazer outras subclassificações, não há uma regra a ser seguida, porquanto a doutrina e jurisprudência permanecem sem estabelecer uma divisão única para o enfrentamento do tema.

Sabe-se que quando há a efetiva perda ou diminuição no patrimônio já existente da vítima, em razão do ato ilícito, temos o chamado dano emergente. Este, em regra, é de

fácil aferição do real prejuízo causado, uma vez que necessita tão somente de informações concretas (NORONHA, 2010, p. 498).

Conforme bem ressalta Maria Helena Diniz a respeito do conteúdo dos danos emergentes:

tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar. Na condenação relativa a dano emergente, a indenização poderá processar-se de duas formas: o lesante será condenado a proceder à restauração do bem danificado ou a pagar o valor das obras necessárias a essa reparação. A indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava (2018, p. 86 - 87).

Diferente é o que acontece nos lucros cessantes, pois nestes há o dever de ressarcir aquilo que a vítima deixou de auferir, em decorrência do ato ilícito cometido pelo agente. Nesta hipótese, o ofensor será responsável pelo prejuízo causado por aquilo que o ofendido não ganhou ou deixou de lucrar.

Um exemplo claro de lucros cessantes é o do taxista que teve seu veículo abalroado por culpa de outrem e, conseqüentemente, deixou de trabalhar e obter seus ganhos diários. De fato, em relação aos danos emergentes, os lucros cessantes são bem mais difíceis de serem verificados, uma vez que é aquilo que a vítima ganharia se não fosse o evento danoso (VENOSA, 2015, p. 46).

A principal diferença entre os danos emergentes e lucros cessantes reside no fato de que no primeiro há uma efetiva diminuição ou perda no patrimônio já existente da vítima. Já os lucros cessantes ocorrem quando o ofendido sofre a “frustração de um acréscimo patrimonial esperado” (NORONHA, 2010, p. 498).

Em razão disso, o Código Civil disciplina sobre o dano emergente e o lucro cessante em seu artigo 402 “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002).

Neste momento, passa-se à breve análise da perda de uma chance. Sabe-se que há a possibilidade de pagamento de indenização pela perda de uma chance no Direito Brasileiro. Ocorre que a doutrina e jurisprudência divergem no que concerne à sua classificação, sendo que uma parte defende que a perda de uma chance estaria subdividida

no conceito de dano patrimonial, já outros afirmam que o lugar da perda de uma chance seria no dano extrapatrimonial.

Isso porque ainda não houve a consolidação do entendimento jurisprudencial; tanto é assim que as decisões envolvendo a perda de uma chance têm seu fundamento às vezes nos lucros cessantes ou no dano moral, fazendo com que surjam as decisões divergentes neste ponto (CAVALIERI, 2014, p. 102).

Seguindo o entendimento que a perda de uma chance repousa na classificação do dano patrimonial, o posicionamento de Chaves, Braga Netto e Rosenvald é no sentido de que

[...] a perda de uma chance será invariavelmente um dano patrimonial, pois o dano extrapatrimonial, se houver, será representado pela ofensa a qualquer outro bem jurídico que traduza um plus à privação da propriedade de um bem por um dano injusto (2015, p. 263).

Cavaliere entende que a perda de uma chance tem certa semelhança com os lucros cessantes, porquanto a vítima também deixa de lograr uma situação melhor por conta do fato danoso que foi praticado. No entanto, a diferença reside no fato de que a perda de uma chance é a eliminação de uma probabilidade de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo diante de uma situação. Para isso, a chance deverá ser séria e real, não bastando a simples eventualidade de uma perda (2014, p. 81-82).

O ilustre autor Rafael Peteffi da Silva assinala que:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza (2009, p. 13).

Percebe-se que a teoria da perda de uma chance ainda precisa de muito estudo voltado às suas especificações, uma vez que a doutrina brasileira iniciou recentemente suas pesquisas sobre o tema. Assim, consoante sua importância, no último capítulo deste trabalho será dedicado à análise dos aspectos gerais desta teoria. Todavia, cabe adiantar que o posicionamento adotado no presente trabalho é o de que a perda de uma chance pode ser tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, tendo sido inserida nesta parte dos danos patrimoniais apenas por questão de conveniência de leitura.

Feitas as considerações a respeito do dano patrimonial, cumpre verificar a seguir as principais características do dano moral.

1.3.3.2 Extrapatrimonial

O dever de reparar o dano moral já é conhecido desde os primórdios da sociedade. Documentos tais como a Lei das XII Tábuas, o Código de Hamurabi, o Alcorão, o Código de Manu e a Bíblia previam a obrigação de indenizar a vítima do dano (CARDOSO, 2018, p. 111).

No início de seus estudos, as discussões a respeito do dano moral se resumiam a análise se era cabível a sua indenização ou não, bem como se poderia ser cumulado com o dano material. Pois bem, essas discussões já foram ultrapassadas, e hoje em dia o estudo do dano moral limita-se à sua definição, uma vez que existem vários conceitos expostos pela doutrina (CAVALIERI, 2014, p. 105-106).

Cabe mencionar que o dano moral é previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁵. Pois bem. A doutrina conceitua o dano moral como a violação aos direitos da personalidade, o qual é inerente ao ser humano. Yussef Said Cahali entende que é preferível

[...] caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, “como privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.) (2011, p. 19-20).

Partindo deste conceito, para a devida reparação deste dano não há que se falar em determinar um preço para a angústia sofrida, “[...] mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial [...]” (TARTUCE, 2017, p. 405).

Entretanto, observa-se que o dano moral não é exatamente a angústia, a dor, a humilhação, a vergonha, o desespero, e todos os sentimentos que a vítima experimenta

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

diante da ofensa cometida. Mas sim, é a consequência do fato danoso praticado pelo agente, fazendo com que cada pessoa sinta isso de modo diferente, em cada caso concreto (GONÇALVES, 2018, p. 388). Assim, verifica-se a violação no momento em que há uma concreta lesão ao bem objeto do interesse extrapatrimonial (SCHREIBER, 2009, p. 130).

Ademais, se for conceituar o dano moral como sendo uma “dor”, “angústia”, “vergonha”, “tristeza”, ocorrerá uma confusão entre o dano com a eventual consequência. Até porque o Direito não deve estar preocupado se a violação acarretou um sentimento ruim na vítima, mas sim precisa estar atento a concretizar e proteger as normas de proteção humana, não admitindo que tais violações permaneçam sem a devida reparação (MORAES, 2003, p. 131).

De fato, por caracterizar-se como um dano intrínseco à personalidade da pessoa, o conceito de dano moral consegue ser definido por diversas formas de abordagem. Isso se deve ao fato de relacionar-se a um sentimento, que somente a vítima do fato danoso é capaz de reconhecer. Aqui é que se encontra a dificuldade da doutrina e jurisprudência de identificarem o dano moral nos casos concretos.

Ato contínuo, não há como falar em dano moral, sem abordar a problemática do arbitramento deste, dado que se revela como sendo uma das partes mais dificultosas para o juiz, bem como às vezes o valor determinado não condiz com a realidade do dano moral sofrido. O artigo 946 do Código Civil preceitua que: “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.

Dessa maneira, não existe em nosso ordenamento jurídico um parâmetro de valores para o arbitramento do quantum indenizatório do dano moral. Sílvio de Salvo Venosa assevera que:

Nem sempre o valor fixado na sentença revelará a justa recompensa ou o justo lenitivo para a dor ou para a perda psíquica. Por vezes, danos ínfimos são recompensados exageradamente ou vice-versa. A jurisprudência é rica de exemplos, nos quais ora o valor do dano moral guarda uma relatividade com o interesse em jogo, ora não guarda qualquer relação. Na verdade, a reparação do dano moral deve guiar-se especialmente pela índole dos sofrimentos ou mal-estar de quem os padece, não estando sujeita a padrões predeterminados ou matemáticos (2015, p. 52-53).

Assim, a doutrina explica que a melhor forma de fazer a quantificação do dano moral é utilizando o bom senso, equilíbrio e proporcionalidade, bem como levar em

consideração a situação econômica do agente causador do dano, a gravidade da ofensa, as peculiaridades do caso concreto e a condição social do ofendido (GONÇALVES, 2018, p. 414).

Ademais, tem-se a indiscutibilidade da possibilidade de cumulação do dano moral com o material, dado que o Superior Tribunal de Justiça elaborou a Súmula 37 sobre este tema, afirmando que: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (CAVALIERI, 2014, p. 110).

Opondo-se à essa incontestabilidade, temos a discussão acerca do dano estético. Maria Helena Diniz traz um brilhante conceito a respeito:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa (2018, p. 100).

Igualmente, as marcas, tais como cicatrizes e manchas foram aos poucos sendo abarcadas pela indenização como dano estético, visto que ocasionam sentimentos diversos nas vítimas, como tristeza e angústia (CAVALIERI, 2014, p.135).

A controversa discussão gira em torno da origem do dano estético. A doutrina diverge a respeito deste tema, visto que uma parte dela acredita que o dano estético faz parte do dano moral e a outra entende que se configura como sendo uma terceira modalidade de dano.

Parte da doutrina acredita que o dano estético não tem sua origem como dano autônomo ou uma terceira espécie de dano, tais como o dano material e moral, mas sim é caracterizado como um elemento deste. Assim, a doutrina entende que a indenização do dano estético diz respeito à “tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física” (GONÇALVES, 2018, p. 454-455).

Humberto Theodoro Júnior aponta que a categoria do dano moral abrange a reparação do dano estético, porquanto configura bis in idem indenizar a lesão estética junto com o dano moral, ou seja, estaria se indenizando duas vezes o mesmo dano (2016, p. 24-25).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou seu entendimento sobre o dano estético, e afirma que este é caracterizado como uma terceira espécie de dano, bem como:

[...] é algo distinto do dano moral, pois há no primeiro uma “alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa”. Já no dano moral há um “sofrimento mental - dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo”. O dano estético seria visível, “porque concretizado na deformidade” [...] (TARTUCE, 2017, p. 439).

Nessa linha de pensamento, Gagliano e Pamplona Filho destacam que o dano estético é visto, na atualidade, como uma categoria autônoma de dano, ao lado do dano patrimonial e moral (2018, p. 102).

Superada essa controvérsia, verifica-se que, da mesma maneira que é possível a cumulação do dano material e dano moral em uma ação condenatória, há o reconhecimento dessa possibilidade também com o dano moral e estético. Assim versa a Súmula 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 138).

Destarte, segue a linha de estudo dos pressupostos da responsabilidade civil e seus principais aspectos.

1.3.4 Nexo de causalidade

Por fim, o último dos requisitos necessários para configurar a responsabilidade civil: o nexa causal. Este é um elemento indispensável para que surja a responsabilidade civil. A parte em que o artigo 186 cita “causar dano a outrem”, refere-se ao nexa causal, porquanto, para que tenhamos a responsabilidade civil, a conduta do agente deverá ocasionar o dano.

Assim, não basta que o ofensor tenha praticado um ato ilícito, bem como que tenha ocorrido um dano. É necessário analisar se a conduta do agente deu origem a este dano. Maria Helena Diniz afirma que “tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa” (2018, p. 134).

Seguindo esse entendimento, o nexa causal representa a ligação que é necessária entre o dano ao fato gerador. É a partir do nexa de causalidade que se encontra o verdadeiro causador do dano (NORONHA, 2010, p. 499). Consequentemente, sem a presença deste requisito, não haverá o dever de reparação.

Dessa forma, verifica-se que antes mesmo de aferir se há culpa do ofensor no caso concreto ou não, é necessário analisar se o liame causal entre a conduta ilícita do agente e o dano causado está configurado.

O nexo causal possui duas funções. A primeira delas é a de imputar a responsabilidade civil à pessoa que deu origem ao dano experimentado pela vítima. A segunda é a de definir a extensão deste, dado que configurada a relação de causalidade, será possível determiná-la (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 459). Isso reforça o fato de que a relação de causalidade é o elemento imprescindível para evidenciar a responsabilidade civil.

Para a compreensão deste requisito, surgiram teorias para melhor explicá-lo. Desse modo, a doutrina cita várias teorias sobre o assunto. Todavia, as que possuem maiores discussões a respeito são três, quais sejam: a) a teoria da equivalência dos antecedentes causais, b) a teoria da causalidade adequada e c) a teoria da causalidade direta e imediata.

Essas teorias buscam encontrar qual foi o fator determinante para o resultado, dentre todos os outros fatores que contribuíram para a ocorrência do dano. Assim, Noronha pontua que: “Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições”. Ou seja, os outros fatores que concorreram para o dano serão meras condições (2010, p. 613).

Ainda, antes de prosseguir, é necessário fazer uma breve distinção entre causa e condição. A condição é qualquer fato que se encontra na origem do dano. A causa, por sua vez, é aquela condição que é determinante para desenvolver o resultado (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 463).

Feitas essas considerações iniciais acerca do nexo de causalidade, segue-se para o estudo das teorias deste importante pressuposto da responsabilidade civil.

1.3.4.1 Teoria da equivalência das condições

A teoria da equivalência das condições, da *conditio sine qua non* ou dos antecedentes causais foi desenvolvida por Von Buri em 1860, baseado na obra sob o título “A system of logic” de John Stuart Mill. Em linhas gerais, para esta teoria, uma conduta ilícita que ocasiona dano a outrem, será a causa de todas as consequências advindas dela. Nas palavras de Gisela Sampaio da Cruz:

Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausas, daí a denominação ‘Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais’. Assim é que uma relação de causalidade só poderá existir entre uma concausa e sua consequência quando for possível afirmar que tal consequência não teria ocorrido, não fosse a atuação daquela causa, isto é, quando não se puder eliminar a causa sem prejuízo da consequência. (CRUZ, 2005, p. 39).

Para esta teoria, as causas de um dano são aquelas “condições sem as quais este não se teria produzido” (NORONHA, 2010, p. 614). Dessa forma, o agente responde por todos os danos que a sua conduta ilícita ocasionou, visto que as consequências não teriam ocorrido se aquele não tivesse dado causa.

Asseveram Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Netto e Nelson Rosenvald que é prescindível analisar a distância entre a conduta do ofensor do dano e as consequências disso, visto que todas as condições se transformam em uma causa (2015, p. 464).

Esta teoria é basilar do Direito Penal, tendo expressa influência em suas normas, tais como o artigo 13 do Código Penal, que preceitua: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (NORONHA, 2010, p. 615).

Contudo, apesar de haver defensores, esta teoria não foi abarcada pelo Direito Civil brasileiro. Isso porque, é muito genérica e a sua aplicação poderia gerar resultados insatisfatórios e contraditórios, visto que ela é baseada mais na causalidade natural das causas do que nos limites traçados pelo ordenamento jurídico (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 464).

1.3.4.2 Teoria da causalidade adequada

Com o intuito de opor-se à teoria da equivalência dos antecedentes causais, surge na Alemanha, em 1871 a teoria da causalidade adequada. De acordo com esta teoria, para determinar se foi o ato ilícito do agente que culminou no resultado gravoso, volta-se ao momento da ação ou omissão para analisar se a conduta foi apta a ocasionar o dano ou não (CRUZ, 2005, p. 64).

Diversamente da teoria anterior, a teoria da causalidade adequada faz a diferenciação entre causa e condição, fazendo com que não sejam consideradas todas as causas como ensejadoras do resultado, mas sim apenas aquela que foi a mais adequada a produzir o evento danoso, excluindo-se as demais. Com isso, além de fazer a aferição se

a condição concorreu para o dano, é necessário fazer a verificação da causa, elegendo aquela que foi a mais determinante a ocasionar o resultado (CRUZ, 2005, p. 65).

Gisela destaca que a teoria da causalidade adequada é composta de duas concepções, quais sejam, a positiva e a negativa. A positiva diz respeito aos danos advindos de circunstâncias extraordinárias, estranhas à conduta do agente, que não devem ser imputadas a este, visto que não teria como prever o evento. Assim, somente serão suportados pela pessoa que sofreu o dano. Entretanto, quando o dano ocorre como uma consequência natural da conduta do ofensor, tem-se a responsabilização deste (CRUZ, 2005, p. 70).

É diferente o que ocorre na teoria da causalidade adequada pela formulação negativa, porquanto a finalidade desta é identificar qual a causa inadequada à produção do dano, visto que se a conduta for tida como ineficaz para o resultado, ela não será considerada como causa. Diante disso, tendo em vista que a teoria da causalidade adequada pelo lado negativo é mais ampla que a positiva, é a que prevalece (CRUZ, 2005, p. 70).

Fernando Noronha concorda com esse posicionamento, afirmando que a formulação negativa é a mais adequada, visto que facilita a prova do nexo causal, já a positiva dificulta a comprovação deste ônus pela vítima. Ainda, este autor faz a análise de um exemplo dentro da seara da responsabilidade civil médica, que se mostra relevante ao presente trabalho:

Se um médico, por erro culposo de diagnóstico, aplica um tratamento inadequado ao paciente e este vem a apresentar depois um agravamento das lesões, mas sem fazer prova de que elas necessariamente resultam desse tratamento inadequado, o fato de o médico ter criado “um risco injustificado”, “um estado de perigo”, conforme expressões usadas pela jurisprudência francesa, é suficiente para que lhe seja atribuída responsabilidade pelo agravamento das lesões; o médico é que deve fazer prova de que o tratamento inadequado não contribuiu para as lesões e de que estas têm uma causa independente do seu erro de diagnóstico (2010, p. 632).

Insta salientar que a doutrina e jurisprudência divergem quanto à determinação de qual teoria foi abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que uma parte entende que a teoria adotada pelo Código Civil foi a teoria da causalidade adequada e a outra assinala que a teoria escolhida foi a do dano direto e imediato. Esta divergência será analisada no tópico a seguir, após o estudo da teoria do dano direto e imediato.

Neste momento, passa-se ao estudo da teoria do dano direto e imediato, analisando as diferenças com relação à teoria da causalidade adequada.

1.3.4.3 Teoria da causalidade direta e imediata

A teoria da causalidade direta e imediata, também chamada como teoria do dano direto e imediato, pressupõe a relação de necessidade direta daquela causa com o dano. Essa relação foi atribuída pela subteoria da necessariedade. Assim, não basta que a causa seja próxima ou limítrofe do dano, mas sim deverá ser necessária à produção do resultado para que seja considerada. Nas palavras de Agostinho Alvim:

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessariedade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano direto, como se verá. [...] Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano (1980, p. 356).

Em um exemplo de fácil compreensão, tem-se a alienação de uma vaca doente ao comprador. Este, por sua vez, teve inúmeros prejuízos decorrentes da morte deste animal. No entanto, para a teoria em análise, o vendedor só responderá pela morte da vaca, e não por todos os outros danos que ocorreram desse fato. Isso pois o dano direto e imediato foi a morte do animal alienado, o restante dos danos foram todos remotos, impassíveis de reparação (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 467).

Não obstante, apesar de parte da doutrina entender que esta foi a teoria adotada pelo Código Civil, não há um dispositivo que explique expressamente a teoria abordada, fazendo com que a doutrina e jurisprudência indiquem os rumos a serem seguidos. Rumos esses contraditórios, mas que levam ao art. 403 do diploma civilista como sendo o que refletiu a ideia da teoria do dano direto e imediato, para a doutrina que entende que é esta a teoria que prevalece no referido código (CAVALIERI, 2014, p. 67).

Preceitua o art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002). Assim, parte da doutrina e jurisprudência afirmam que a expressão “efeito dela direto e imediato” refere-se à teoria do dano direto e imediato (CAVALIERI, 2014, p. 67).

Por fim, como dito anteriormente, há uma forte divergência doutrinária acerca da escolha de qual teoria foi adotada pelo Código Civil. Flávio Tartuce entende que a teoria acolhida foi a teoria da causalidade adequada (2017, p. 372).

No mesmo sentido caminha a posição de Fernando Noronha, afirmando que a teoria da causalidade adequada é que foi recebida pelo referido código, dado que possibilita uma melhor interpretação do já citado artigo 403 do Código Civil (2010, 635 - 636).

Ressalta-se que o tema na jurisprudência brasileira é caótico, visto que os tribunais fazem confusão quando adotam uma teoria que, na realidade “se valem dos fundamentos de outra, evidenciando um voluntarismo na busca do critério que melhor se adapte à resposta que já foi intuitivamente encontrada antes de se partir para a fundamentação da decisão” (FARIAS; BRAGA; ROSENVALD, 2015, p. 470).

Entretanto, outros autores, tais como Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 107-108) e Sérgio Cavalieri (2014, p. 67-69), afirmam que a teoria abarcada pelo Código Civil foi a teoria do dano direto e imediato.

Com relação à essa divergência, o autor Flávio Tartuce preleciona que

Em suma, não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial no tocante à teoria adotada pelo Código Civil em relação ao nexos de causalidade. A recomendação é que o estudioso do Direito procure ler os argumentos relativos às teorias para depois se convencer. De toda sorte, como se pode notar, as teorias do dano direto e imediato e da causalidade adequada são muito próximas e ambas podem ser retiradas de dispositivos da atual codificação privada. Isso justifica a confusão doutrinária e jurisprudencial (2017, p. 375).

Portanto, não há que se falar em uma única teoria que foi abarcada pelo diploma civilista; mas sim que, de acordo com a doutrina, há vários argumentos em favor de cada uma para decidir qual a melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.3.4.4 Pluralidade de causas

Após a análise de cada uma das teorias sobre o nexos de causalidade, é necessário demonstrar um breve estudo sobre a pluralidade de causas, também chamado de concausas. Ocorre “sempre que mais de uma condição do evento danoso possa ser considerada como elemento que contribui de alguma forma para a geração do dano”. Nesse viés, a pluralidade de causas caracteriza-se por ser uma condição que participa para

a criação do dano, juntamente com a conduta que iniciou o fato danoso, alterando o “curso normal do processo causal iniciado” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 461).

A lição de Fernando Noronha sobre o tema é bem precisa. Este autor afirma que há várias formas de pluralidades de causas, analisando cada uma delas. A classificação ocorre da seguinte maneira: I) causalidade plural comum; II) causalidade plural concorrente; III) causalidade complexa (2010, p. 668-690).

A causalidade plural comum, também conhecida como causalidade comum, ocorre quando há somente um fato que gerou o dano, porém, com participação de duas ou mais pessoas para a ocorrência do resultado danoso. Neste caso, é preciso aferir como será a responsabilidade de cada um dos participantes. O artigo aplicável para a situação em que há um fato e vários agentes que participaram para a produção do dano é o 942 do Código Civil⁶, ou seja, a responsabilidade destes será solidária (2010, p. 671).

Por conseguinte, temos a causalidade plural concorrente. Esta divide-se em três situações: a) concurso do fato do responsável e caso fortuito ou força maior; b) a concorrência entre o fato do responsável e do lesado; e c) causalidades complexas (NORONHA, 2010, p. 673 - 680).

O concurso do fato do responsável e caso fortuito ou força maior, como o próprio nome já diz, acontece quando há um concurso entre um fenômeno da natureza, tanto um caso fortuito ou força maior, e um fato causado por uma pessoa. Esta, por sua vez, será responsabilizada pela parte do dano que ocasionou (NORONHA, 2010, p. 672-673).

Já o conceito da situação em que há a ocorrência entre o fato do responsável e do lesado é de fácil explicação, uma vez que só acontecerá se houver a conduta tanto do agente responsável pelo dano, quanto da própria vítima (NORONHA, 2010, p. 673-676).

E, por fim, as causalidades complexas são situações em que há vários fatos, sendo atribuídos a pessoas diferentes, cada uma agindo em separado. Esta subdivide-se em: c.1) causalidade colateral: quando há vários fatos que são atribuíveis a diferentes pessoas, na situação a qual se cada um tivesse agido sozinho, seus atos seriam suficientes para o resultado danoso; c.2) causalidade concorrente propriamente dita: existem dois ou mais fatos autônomos entre si, mas que somente juntos ocasionam o dano; e c.3) causalidade cumulativa: ocorre quando há várias pessoas, e cada um agiu de forma independente, fazendo com que o resultado danoso final seja a divisão da ação de cada um dos atos

⁶ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

destes. Assim, cada pessoa será responsável pela parte do dano em que causou (NORONHA, 2010, p. 676-680).

Feitas tais considerações acerca da pluralidade de causas, passa-se a importante análise dos principais aspectos a respeito da causalidade parcial e causalidade alternativa.

1.3.4.5 Causalidade alternativa e causalidade parcial

Inicialmente, cumpre ressaltar que existe divergência doutrinária no que concerne ao conceito de causalidade alternativa. De um lado, esta é vista como uma forma de identificar o agente causador do dano integrante de um grupo de pessoas (CAVALIERI, 2014, 82-84). Em outro, a causalidade alternativa é tida como possibilidade de constatar a verdadeira causa do dano (NORONHA, 2010, p. 682).

Para Cavalieri, as situações em que ocorre um evento danoso por parte de um grupo de pessoas e não há como determinar qual o integrante foi o responsável pelo dano, utiliza-se a causalidade alternativa. Ademais, afirma que a doutrina e a jurisprudência solucionam casos como o das coisas lançadas ou caídas de um prédio, - em que não é possível identificar quem foi o responsável - dentre outros, utilizando a causalidade alternativa (2014, p. 82).

Pois bem. Contrariando esse posicionamento, tem-se que parte da doutrina acredita que a causalidade alternativa se refere à capacidade de definir qual fato, dentre dois ou mais, foi o “verdadeiro causador” do dano experimentado pela vítima. Para a compreensão acerca do tema, Noronha destaca o exemplo de quando uma pessoa falece e não tem como identificar se a causa desta foi o avanço natural da doença ou se decorreu de erro médico (2010, p. 681-682). Ainda, destaca o seguinte:

Nessas situações de responsabilidade grupal o problema não é a causalidade, é de determinação das pessoas que devem ser tidas como responsáveis pelo dano, em relação ao qual se ignora a autoria, mas cuja causa é bem determinada: enquanto a causalidade alternativa diz respeito à causa do dano (como a própria designação revela), na responsabilidade grupal não existe dúvida quanto essa causa; a dúvida é relativa às pessoas a quem tal causa (e causa única) pode ser atribuída (2010, p. 682).

Farias, Netto e Rosenvald concordam com este entendimento de Noronha, afirmando que esta nomenclatura “é duvidosa”, visto que se verifica a pluralidade de agentes e somente uma causa produz o resultado por si só, e não uma concorrência de causas. Contudo, apesar disso, utiliza este termo para determinar qual indivíduo,

integrante de um grupo, foi o causador do dano e, ainda, ressalta que “o vocábulo alternativa pode ser mais bem aquilatado se o entendermos como a possibilidade de eleição de um dos agentes, dentre os vários prováveis responsáveis” (2015, p. 487).

Superados esses pontos acerca da causalidade alternativa, passa-se ao exame da causalidade parcial. Sem o intuito de esgotar o tema, neste momento o presente trabalho observará os aspectos basilares da causalidade parcial.

Esta nova modalidade de causalidade é fruto de críticas de alguns doutrinadores, visto que diz respeito à flexibilização do nexos de causalidade clássico, já anteriormente analisado.

Defendida por Jacques Boré e John Makdisi, a causalidade parcial não tem relação com a *conditio sine qua non*, sendo, assim, completamente possível sua aplicação nos casos de responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, conforme se demonstrará posteriormente, em capítulo próprio (SILVA, 2009, p. 56).

Dessa forma, Peteffi da Silva ressalta que “com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado” (2009, p. 62).

A título de exemplificação, extrai-se trecho do livro do autor acima citado, em busca de maior compreensão acerca desta nova espécie de causalidade:

Se a causalidade entre o aumento de casos de câncer e a usina nuclear for incerta, eis que insuficiente para caracterizar uma *conditio sine qua non*, a empresa de geração de energia não terá qualquer estímulo para interromper a sua nova fonte de produção, já que não será obrigada a internalizar uma parte dos custos de produção da nova energia: a reparação de danos possivelmente causados. Entretanto, se fosse possível engendrar uma responsabilidade de acordo com a probabilidade causal entre a ação da empresa e o aumento dos casos de câncer, esta, dentro de um padrão de racionalidade esperada, suspenderia o novo processo de geração de energia atômica, criando um ganho econômico líquido para toda a sociedade (SILVA, 2009, p. 61).

Assim, a aplicação desta categoria de causalidade geraria em inúmeros benefícios, tais como este supramencionado, visto que a doutrina tradicional só prevê a responsabilização pelo dano causado baseada na comprovação do nexos de causalidade clássico. Desta feita, se a vítima não conseguir prová-lo haverá a irresponsabilidade do agente causador do dano, dado que o nexos causal é estimulado por este viés de “tudo ou nada” (SILVA, 2009, p. 58-61).

No último capítulo será retomada a discussão acerca da causalidade parcial, abrangendo suas características gerais e a posição da doutrina sobre o tema.

Realizadas as considerações pertinentes ao assunto, chega ao fim as análises sobre os pressupostos da responsabilidade civil, bem como as teorias aplicáveis ao nexo de causalidade, passando, neste momento, ao estudo das excludentes da responsabilidade civil.

1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nem sempre ocorrerá a responsabilidade civil do suposto agente. Isso porque, em alguns casos, o nexo causal será rompido, em virtude de fatos variados e, conseqüentemente, o agente será isento de responsabilidade (GONÇALVES, 2018, p. 365).

Vê-se que o conceito utilizado por Gagliano e Pamplona Filho é bastante esclarecedor: “como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 163).

Nesse diapasão, as excludentes de responsabilidade civil representam as causas que desvinculam o “indigitado responsável” do dever de reparar o dano causado à pessoa a quem a responsabilidade estava sendo imputada (NORONHA, 2010, p. 544).

A doutrina utiliza diferentes maneiras de falar sobre este tema. Na lição de Tartuce, as excludentes de responsabilidade são: a culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro e caso fortuito e força maior (2017, p. 593).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho as excludentes são: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro (2018, p. 163).

Cavaleri, por sua vez, utiliza-se da seguinte classificação para explicar as excludentes da responsabilidade civil: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e força maior (2014, p. 86-90).

À vista das diferentes abordagens que a doutrina utiliza para explicar as causas de exclusão da responsabilidade do “agente aparente”, no presente trabalho serão analisadas as seguintes excludentes: o caso fortuito ou força maior, fato exclusivo de terceiro, fato exclusivo da vítima e a culpa concorrente da vítima.

1.4.1 Caso fortuito ou força maior

De início, ressalta-se que estas espécies de excludente da responsabilidade civil são frutos de forte divergência doutrinária. Não poderia deixar de ser, dado que são conceitos complexos e polêmicos.

Para Fernando Noronha, a diferenciação dos conceitos entre caso fortuito e força maior são inúteis na prática, dado que “o tratamento jurídico é um só e único”, ou seja, os efeitos dessas espécies de excludentes serão sempre os mesmos. Assim, este autor faz a distinção destes utilizando dois critérios. O primeiro deles diz respeito à imprevisibilidade e da irresistibilidade. Explica que a característica comum do caso fortuito e da força maior é a inevitabilidade, e esta decorre da imprevisibilidade, que é característica do caso fortuito, bem como da irresistibilidade, aspecto da força maior. A diferenciação entre eles sob o ponto de vista das forças da natureza, ou decorrentes de atos humanos, faz parte da segunda distinção realizada por este autor. Dessa maneira, assinala que o caso fortuito se relaciona à exteriorização das forças da natureza, completamente singulares aos atos humanos. A força maior, por sua vez, refere-se às ações humanas (2010, p. 659-660).

Cavalieri pontua que a característica indispensável do caso fortuito é a sua imprevisibilidade. Já a força maior possui como elemento imprescindível a sua irresistibilidade (2014, p. 89).

Neste sentido é a investigação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho quando declaram que:

a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo) (2018, p. 173).

Ademais, José de Aguiar Dias pontua que o conceito de caso fortuito e força maior podem ser conhecidos a partir de dois critérios que auxiliam na sua diferenciação: a corrente objetiva e a subjetiva (2006, p. 935). Tal como este autor, Maria Helena Diniz também ressalta que o caso fortuito e a força maior possuem dois pressupostos em sua caracterização, quais sejam, o objetivo e subjetivo. Para ela, o requisito objetivo refere-

se à presença da inevitabilidade do evento danoso, já o subjetivo relaciona-se à ausência de culpa na elaboração do evento danoso (2018, p. 139).

O Código Civil, em seu artigo 393 prevê a exclusão da responsabilidade pelos danos que foram causados pelo caso fortuito ou força maior. Preceitua o referido artigo (BRASIL, 2002):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Em regra, o devedor não responderá pelos danos nas relações obrigacionais em que o contrato determina que o devedor do objeto deve entregá-lo ao credor em data aprazada e, antes da chegada do término do prazo, ocorre um evento de natureza imprevisível e inesperado, visto que estes ocorreram por conta do caso fortuito ou força maior (TARTUCE, 2017, p. 593).

No entanto, há algumas exceções em que haverá a responsabilização do devedor, mesmo com a ocorrência de caso fortuito ou força maior. A primeira delas é se houver a mora do devedor, já que mesmo ocorrendo o caso fortuito ou força maior, este responderá por perdas e danos ao credor, dado que desrespeitou a data estipulada para a entrega do objeto, podendo livrar-se da obrigação de reparar o dano somente se conseguir comprovar a “ausência total de culpa ou que o dano ocorreria mesmo não havendo a mora ou o atraso (art. 399 do CC)⁷” (TARTUCE, 2017, p. 593).

A segunda hipótese que representa exceção diz respeito à previsão de responsabilização por esses eventos no contrato pactuado entre as partes, expresso pela cláusula de assunção convencional, conforme dispõe o artigo 393 anteriormente citado. A terceira e última hipótese mencionada por Flávio Tartuce, refere-se aos “casos em que a própria lei prevê a responsabilização por tais ocorrências, como o que consta do art. 583 do CC⁸” (TARTUCE, 2017, p. 593).

Ademais, cabe mencionar como exemplo geral destas exceções a seguinte situação: “Se, por exemplo, alguém com a obrigação de fechar as janelas do

⁷ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

⁸ Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

estabelecimento comercial esquecer-se de fazê-lo, será responsável tanto pelos danos causados por uma tempestade como pelo furto praticado por ladrão que entrou por uma delas” (NORONHA, 2010, p. 651).

Portanto, superados os principais aspectos do caso fortuito e da força maior, sem o intuito, entretanto, de esgotá-los, segue-se com a análise das demais excludentes de responsabilidade civil.

1.4.2 Fato exclusivo de terceiro

A doutrina e jurisprudência não chegam a um consenso sobre o tema, porque não há um texto expresso na Lei que torne clara a compreensão acerca do fato exclusivo de terceiro. Assim, na maioria das decisões, os magistrados baseiam-se na equidade.

Cabe salientar que, ainda que de forma indireta, o Código Civil de 2002, em seus artigos 929 e 930 tratam desta causa excludente, porquanto preveem o direito à ação regressiva em face do terceiro responsável pelo dano causado⁹.

Nessa linha de pensamento, existem ressalvas acerca da aplicação desta excludente da responsabilidade civil em algumas situações. A Súmula que trata deste tema é a 187 do Supremo Tribunal Federal: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”, uma vez que a responsabilidade do transportador é de resultado, sendo obrigado a reparar o dano causado à vítima, podendo posteriormente ajuizar uma ação regressiva em face do causador do dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 180).

No que concerne à conceituação vê-se que, nesta modalidade de excludente, ocorre a extinção do nexo de causalidade, em virtude de que não foi o suposto agente responsável pela causa necessária que resultou no dano. Dessa maneira, ao reconhecer que o causador do dano foi o terceiro, há a exclusão da relação de causalidade acerca do agente aparente. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 482).

⁹ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do [inciso II do art. 188](#), não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Fernando Noronha destaca que o fato de terceiro “é o fato antijurídico praticado por alguém que não seja nem o lesado nem a pessoa de cuja possível responsabilização se esteja cogitando” (2010, p. 649).

Utilizando um exemplo para bem ilustrar o que é a excludente da responsabilidade civil por fato de terceiro, Miguel Maria de Serpa Lopes destaca que esta modalidade de irresponsabilidade é igual a um triângulo, pois é composto de três peças e que:

Duas peças, peças básicas, unem a vítima ao réu - uma relação jurídica qualquer que justifique a convocação do réu a Juízo; a terceira peça, representada pelo terceiro a quem o réu indica como sendo o causador do dano e assim o único responsável. Por conseguinte, reputamos de absoluta necessidade a existência dessa situação originária de vinculação do réu ao fato, para que dê lugar à invocação do fato de terceiro unindo-se às duas peças e assim completando o triângulo. Daí decorre, consoante o nosso ponto de vista, não se caracterizar a exclusão da responsabilidade por fato de terceiro, quando o réu não foi, de qualquer modo, participante do evento danoso [...] (2001, p. 211).

Pode-se citar, ainda, outro exemplo acerca do tema. Nos casos em que ocorre um abalroamento do veículo que transportava pessoas, e estas ficam feridas por conta da batida de um terceiro, o motorista do transporte poderá ser isento da responsabilidade pela excludente do fato de terceiro (DIAS, 2006, p. 925).

Por fim, é importante destacar que não há como misturar o conceito desta espécie de excludente com a responsabilidade civil pelo fato de terceiro, previsto no Código Civil em seus artigos 932 e 933 (LOPES, 2001, p. 211).

1.4.3 Fato exclusivo da vítima

Esta modalidade de excludente da responsabilidade civil ocorre pela conduta exclusiva desta, que ocasionou o dano. Nesta hipótese, não há que se falar em indenização (NORONHA, 2010, p. 649).

No entendimento de Arnaldo Rizzardo, a conduta exclusiva da vítima dá origem à lesão ou concebe o “fato gerador do evento danoso”, ausente a participação de terceiros para a causação do dano final (2013, p. 97).

Um exemplo desta espécie de excludente é a situação em que uma pessoa se atira por livre e espontânea vontade contra as rodas de um ônibus. Aqui, há o chamado fato exclusivo da vítima. Ressalta-se, ainda, que não há que fazer confusão desta excludente de responsabilidade com a figura da culpa (DIAS, 2006, p. 944).

Neste sentido é a lição de Farias, Netto e Rosenvald, ao demonstrar que há um equívoco por parte de alguns doutrinadores que utilizam a presente excludente de responsabilidade civil “como sinônimo de ‘culpa’ exclusiva da vítima. Aqui não está se discutindo quem é o culpado, mas sim a quem atribuir a responsabilidade pelo comportamento que determinou o dano” (2015, p. 478).

Insta salientar que só será causa de quebra do nexo de causalidade e, com isso, a aplicação desta modalidade de exclusão da responsabilidade civil, se atuação da vítima for exclusiva. Ou seja, se houver “concorrência de culpas (ou causas) a indenização deverá, como regra geral, ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 178).

Portanto, o fato exclusivo da vítima ocorre quando a relação de causalidade é interrompida, visto que o dano foi ocasionado por ato somente da vítima, não havendo a obrigação de reparar o dano.

1.4.4 Culpa concorrente da vítima

De início, ressalta-se que é de suma importância entender a diferença entre o fato exclusivo da vítima e a culpa concorrente desta. A distinção entre estas reside no ponto de que a segunda não tem o condão de excluir a responsabilidade do ofensor, mas sim atenuá-la (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 478-479).

Percebe-se, pois, que a culpa concorrente da vítima não configura uma causa de exclusão, porém constitui uma maneira de adequar o dever de reparar o dano para aqueles que concorreram para este resultado, seguindo, assim, o princípio da boa-fé objetiva (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 479).

O Conselho de Justiça Federal demonstrou seu entendimento acerca da matéria quando formulou o Enunciado de n. 459 que assim estabelece: “A conduta da vítima pode ser um fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”. Do mesmo modo, o Código Civil prevê esta modalidade de excludente em seu artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Salienta Cavalieri que a doutrina mais atual prefere utilizar “concorrência de causas” em detrimento de “culpa concorrente”, visto que “a vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como único causador do dano” (2014, p. 58).

Ainda, destaca que as duas condutas, tanto a do agente quanto a da vítima, “concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contando, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima” (2014, p. 59).

Como bem asseveram os autores Farias, Netto e Rosenvald, este artigo do diploma civilista possui acertada finalidade, dado que prevê a atenuação da responsabilidade na “concorrência de causas”. No entanto, comete a falha de citar o termo “culpa” em dois pontos, “quando sabemos da total impropriedade de trazê-la para o setor do nexos causal”. De qualquer forma, a reparação será estipulada de acordo com a contribuição de cada um para o evento danoso, sem necessidade de verificação da culpa (2015, p. 479).

Isto posto, respeitados os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, bem como feito o estudo das excludentes, é forçoso demonstrar a diferenciação da responsabilidade civil subjetiva e objetiva e os seus principais aspectos.

1.5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

No Código Civil prevalece a responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela em que terá que ser provada a culpa do agente para a configuração da obrigação de indenizar. Essa responsabilidade subjetiva está prevista nos artigos 186 e caput do 927 do referido diploma civil, o qual preceitua que “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”. Demonstra o artigo 927 do Código Civil “Art. 927. aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Assinala Jonas de Mello Filho:

No que tange à Teoria da responsabilidade subjetiva, a mesma origina-se no Código Napoleônico, e foi inserida no Direito Civil brasileiro pelo artigo 159 do Código de 1916. Nas suas entrelinhas, assevera que, dependente do comportamento do sujeito, tendo por fundamento a ação ou omissão culposa do agente, não basta, para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexos causal - é necessária a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa (MELLO FILHO, 2011, p. 332).

Dessa forma, a responsabilidade civil subjetiva ocorre quando o agente agiu com culpa, podendo ter sido uma conduta negligente, imprudente ou que houve imperícia. Para tanto, só haverá a obrigação de reparar o dano se houver a prova desse requisito. O Código

Civil prevê esta responsabilidade em seu artigo 951, dispondo que a indenização é devida pelo profissional, no exercício de sua atividade, se agir com negligência, imperícia ou imprudência e sua conduta “causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (BRASIL, 2002).

Diferenciando-se desta, tem-se a responsabilidade objetiva, que configura uma exceção no referido Código, em que a culpa não precisa ser demonstrada, porquanto o simples fato da conduta gerar o dano causado, já resta caracterizada a responsabilidade civil objetiva do agente. Os exemplos de aplicação desta modalidade de responsabilidade encontram-se na Lei, bem como ocorrerá quando for o caso de risco da atividade, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 927, que estabelece a responsabilidade civil objetiva do ofensor: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002). Assim, a responsabilidade objetiva está alicerçada na teoria do risco da atividade, enquanto a responsabilidade subjetiva está apoiada na culpa. É neste sentido a afirmação do ilustre autor Carlos Roberto Gonçalves:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2018, p. 49).

Sabendo que a responsabilidade objetiva também decorre da Lei, é imperioso citar alguns artigos em que incidem a aplicação desta. Os incisos do artigo 932 do Código Civil elencam vários exemplos de responsabilidade sem a necessidade de demonstração da

culpa do agente¹⁰. Dessa maneira, o artigo subsequente, o artigo 933 do referido Código, explica que as pessoas que estão elencadas nos incisos I a V responderão objetivamente¹¹.

Além disto, o diploma civil traz a responsabilidade objetiva nos artigos 936, 937 e 938. O primeiro dita a responsabilidade do dono ou detentor do animal, que deverá ressarcir o dano por ele causado, salvo se provar culpa da vítima ou força maior. O artigo 937 dispõe “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”. E, por fim, o artigo 938, que preceitua a responsabilidade do habitante de prédio, pelos danos advindos das coisas que dele caírem ou que foram lançadas em lugar indevido (BRASIL, 2002).

Além dos exemplos de responsabilidade civil objetiva já citados, existem outros, tais como a responsabilidade por conta das estradas de ferro, nos seguros obrigatórios, a responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade civil da União pelos danos nucleares, a responsabilidade civil nas relações de consumo e etc. Cabe mencionar que a responsabilidade civil objetiva foi abarcada por leis esparsas, tais como

[...] Lei de Acidentes do Trabalho, Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), Lei n. 6.938/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), Código de Defesa do Consumidor e outras (GONÇALVES, 2018, p. 50).

Com o intuito de proteger a parte vulnerável da relação, o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, conferiu prevalência da responsabilidade civil objetiva. O caput do artigo 14 demonstra isso, tendo em vista que preceitua que o fornecedor dos serviços responde pelos danos causados aos consumidores independentemente de comprovação da culpa. A exceção à essa regra, encontra-se nesse mesmo dispositivo, no

¹⁰ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002).

¹¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

parágrafo 4º do CDC, no caso dos profissionais liberais, em que a responsabilidade civil será analisada mediante a comprovação da culpa quando ocorre o chamado fato do serviço, ou seja, quando um serviço prestado é defeituoso.

Sendo objetiva a responsabilidade, é desnecessária e incabível a discussão a respeito da intenção do agente causador do dano ou se ele agiu com imprudência, negligência ou imperícia. De fato, a responsabilidade objetiva confere ao ofendido maior facilidade no que diz respeito à ação para reparação dos danos causados, tendo em vista que este não terá que comprovar a culpa do ofensor; ônus este que muitas vezes torna difícil a demonstração pela vítima do dano (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 178-179).

Conforme explanado, o ordenamento jurídico brasileiro adota tanto a responsabilidade civil subjetiva, quanto a objetiva, sendo àquela a que prevalece no Código Civil. Caio Mário da Silva Pereira afirma que

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva [...] (PEREIRA, 2014, p. 539).

Desta maneira, para a configuração de uma ou outra responsabilidade civil, os requisitos precisam ser respeitados, bem como cada caso deverá ser analisado detalhadamente pelo magistrado, para que seja aplicada a correta modalidade de responsabilidade, conforme preceitua a Lei.

1.6 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Inicialmente, para a compreensão da responsabilidade civil, é primordial conhecer a origem do dever de reparar o dano, buscando saber se surgiu de um contrato ou se houve uma violação ao dever legal, ou seja, se é extracontratual. Entretanto, essas duas modalidades não possuem uma diferença muito precisa, dado que o resultado é o mesmo, posto que a partir do momento em que há uma contrariedade ao dever de conduta, poderá ocorrer a responsabilização do agente pelo dano causado, seja ela de origem contratual ou extracontratual.

Conquanto este entendimento não tenha sido adotado pelo Código Civil Brasileiro, dado que a tese acolhida foi a dualista ou clássica, parte da doutrina segue o posicionamento supracitado, que são os defensores da tese monista ou unitária. Esta destaca que independentemente da origem da responsabilidade civil, o efeito será sempre o mesmo: o dever de reparar o dano causado (GONÇALVES, 2018, p. 46).

Conforme exposto, a doutrina tradicional adotou a classificação bipartida, que são os adeptos da tese dualista ou clássica. Assim sendo, será a partir desta que o conceito será demonstrado no presente trabalho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 67).

Assinalam Gagliano e Pamplona Filho que:

quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou pela própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido como responsabilidade civil aquiliana, enquanto o segundo é a epigrafada responsabilidade civil contratual (2018, p. 68).

Então, tem-se que o desrespeito a um dever posto em um negócio jurídico previsto anteriormente pelas partes, também chamado de ilícito contratual, é uma responsabilidade civil de origem contratual. Por outro lado, quando há a violação de um dever previsto na lei, o ilícito será extracontratual, ou seja, uma responsabilidade civil de origem extracontratual ou aquiliana (CAVALIERI, 2014, p. 31).

A principal diferença apontada pela doutrina entre estas duas espécies de responsabilidade civil diz respeito ao ônus da prova. Na responsabilidade civil contratual, o credor só tem o dever de demonstrar que a obrigação foi descumprida. Neste caso, se o devedor provar a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade, este será isento de reparar o dano. Já na responsabilidade extracontratual isso ocorre de maneira mais complicada, posto que o autor da ação deverá provar que o dano foi ocasionado pela culpa do agente (GONÇALVES, 2018, p. 46).

Percebe-se que na responsabilidade civil contratual o ofendido tem mais chances de ter a sua demanda julgada procedente, uma vez que não necessita comprovar a culpa do ofensor, como ocorre na responsabilidade civil aquiliana (GONÇALVES, 2018, p. 47).

Por fim, importante destacar que a responsabilidade civil médica, a qual será melhor explorada em capítulo próprio, não adota um regime unitário, tendo em vista que a prestação dos serviços deste profissional poderá resultar tanto de um contrato pactuado

entre as partes, quanto de atuação independente de uma relação jurídica preexistente com o paciente, configurando, assim, a responsabilidade civil extracontratual (MIRAGEM, 2007, p. 683).

Ultrapassadas essas considerações basilares, no próximo capítulo será feita a contextualização da responsabilidade civil sob o viés da seara médica, abrangendo as principais discussões que se mostram pertinentes à explanação do tema.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

O estudo da responsabilidade civil do médico abrange uma série de questionamentos e, por isso, demanda uma análise mais apurada sobre o tema, assim como dos principais aspectos da responsabilidade civil e seus pressupostos, conforme demonstrado em capítulo anterior.

Partindo deste conhecimento, cumpre salientar que é de suma importância a análise da responsabilidade civil do médico, porquanto cada vez mais surgem situações as quais a jurisprudência e doutrina precisam enfrentar, fazendo com que a investigação e atualização sobre esta questão enigmática se torne fundamental.

Assim, concluída a análise dos elementos da teoria geral da responsabilidade civil, neste capítulo será feito o estudo dos principais fatores que permeiam a responsabilidade civil do médico, trazendo as discussões atuais, bem como a pesquisa mais detalhada sobre o erro no diagnóstico médico, aspecto central do presente trabalho.

2.1 EVOUÇÃO HISTÓRICA EM OUTROS PAÍSES

Desde os primórdios da humanidade, as dores e as doenças sempre estiveram presentes na vida das pessoas. Para que houvesse a cura ou melhora de um paciente, o médico utilizava técnicas pouco aprofundadas, porquanto na época a anatomia do corpo humano era pouco conhecida. Tanto é assim, que o médico não era tratado como especialista em certa matéria, “mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais” (KFOURI NETO, 2013, p. 56).

Isso se deve ao fato de que não existiam recursos para o conhecimento de todas as patologias existentes, muito menos para saber se o uso de determinada técnica ou tratamento iria funcionar. Assim, conseqüentemente, diante da falta de conhecimento, as pessoas atribuíam o sucesso no procedimento médico às crenças místicas. Fernanda Schaefer ressalta que

Nos seus primórdios a prática médica estava invariavelmente relacionada à religião. Assim, o médico era, na maioria das vezes, visto como um mensageiro dos deuses, e, por isto, qualquer ato falho era imediatamente execrado por toda a sociedade, e o médico rigorosamente punido (2009, p. 17).

Por outro lado, quando os procedimentos e tratamentos restavam ineficazes, resultando na morte do paciente, por exemplo, o médico era visto como inexperiente ou imprudente. O Código de Hammurabi, criado no século XVIII a.C., é o primeiro documento da história que trata do erro médico. Os seus artigos traziam normas reguladoras da atividade médica, bem como previam as sanções aos médicos quando ocorria a lesão ao paciente (ROCHA, 2005, p. 7-8).

Foi em Roma que a responsabilidade civil recebeu seus princípios gerais, que posteriormente nortearam a criação das legislações modernas. Sabe-se que antigamente não se falava em conduta,nexo de causalidade, dano e culpa. O que ocorria era a vingança privada, pessoas que, frente a uma situação de erro médico, faziam a justiça com as próprias mãos.

Em seguida, surge a Lei de Talião, em que o Estado começa a intervir nas relações entre particulares, permitindo a vingança em alguns casos e proibindo em outros. Com o tempo, a vingança privada foi sendo deixada para trás, prevalecendo o pagamento de uma quantia em dinheiro pelo agente do dano para a vítima. A Lei das XII Tábuas estipulava quanto o agente teria que pagar frente ao dano cometido (KFOURI NETO, 2013, p. 57).

A responsabilidade civil foi crescendo e tomando forma com a Lei Aquilia. Esta Lei trouxe a definição de culpa e também formulou algumas situações em que o médico estaria incorrendo em um delito. Com ela, “a reparação do dano limita-se somente ao prejuízo material” (ROCHA, 2005, p. 10). Percebe-se que esta Lei trouxe os primeiros aspectos da responsabilidade médica, sendo posteriormente dividida em civil, criminal e, ainda, em ética.

Ainda sobre a Lei Aquilia, Jonas de Mello afirma:

Entre os romanos, pode-se citar a Lei Aquilia, com uma série de punições aos médicos, entre as quais a que obrigava o médico a indenizar se um escravo morria sob seus cuidados, e, passível de exílio, quando do uso irregular do seu trabalho (imperícia ou negligência)(2011, p. 325).

Após essa longa época em que os médicos eram vistos como magos ou sacerdotes, na Roma Imperial iniciou-se uma reviravolta na visão da medicina, uma vez que foram criados cursos para que os ensinamentos fossem fornecidos e, assim, deu-se maior atenção à higiene, bem como à qualidade da saúde pública, fazendo com que os serviços desses profissionais liberais fossem melhor prestados, assim como que eles pudessem se

especializar e atingir a tão esperada dignidade da profissão (KFOURI NETO, 2013, p. 59).

No Egito, os profissionais liberais da saúde também eram tratados como se fossem sacerdotes. No entanto, a diferenciação reside no fato de que se os médicos seguissem as regras que estavam dispostas no Livro Sagrado, eles não seriam punidos de forma alguma. Contudo, caso não as respeitassem, eram severamente punidos, independentemente do resultado da doença do paciente (ROCHA, 2005, p. 8-9).

Hipócrates, na Grécia antiga, retirou o misticismo sempre presente na conduta médica, bem como contribuiu para a elaboração do documento que mais colaborou para a área da medicina foi elaborado por na Grécia antiga, em que o livro *Corpus Hippocraticum* previa regras sobre noções da medicina (ROCHA, 2005, p. 9).

Nessa época era consignada a ideia de que a culpa do médico não era verificada somente pelo procedimento ter resultado inexitoso, mas sim juntamente com o comportamento ético do profissional liberal. Penas como “trabalhos forçados nas minas, chibatadas, fratura das pernas e, o que era absolutamente mais grave, a crucificação” eram previstos para os médicos (KFOURI NETO, 2013, p. 61).

Com o passar do tempo, na Grécia foram criadas as universidades com cursos de medicina, fazendo com que os profissionais obtivessem a capacidade necessária para trabalhar na área, com documentos que comprovavam sua aptidão para o pleno exercício. Assim, com esse progresso, os médicos adquiriram melhores condições de trabalho, bem como reconhecimento (KFOURI NETO, 2013, p. 61).

Para finalizar esse apanhado histórico da responsabilidade do médico em outros países, temos que em França houve grandes descobertas, que são abordadas até hoje. Conforme nos ensina a lição da ilustre Fernanda Schaefer

Tem-se, portanto, que, na modernidade, foi o Direito francês o grande influenciador das noções de responsabilidade civil do médico. Em 1832 o parecer do Procurador - Geral Dupin determinou que todos os atos médicos que causassem danos a seus pacientes em decorrência de imprudência, ignorância de regras básicas da profissão ou negligência deveriam ser submetidos à apreciação dos Tribunais (2009, p. 20-21).

Após uma revolução ocorrida na jurisprudência, os juízes da França começaram a doutrinar que para haver a responsabilidade civil do médico, em face de sua conduta negligente ou imprudente, era desnecessária a prova da culpa. Kfourí Neto apresenta

algumas decisões que demonstram a evolução da jurisprudência francesa com relação à temática da responsabilidade civil do médico:

[...] O Tribunal Correccional de Mans condenou um ginecologista a reparar as consequências civis de seu erro, que consistiu em empregar, sistematicamente, método que não oferecia mais todas as garantias que requeria a técnica particular para aquele determinado ato. Um doente, em Toulon, operou fibroma no braço esquerdo. A intervenção foi normal. Surgiu, entretanto, paralisia no braço direito. Os peritos concluíram que o acidente proveio de fato raro (compressão devido ao mau posicionamento durante a operação). Alegou-se que o cirurgião, preocupado unicamente com o ato cirúrgico em si, não foi negligente, nem imprudente, mas cometeu simples desatenção absolutamente escusável. O tribunal entendeu, contudo, contrariando os peritos, que o cirurgião deveria ter levado em conta o acidente raro, mas não imprevisível (2013, p. 63).

Percebe-se que, independentemente das disposições legislativas de cada país, os profissionais da medicina necessitam empregar todos os seus conhecimentos e esforços para que o paciente possa melhorar, curar-se ou sobreviver.

No que diz respeito ao Brasil, em linhas gerais, as primeiras faculdades de medicina foram criadas em meados do século XIX, sendo a primeira na Bahia, a segunda no Rio de Janeiro e a terceira no Rio Grande do Sul. Salienta-se que ao longo de cem anos, existiram somente estas três faculdades no país. E somente em 1932 houve a regulamentação das normas sobre a conduta médica a partir do Decreto 20.891 (SCHAEFER, 2009, p. 21-22).

Neste sentido, importante tecer considerações acerca da responsabilidade civil do médico no direito brasileiro, analisando seus principais aspectos para a percepção do tema proposto.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, para que haja a responsabilização civil do médico, é imprescindível que o elemento culpa esteja presente. Ou seja, na ação que visa a condenação deste profissional liberal para reparar os danos causados, o autor deverá provar a culpa deste.

Isto é, o autor deverá comprovar a culpa *lato sensu*, abrangendo a culpa *stricto sensu* (demonstrando a negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo do médico, decorrentes de sua conduta faltosa com os deveres de fornecer a adequada prestação de serviços médicos ao consumidor (MIRAGEM, 2007, p. 681).

Conforme ensina Silvio Rodrigues, para que se tenha a responsabilidade civil do médico, é necessário que “o doente ou seus herdeiros demonstrem que o resultado funesto por ele experimentado derivou de negligência ou imprudência do profissional” (2008, p. 248).

O artigo 951 do Código Civil¹² dispõe que o médico responderá pelos danos causados aos pacientes no exercício de sua atividade, se agir com negligência, imperícia ou imprudência, e causando-lhes lesão, morte, o agravo do mal ou inabilitação para o trabalho. Demonstrando, assim, a responsabilidade subjetiva.

Cabe ressaltar que o Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.931/09, dispõe sobre a ação ou omissão do médico que resultar em dano ao paciente, em seu artigo 1º, previsto no Capítulo III da responsabilidade profissional: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida” (BRASIL, 2009).

Dessa maneira, apesar do médico estar habilitado para a atividade profissional médica, isso não impede que este incorra na culpa *stricto sensu*. Kfoury Neto assim observa: “Constatada a atecnia profissional, ainda que eventual, caracteriza-se a culpa, conducente ao dever de indenizar” (1990, p. 640).

Cumprir destacar que, na maioria das vezes, a responsabilidade civil do profissional médico será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 14, parágrafo 4º¹³ prevê a responsabilidade civil subjetiva dos profissionais liberais (MORAES; GUEDES, 2016, p. 8). Assim, quando há evidente relação consumerista no caso concreto, o médico responderá pelo dano causado se agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia. José de Aguiar Dias frisa que

Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional, o que, de resto, decorre do próprio texto do artigo 951 citado, segundo o qual a obrigação de indenizar só se tornará exigível diante da demonstração de que o dano de que se queixa a vítima tenha decorrido de negligência, imperícia ou imprudência no exercício da atividade profissional. O Código de Defesa do Consumidor,

¹² 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.

¹³ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

que veio antes do Código de 2002, nesse ponto não diverge, estatuinto em seu art. 14, § 4º, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa” (2006, p. 330 - 331).

Vê-se que o médico necessita agir com o máximo de cautela possível em sua atividade profissional, tal como atentar aos deveres que são inerentes do ofício, para que não haja a sua possível responsabilização pelo dano causado, em razão de sua conduta culposa.

Portanto, realizadas as considerações cabíveis sobre o tema, o tópico subsequente é referente à grande discussão presente na doutrina acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil médica.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil do médico, a doutrina apresenta divergência, sendo que alguns consideram como sendo contratual e outros como extracontratual. É de suma importância definir qual a origem desta responsabilidade, visto que a obrigação de reparar o dano causado pode advir tanto do acordo de vontade entre as partes, quanto do desrespeito de um dever jurídico originário. A violação da primeira dá azo à responsabilidade civil contratual, já a segunda causa a responsabilidade extracontratual.

Sobre o tema, a maioria da doutrina entende que a responsabilidade civil do médico tem sua origem no contrato pactuado entre os contratantes. Isto porque, o contrato estabelece um vínculo jurídico entre as partes, fazendo com que exista uma relação jurídica anterior à ocorrência do fato danoso, surgindo o dever de reparação (CAVALIERI, 2014, p. 31).

Concordando com este entendimento, Gerson Luiz Carlos Branco preleciona que, apesar de que em algumas situações não há o firmamento de um contrato médico - como por exemplo um serviço médico de emergência -, o que rege a grande maioria dos casos de responsabilidade civil médica, tem origem contratual (1996, p. 550).

Neste norte, José de Aguiar Dias afirma que a responsabilidade civil do médico é contratual, visto que “[...] a culpa contratual é aquela que determina o dano pela falta de execução de um contrato, enquanto que a culpa aquiliana é a que deriva de ato ilícito, sem nexos jurídicos a que se refira [...]”. Ressalta, ainda, que a jurisprudência brasileira segue

o entendimento predominante da doutrina, qual seja, o de que a responsabilidade civil do médico deriva do contrato (2006, p. 329 -330).

Reconhecendo que a responsabilidade civil do médico deriva sempre de um contrato, Silvio Rodrigues afirma que esta concepção representou “uma conquista no progresso científico” (2008, p. 248).

Entretanto, apesar de a responsabilidade civil do médico derivar, na maioria dos casos, do contrato, ele não exclui de todo modo a possibilidade de ocorrência da responsabilidade extracontratual, que decorre da ausência de socorro, quebra do sigilo profissional e outros (TEPEDINO, 2006, p. 86).

Dessa maneira, embora a maior parte dos autores entendam que a natureza jurídica da responsabilidade civil é contratual, se mostra mais prudente a afirmação dos outros doutrinadores, qual seja, que a responsabilidade civil poderá ser extracontratual, a depender do caso concreto.

Assim o é uma vez que o Código Civil não segue um sistema unitário, sendo possível que os serviços médicos decorram tanto do acordo de vontades entre as partes, quanto dos fatos da vida que colocam o médico frente a frente de uma pessoa doente (AGUIAR JR., 1995, p. 510).

Igualmente, interessante pontuar que não importa se a responsabilidade ser contratual ou extracontratual para fins de deveres gerais do médico, uma vez que este está obrigado na “mesma ordem de deveres em face de seus clientes, independentemente da existência de um contrato. Nesse sentido, a natureza extracontratual seria relevante apenas quanto a normas de ordem procedimental, tais como prazos prescricionais e regras de competência” (SOUZA, 2016, p. 36).

A distinção acerca da responsabilidade civil ser de origem contratual ou extracontratual também se mostra importante quando se verifica a quem está atribuído o ônus probatório. Na responsabilidade contratual, aplica-se o artigo 389 do Código Civil¹⁴, sendo suficiente que o credor demonstre a prova do descumprimento do que fora pactuado no respectivo contrato, juntamente com os outros requisitos da responsabilidade civil. (SCHAEFER, 2009, p. 29).

¹⁴ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Por outro lado, na responsabilidade civil que decorre de um ato extracontratual, é necessário que o autor da ação, vítima da ofensa, portanto, prove a culpa do réu, para que este seja condenado a indenizar o prejuízo experimentado (AGUIAR JR., 1995, p. 510).

Percebe-se que há maior chance de êxito na demanda para a condenação do médico à reparação do danos causados quando a obrigação decorre de um contrato previamente avençado pelas partes (GONÇALVES, 2018, p. 47).

Ademais, importante salientar um ponto em evidência sobre a discussão da obrigação médica ser de meio ou de resultado, o que será melhor analisada no próximo tópico. Neste momento, limita-se à referência desta classificação somente para fins de diferenciação da comprovação da culpa médica. Conforme se verificou, na responsabilidade advinda de um contrato, o credor necessitará apenas demonstrar o descumprimento do contrato pactuado. Aqui, a obrigação é de resultado, porquanto o médico se comprometeu alcançar o resultado esperado pelo paciente (TEPEDINO, 2006, p. 87).

Quando a obrigação for de meio, o médico não se compromete com o resultado, mas somente em dedicar os seus melhores esforços para obtê-lo. Dessa maneira, o credor deverá comprovar tanto a existência de um contrato e a ofensa, como a culpa do médico (negligência, imprudência, imperícia ou dolo) que ocasionou o dano (TEPEDINO, 2006, p. 87).

Contudo, ressalta-se que quando a relação for abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor, não haverá mais a preocupação em torno desta distinção, qual seja, se a obrigação é de meio ou de resultado, visto que o juiz poderá inverter o ônus da prova em favor do consumidor¹⁵ quando “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente”, conforme dispõe o art. 6º, VIII do referido Código¹⁶ (CAVALIERI, 2014, p. 438).

¹⁵ Pontua Paulo Luiz Netto Lôbo que “O Código do Consumidor, no art. 6º, VIII, elevou a inversão do ônus da prova a direito básico do consumidor, positivando o princípio em regra geral e estruturante, a que se subordina qualquer operação hermenêutica. De um modo geral, o juiz poderá determiná-lo, mesmo quando não seja exigível, sempre que se convencer da verossimilhança das alegações do consumidor” (1998, p.395).

¹⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Trazendo essa discussão para o tema do presente trabalho, é relevante assinalar que quando ocorre o erro no diagnóstico, este será de natureza extracontratual, posto que não há um vínculo preexistente entre o médico e paciente para que configure uma obrigação contratual. Resta evidente a caracterização da natureza extracontratual da responsabilidade civil por erro no diagnóstico médico, quando se percebe que, na ação condenatória por danos materiais, o autor deverá provar a culpa do médico, ônus que se apresenta com muito mais dificuldade de demonstração do que se a responsabilidade civil resultasse de um contrato.

Portanto, superadas essas considerações acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil do médico, o próximo tópico abordará a divergência doutrinária sobre obrigação de meio e de resultado na seara médica.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: DE MEIO OU DE RESULTADO

Independentemente da responsabilidade civil do médico decorrer de um contrato ou não, cumpre analisar se esta obrigação é de meio ou de resultado. A discussão acerca desta classificação já foi muito criticada ao longo das últimas décadas, mas ainda se mostra útil, visto que, apesar de não alterar a subjetividade da responsabilidade civil do profissional médico, esta dicotomia é importante para delimitar a prestação devida por este, na definição de inadimplemento, bem como do elemento probatório, como será visto a seguir (MORAES; GUEDES, 2016, p. 18).

A obrigação de meio caracteriza-se por ser aquela à qual o profissional usará de todos os seus conhecimentos e suas habilidades para obter êxito no resultado, o qual não é obrigado a alcançá-lo. Já na obrigação de resultado, o profissional garante o resultado almejado, devendo cumpri-la, porquanto só assim será adimplida a obrigação pactuada (RIZZARDO, 2013, p. 319-320).

Com a mesma clareza, sobre as obrigações de meios e resultados, assevera Ruy Rosado de Aguiar Jr. que:

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios. A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia se, além

disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade).

[...] Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato (1995, p. 511).

O exemplo de obrigação de meio mais citado pela doutrina é exatamente o contrato de prestação de serviços dos médicos, bem como dos advogados. De fato, quando o paciente procura o profissional médico, aquele deseja a melhora em sua saúde. No entanto, na maioria dos casos, referido resultado não faz parte do pactuado e, portanto, “o que o paciente deve exigir é que o médico lhe dispense um tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica; não pode, porém, exigir que o médico proporcione a cura” (MORAES; GUEDES, 2016, p. 18).

Por isso, a regra geral é que a responsabilidade civil do médico se configura como sendo uma obrigação de meio, e somente em casos específicos será de resultado (MIRAGEM, 2007, p. 685). Casos esses como acontece nas cirurgias plásticas, tratamento odontológicos, transfusões de sangue e os exames radiológicos (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1155).

Nesse sentido, um dos principais motivos da realização desta distinção, encontra-se no campo probatório, uma vez que na responsabilidade de meio o ofensor só será responsável se a vítima conseguir comprovar “não a falta de resultado (que entra no âmbito da relação), mas a total ausência do comportamento exigido ou um comportamento pouco diligente e leal. O ônus da prova incumbe ao credor” (COMPARATO, 1967, p. 347).

Diferente é o que ocorre na responsabilidade de resultado, dado que basta que o autor prove que o réu não cumpriu com o que havia sido acordado (se a responsabilidade for contratual) ou que apenas não adimpliu com sua obrigação, mesmo que não haja relação preexistente (responsabilidade extracontratual). Comparato afirma que “Já na obrigação de resultado, a problemática se simplifica, pois só se considera adimplida a prestação com a efetiva produção do resultado” (1967, p. 348).

Importante salientar que a responsabilidade por erro no diagnóstico, objeto do presente trabalho, é de meio, visto que no diagnóstico o médico não se obriga à obtenção do resultado, mas sim de aplicar todas as suas técnicas e seus esforços com o intuito de alcançá-lo.

Isto posto, concluídas essas considerações acerca da divergência doutrinária existente sobre a classificação, neste momento passa-se à análise geral da responsabilidade civil dos hospitais, tanto públicos quanto privados, bem como dos médicos.

2.5 A REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DAS INSTITUIÇÕES HOSPITALARES

Consoante explicação feita em tópico anterior, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, depende da prova do elemento culpa para configurá-la, juntamente com a presença dos outros requisitos. A responsabilidade civil do médico poderá ser regida pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor ou, até mesmo, pela regulamentação elaborada pelo Conselho Federal de Medicina (MORAES; GUEDES, 2016, p. 8).

Por conseguinte, a responsabilidade civil dos hospitais poderá seguir tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor, a depender da caracterização da relação de consumo, ou não, no caso concreto. Por outro lado, para a caracterização da responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e outras instituições da saúde, não há necessidade de demonstrar a culpa destes fornecedores, conforme dispõe o *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷ (MATIELO, 2001, p. 90).

Então, verifica-se que quando as instituições hospitalares oferecem um serviço defeituoso aos seus consumidores, a responsabilidade destas será objetiva, visto que não dependem do elemento culpa para a sua configuração (MIRAGEM, 2007, p. 712).

Por vezes, a responsabilidade objetiva dos hospitais é confundida com a responsabilidade subjetiva do médico, como se a obrigação de reparar o dano dependesse da demonstração da culpa do médico para que a instituição hospitalar fosse responsabilizada. No entanto, percebe-se que esta discussão não tem fundamento, posto que o defeito no serviço foi causado no estabelecimento hospitalar, independentemente se o médico, ao ocasionar o dano, estava agindo com culpa ou não (MATIELO, 2001, p. 89-91).

É neste sentido o estudo de Miragem, destacando que

¹⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A situação de se confundirem em algumas oportunidades a culpa médica (do profissional) e o defeito do serviço (do hospital ou clínica), como resultantes de um mesmo fato, não faz com que possam ser tratados como um mesmo critério de imputação de responsabilidade, presente nos dois regimes, ou que se conclua por uma dependência necessária entre a existência da culpa do profissional e a possibilidade de responsabilização do hospital (2007, p. 713).

Assim, não há que se falar em necessidade de provar a culpa médica nos casos em que o hospital apresentou uma falha no serviço, ou quando o médico violou os deveres que eram inerentes à atividade médica, porquanto o estabelecimento responde objetivamente¹⁸ (MIRAGEM, 2007, p. 713).

Vencida essa questão, convém pontuar a diferença de regime de tratamento feita pela doutrina, entre os hospitais públicos e privados. Sabe-se que a responsabilidade civil admite dois regimes distintos para a sua regulamentação, a depender se for uma relação de consumo ou não.

Para saber se a relação é de consumo, além da necessidade de se ter um fornecedor e um consumidor, também precisa do elemento remuneração, seja ela direta ou indireta, da prestação dos serviços. Assim, conclui-se que os serviços gratuitamente prestados pelos Hospitais públicos, não fazem parte de uma relação consumerista e, para tanto, não seguem as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Ademais, Miragem afirma que

Parece estar excluído da aplicação do CDC, neste caso, os serviços prestados gratuitamente, e que integram as iniciativas de políticas públicas de saúde, as quais situam-se, na hipótese de danos causados pela ação ou omissão estatal, no âmbito da disciplina administrativa da responsabilidade extracontratual do Estado (2007, p. 697-698).

Nesse sentido, se forem prestados serviços públicos, a título gratuito e universal, pelos hospitais da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como as empresas públicas, fundações e autarquias, estes deverão obedecer a um regime jurídico diverso, isto porque são transferidos para o direito administrativo, ramo de direito público. O

¹⁸ Consoante é a lição de Matielo, com relação à responsabilidade civil dos hospitais e clínicas: ‘‘Embora o profissional acusado de erro trabalhe no hospital postado em litisconsórcio passivo, o regime de aferição da responsabilidade de cada um obedece a parâmetros próprios, já que a norma que estabelece a necessidade de demonstração da culpa (art. 14, §4º) tem aplicabilidade limitada aos médicos e não se estende aos estabelecimentos de saúde’’ (2001, p. 89).

artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988¹⁹, dispõe que a Administração Pública responderá objetivamente pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Cabe mencionar que a jurisprudência se divide no que se refere à natureza da responsabilidade do Estado, quando há a prática de fatos danosos nos hospitais públicos em face de terceiros. Entretanto, a maioria entende que a responsabilidade é objetiva (AGUIAR JR., 1995, p. 524 - 527).

Ressalta-se que o Estado poderá se eximir do dever de reparar o dano, de forma total ou parcial, se conseguir comprovar a ocorrência de uma das excludentes já estudadas neste trabalho, no primeiro capítulo, são elas: caso fortuito ou força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente (MELO, 2014, p. 168).

Na área privada, os estabelecimentos hospitalares e clínicas são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que, nestes casos, há um fornecedor de serviços, um consumidor, bem como a remuneração feita por estes. Aguiar Jr. pontua que, embora as instituições privadas sigam o disposto no Código de Defesa do Consumidor, seus contratos de adesão não são harmônicos com os princípios inerentes a este código (1995, p. 531-532).

Portanto, feitas as devidas considerações acerca destas importantes discussões, passa-se à análise do próximo tópico, que abrange os detalhes do erro médico e seus principais problemas.

2.6 ERRO MÉDICO

Como já estudado, para que haja a configuração da responsabilidade civil do médico, é necessário que a culpa *lato sensu* esteja presente. O erro médico é a expressão desta conduta culposa, seja ela em virtude do dolo, da negligência, imperícia ou imprudência do profissional médico.

Percebe-se que os aplicadores do direito possuem dificuldades para aferir a ocorrência do erro médico, porquanto os advogados das partes utilizam argumentos extremamente controversos, fazendo com que o juiz recorra à análise da perícia médica

¹⁹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...]

§ 6º 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.

em cada caso concreto (CARVALHO, 2007, p. 56). Dessa maneira, para que haja o melhor entendimento sobre o tema, convém classificar o erro médico, bem como analisar suas especificidades.

De início, a doutrina classifica o erro médico em erro escusável e inescusável. O erro escusável refere-se à inevitabilidade do dano. Em outras palavras, mesmo que o médico tomasse todas as medidas cabíveis ou utilizasse as melhores técnicas, o dano ainda ocorreria. Já o erro inescusável, é aquele que poderia ter sido evitado se o profissional tivesse tomado todas as cautelas necessárias (SCHAEFER, 2009, p. 62).

Importante salientar que o erro médico é gênero que possui três espécies, são elas: erro de diagnóstico, erro de tratamento e erro cirúrgico, as quais serão estudadas neste momento. O diagnóstico é uma das partes mais importantes do exercício da atividade médica. É com ele que o médico irá “identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado” (KFOURI NETO, 2013, p. 101).

Para entender melhor o conceito de diagnóstico médico, cabe ressaltar as quatro vertentes que buscam explicá-lo, são elas: o diagnóstico funcional, sindrômico, anatômico e etiológico. O primeiro diz respeito ao histórico clínico, bem como dos sintomas relatados pelo paciente. O segundo se refere à atenção que se deve ter ao histórico clínico do paciente, acompanhando a doença, os sintomas ou evolução, e verificando qual órgão ou estrutura foi mais afetada. O diagnóstico anatômico ocorre quando o médico faz a análise no paciente, seja por exame físico ou exame complementar de imagem. E, por último, o diagnóstico etiológico é a busca da causa da doença. Costuma ser o mais complicado, uma vez que existem muitas doenças com poucas causas conhecidas ainda (MORAES, 2003, p. 203-204).

Matielo entende que existem apenas três vertentes dessas, quais sejam, o diagnóstico etiológico, anatômico e funcional. Ainda, afirma que: “o primeiro indica a causa da doença, o agente animado, físico ou químico responsável; o segundo, também chamado topográfico, refere-se ao local, tecido, órgão ou segmento atingido, e o último, o funcional, às alterações da função em consequência da doença” (2001, p. 104).

Ademais, Rizzardo afirma que o diagnóstico diz respeito à determinação da doença, bem como das causas e efeitos advindos dela, constituindo “uma operação delicada, feita em vista dos sintomas apresentados, dos exames e verificações auscultadas em face de testes e de múltiplas reações” (2013, p. 325).

Vê-se, pois, que o diagnóstico é o momento em que há “o enquadramento clínico baseado na capacidade subjetiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, as condições de saúde do paciente” (CARVALHO, 2007, p. 58).

Feito isso, cumpre demonstrar os aspectos gerais acerca do erro do diagnóstico. A doutrina tradicional sempre entendeu que somente há a responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico, se este decorrer de um erro grosseiro, assim como afirma Aguiar Dias (2006, p. 354), Matielo (2001, p. 104), Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 119) e Kfoury Neto (2013, p. 102). Entretanto, este posicionamento é ultrapassado, uma vez que

parece mais consentâneo com nosso sistema entender, assim, que o erro de diagnóstico ocasionará dano injusto, passível de indenização, quando advier do descumprimento de certos procedimentos fundamentais, indicadores da própria falta de diligência do profissional, tais como a anamnese minuciosa, o pedido dos exames de praxe para cada quadro clínico, a elaboração e manutenção do histórico médico do paciente, dentre outras medidas que possibilitem a acuidade do diagnóstico. Cumpridos tais procedimentos, ou, em outras palavras, afastada a hipótese de conduta culposa do médico, eventual erro já não poderá ser atribuído à sua esfera de responsabilidade (SOUZA, 2015, p. 142).

Assim sendo, o erro de diagnóstico é de difícil determinação, pois se está diante de um campo muito técnico, dificultando a análise judicial, isso porque, o juiz deverá verificar a conduta do médico, se este agiu com culpa *lato sensu*, se utilizou de todos os meios para alcançar o correto diagnóstico da moléstia, assim como se foi aplicado o tratamento adequado para o paciente (KFOURI NETO, 2013, p. 101-103).

Neste diapasão, o juiz ao analisar as provas em um caso de erro do diagnóstico, não terá que se orientar nos métodos cirúrgicos ou clínicos utilizados, mas deverá agir da mesma forma se estivesse diante de “qualquer outro erro profissional: ele terá que fazer fé e apreciar a questão à luz do alegado e provado, atendendo, sobretudo, aos pareceres dos peritos e depoimentos de testemunhas” (KFOURI NETO, 2013, p. 103).

Importante destacar que o Código de Ética Médica prevê que é vedado ao médico não utilizar todos os meios possíveis de diagnóstico, bem como de tratamento, reconhecidos cientificamente em benefício do paciente, conforme preceitua o artigo 32²⁰.

²⁰ Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Ademais, é de suma importância que o médico tenha, além de conhecimento e técnica, a sensibilidade para compreender o que o paciente está passando naquele momento e recomendar o melhor tratamento para a sua moléstia.

Portanto, como visto, ocorrerá a responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico sempre que restar demonstrado que este profissional liberal agiu com dolo, imprudência, imperícia ou negligência no exercício de sua atividade, sem necessidade de utilizar a distinção de erro grosseiro ou não, como faz a doutrina tradicional.

Após a identificação da moléstia que acomete o paciente, passa-se à escolha do tratamento que for mais adequado para a melhora ou cura do paciente. Para tanto, o médico poderá valer-se de exames complementares (CARVALHO, 2007, p. 58). Dessa forma, o tratamento é a fase de execução do diagnóstico, a qual o médico indicará meios para que o paciente possa melhorar ou se curar da moléstia.

O erro de tratamento ocorre após a verificação do diagnóstico do paciente, no momento em que o médico prescreve os medicamentos e indica qual o meio mais adequado para o tratamento da moléstia. Assim, caracteriza-se o erro no tratamento quando o médico “receita medicamentos não apropriados para a doença detectada, ou não conduz com eficiência os trabalhos de recuperação” (RIZZARDO, 2013, p. 327).

Neste momento, o médico deverá redobrar os cuidados, uma vez que um simples erro na escolha do tratamento poderá ser fatal para o paciente (SCHAEFER, 2009, p. 77). Matielo afirma que

mesmo cirurgiões com larga experiência têm sido levados aos Tribunais em virtude de erros até certo ponto primários, por certo decorrentes da falta de atenção na execução das tarefas a que estão acostumados e naquele momento empenhados, ou porque claudicam ao negligenciar cautelas essenciais em procedimentos singelos. O passado de um médico e os relevantes serviços eventualmente prestados à comunidade jamais serão salvo-conduto para livrá-lo da investigação judicial e da inevitável condenação recomendada por instrução probatória que indica sua responsabilidade (2001, p. 110).

Há que se ter em mente que o erro no tratamento também poderá decorrer do erro de diagnóstico, fazendo com que o médico seja responsabilizado por ambos, resultante de sua conduta resultante da culpa *lato sensu* (SCHAEFER, 2009, p. 78).

Por fim, alguns doutrinadores tratam o erro cirúrgico como sendo parte do erro de tratamento, tais como Gerson Luiz Branco (1996, p. 556) e Arnaldo Rizzardo (2013, p. 327-328). No entanto, é possível tratá-lo como um ramo autônomo, tendo em vista que também deriva do erro médico e possui suas peculiaridades.

O erro cirúrgico, em linhas gerais, ocorre durante a execução da cirurgia, sendo que não raras as vezes os médicos cirurgiões esquecem instrumentos dentro do corpo do paciente ou não utilizam todas as técnicas necessárias ao procedimento, trazendo sérias complicações ao paciente que, muitas vezes, levam-no a óbito.

Portanto, o médico deverá atentar-se cuidadosamente ao exame clínico, aos exames laboratoriais, bem como da análise dos sintomas expressados pelo paciente, para que não haja erro algum, seja no momento do diagnóstico, tratamento ou na cirurgia, dado que se agir com dolo ou culpa *stricto sensu* poderá ser responsabilizado civilmente a arcar com as reparações do dano causado.

2.7 DEVERES DO MÉDICO

É necessário entender os deveres do médico para que se possa estudar a responsabilidade civil deste profissional liberal. A partir desta análise, se torna claro observar a conduta culposa, visto que esta surge diante do desrespeito a esses deveres inerentes à atividade, que serão estudados a seguir.

Os deveres do médico se classificam em três grupos, são eles: o dever de informação, o dever de assistência e perícia e o dever de prudência (BRANCO, 1996, p. 552). O dever de informação está intrinsecamente ligado ao Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 6º, 31, 46 e 51²¹, bem como pelo princípio da boa-fé, que é citado no Código Civil em seus artigos 113, 187, 422²² (MIRAGEM, 2007, p. 690).

²¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

²² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

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.

Em linhas gerais, o dever de informação se refere à obrigação que o médico possui de informar o paciente sobre a doença que o acomete, os riscos que possui, as chances de melhora ou cura, o tratamento adequado, o custo deste, bem como conversar com os familiares a respeito da moléstia e os cuidados que deverão dispensar com o parente. Percebe-se que este dever é de suma importância, pois abrange todas as fases da atividade médica, tanto no momento do diagnóstico, tratamento e no procedimento cirúrgico.

Ademais, além de informar, cumpre salientar que o médico também deverá utilizar uma linguagem de fácil compreensão, de forma que o paciente possa entender o que acontece, bem como para que não haja nenhum equívoco (WEBER, 2004, p. 662).

O Código de Ética Médica determina expressamente este dever em vários dispositivos, tais como os artigos 13, que está no Capítulo III, os artigos 22 e 24 do Capítulo IV, bem como os artigos 31 ao 42 que se encontram no Capítulo V do referido código.

Passando para a investigação do dever de assistência e perícia, nota-se que esta obrigação diz respeito à necessidade de o médico sempre estar ciente das condições em que o paciente se encontra, seja para socorrê-lo se preciso for, ou para auxiliá-lo em alguma tarefa, sendo vedado ao médico abandoná-lo. Importante pontuar que “o abandono se caracteriza pela situação de desinformação e desassistência, enquanto que para o paciente há a expectativa constante de que está por vir a ‘visita’ médica” (BRANCO, 1996, p.554).

E, finalmente, o dever de prudência. Este constitui um dever genérico, que abrange todas as classes profissionais, uma vez que a atividade de cada uma exige a conduta de cautela. Assim, é uma característica de condição da sociedade, para que consiga alcançar o bem-estar de todos, fazendo com que a sua violação resulte em responsabilização (MIRAGEM, 2007, p. 696).

Dessa maneira, constitui a avaliação ao dever de prudência a observação do grau de atenção do médico dispensado ao paciente, em vista das circunstâncias que o caso apresenta. Isto justifica o fato de que quando o juiz faz a análise da atuação do profissional médico, ele não levará em conta o dever geral de prudência, mas sim verificará a conduta deste frente à situação (MIRAGEM, 2007, p. 696).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Finalizadas as considerações gerais acerca dos deveres do médico, passa-se à indispensável pesquisa do tema da responsabilidade civil médica na jurisprudência do Tribunal de Santa Catarina.

2.8 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Para o entendimento do tema, inicialmente cumpre analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca da responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico.

Identifica-se que a maioria dos julgados são no sentido de não dar provimento ao pleito da parte autora, que interpôs Recurso em face da sentença de improcedência de sua ação indenizatória. Vejamos três decisões que ilustram o posicionamento majoritário do TJSC.

No primeiro caso, trata-se de um Recurso de Apelação interposto pelos autores, que são genitores da vítima, em face da sentença de improcedência da ação condenatória de danos materiais e morais ajuizada contra o Estado de Santa Catarina. Os autores ajuizaram a ação por conta do erro médico cometido, que resultou no falecimento da vítima, pois esta sofreu uma infecção generalizada em seu corpo, o que desencadeou uma parada cardiorrespiratória em decorrência do tratamento inadequado e a alta hospitalar prematura. Todavia, os desembargadores decidiram pelo desprovimento do Recurso de Apelação, com base no fundamento de que o nexo de causalidade não restou comprovado. A ementa é no seguinte sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS E MORAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO. HOSPITAL ESTADUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. PACIENTE INTERNADO COM DIAGNÓSTICO DE TETRAPLEGIA APÓS ACIDENTE. AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTA NEGLIGÊNCIA DO NOSOCÔMIO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO FATO ALEGADO. CONCLUSÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. CONDUTA E TRATAMENTO CORRETAMENTE APLICADOS PELO CORPO MÉDICO NA CONDUÇÃO DO CASO ESPECÍFICO. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. - "Compete ao autor, no entanto, a prova dos requisitos que ensejam a obrigação de reparar; afastado o nexo de causalidade, bem como a conduta culposa do corpo médico, não há que se falar em responsabilidade dos demandados. (AI n. 2011.006762-6, Rel. Des. Newton Janke, j. em 28/03/2012). (Apelação Cível n. 2011.083361-6, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 11-3-2014)." (Apelação Cível 2013.090216-8, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 15/07/2014). - "Não havendo prova de erro médico, falha ou

demora no atendimento, ou confusão indevida de diagnóstico, não há como condenar os médicos, o hospital e o Estado a indenizar a paciente por dano moral." (Apelação Cível 2013.080848-2, Rel. Des. Jaime Ramos, de Chapecó, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 26/06/2014). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.021728-2, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-02-2015) (grifou-se).

O segundo caso que demonstra o posicionamento majoritário da jurisprudência do TJSC, diz respeito a um suposto erro de diagnóstico cometido pelo médico, que indicou o tratamento para esclerose múltipla ao paciente, mas que posteriormente, buscando a opinião de outros médicos, descobriu que, na verdade, estava com um tumor medular na região cervical, o qual causava perda progressiva dos movimentos de seus membros inferiores. Assim, ajuizou a “ação de responsabilidade civil por erro médico cumulada com danos morais” em face do médico que cometeu o erro, alegando que a conduta culposa deste profissional foi determinante para culminar nos danos causados, tendo em vista que se caso o tumor tivesse sido diagnosticado com prontidão e retirado, o paciente teria voltado a caminhar e fazer suas atividades físicas normais. A sentença julgou improcedentes os pedidos da inicial. Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação Cível, reiterando os argumentos constantes na peça exordial. No entanto, os desembargadores decidiram pelo não provimento do referido recurso, pela ausência do nexo de causalidade. Veja-se o fundamento da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE DIAGNÓSTICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. AGRAVO RETIDO. NÃO REQUERIMENTO NO RECURSO. MÉRITO. ESCLEROSE MÚLTIPLA DIAGNOSTICADA APÓS A REALIZAÇÃO DE EXAMES. INÍCIO DO TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE RESULTADO. NOVO DIAGNÓSTICO APÓS APROXIMADAMENTE 3 (TRÊS) MESES E NOVOS EXAMES. TUMOR MEDULAR NA REGIÃO CERVICAL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. PARAPLEGIA. CONDUTA NEGLIGENTE, IMPRUDENTE E/OU IMPERITA NÃO CARACTERIZADA. LINHA DIAGNÓSTICA LÓGICA DE INVESTIGAÇÃO DA DOENÇA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O DIAGNÓSTICO CORRETO E O DANO SOFRIDO. MENINGIOMA QUE, EM REGRA, POSSUI PROGRESSÃO LENTA. RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - Para a apreciação do agravo retido faz-se necessário o requerimento expresso de seu conhecimento, preliminarmente, tanto nas razões quanto nas contrarrazões, consoante o caput e o § 1º do art. 523 do CPC. II - Não há se falar em responsabilidade civil do médico quando o conjunto probatório amealhado, que compreende prova pericial e testemunhal, não é suficiente para constatar a imprudência, negligência ou imperícia do Apelado no diagnóstico prévio de esclerose múltipla (culpa), tampouco para concluir que este fato foi determinante para a ocorrência dos danos sofridos pelo Apelante (nexo de causalidade). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.076042-0, de São Miguel do

Oeste, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 30-03-2015) (grifou-se).

Infere-se, portanto, que a configuração da responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico é a exceção na jurisprudência do Tribunal de Justiça analisado, visto que, na grande maioria dos casos, o nexo de causalidade não restou provado, o que demonstra a dificuldade da parte autora em conseguir comprovar esse liame causal entre a conduta do médico e o dano sofrido.

O julgado abaixo retrata a exceção dos julgados do TJSC, visto que neste caso a sentença julgou procedentes os pedidos dos autores que ajuizaram a ação condenatória por danos materiais e morais em face do Município de São Lourenço do Oeste, tendo em vista que houve erro no diagnóstico cometido pelos médicos do posto municipal. A vítima foi levada duas vezes para o atendimento, contudo, receitaram remédios inadequados para a moléstia que a acometia. Com a piora de sua saúde, foi levada pelos seus genitores ao Hospital Regional do Oeste, onde foi corretamente diagnosticada com pneumonia, que permaneceu internada naquele estabelecimento. Não obstante os cuidados dispensados com a vítima, esta veio a falecer, decorrente do erro cometido pelos médicos. Diante da procedência dos pedidos, o réu, inconformado com a sentença, interpôs Recurso de Apelação, que restou no desprovimento deste, tendo os desembargadores se utilizado dos seguintes fundamentos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - CRIANÇA TRATADA POR TRÊS PROFISSIONAIS DIFERENTES EM POSTO DE SAÚDE MUNICIPAL - DIAGNÓSTICOS EQUIVOCADOS - EXAMES AMBULATORIAIS NÃO REALIZADOS - ENCAMINHAMENTO AO HOSPITAL APENAS NO TERCEIRO DIA, COM INDICAÇÃO DE OCLUSÃO INTESTINAL - PACIENTE ADMITIDA COM DIAGNÓSTICO DE PNEUMONIA BILATERAL - FALECIMENTO EM DECORRÊNCIA DO AGRAVAMENTO DA DOENÇA PELA DEMORA EM FORNECER O TRATAMENTO ADEQUADO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - EXEGESE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COM O ATO ILÍCITO COMPROVADOS - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. "Se a responsabilidade civil dos médicos que prestam serviços em Hospital e/ou maternidade administrada pelo Estado de Santa Catarina é subjetiva, porque depende da comprovação de sua culpa, aqui configurada pela negligência, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, pelos atos danosos de seus agentes, tanto em face da legislação civil (art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002, reproduzindo o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916), como diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: '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' (Apelação

cível n. 2007.056648-2, da Capital, rel. Des. JAIME RAMOS, j. 16.04.2009).[...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.002535-7, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Segunda Câmara de Direito Público, j. 31-03-2015) (grifou-se).

Como visto, a demonstração do nexo de causalidade, bem como da culpa médica são elementos de difícil comprovação por parte da vítima, ficando sem nenhuma reparação pelo dano causado. Na análise da jurisprudência de Santa Catarina, identificou-se que a maioria dos julgados são para o não provimento do Recurso da parte autora, em face da sentença de improcedência de seu pleito indenizatório pelo juízo *a quo*.

Portanto, questiona-se se é correto a vítima, ou a família desta, permanecer sem nenhuma reparação, visto que não obteve êxito em demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano? Resta clara a injustiça que ocorre nestes casos, pois, de fato, houve um prejuízo e o médico, em alguns casos, em que há nítida conduta culposa, poderá ser compelido a indenizar a chance perdida, pelo percentual que participou para o resultado danoso com a aplicação da teoria da perda de uma chance nesses casos.

Em um momento adequado, será analisada a jurisprudência dos tribunais pátrios nas situações em que ocorre a responsabilidade civil do médico pela teoria da perda de uma chance, especificamente nos casos de erro no diagnóstico, o qual ainda possui menor aplicabilidade no direito brasileiro.

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

Como destacado no capítulo inicial desta monografia, a teoria geral da responsabilidade civil pressupõe alguns elementos que necessitam estar presentes para a sua configuração, tais como a conduta, culpa, nexo de causalidade e o dano. Com isso, percebeu-se que o nexo de causalidade é um dos requisitos de mais difícil comprovação, ainda mais na seara médica, visto que o dano poderá decorrer tanto da conduta culposa do médico quanto da evolução da doença do paciente.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, necessita da prova da culpa *lato sensu* deste. Entre outros aspectos, a responsabilidade civil médica é fruto de grandes divergências e problemáticas, tendo em vista que na maioria dos casos em que o paciente sofre o dano, este não consegue comprovar que o dano adveio da conduta culposa deste profissional liberal, resultando na improcedência do pedido indenizatório.

Assim, diante da dificuldade em ver reparado o dano causado, a teoria da perda de uma chance cresce no Brasil, sendo que os principais estudos existentes que explicam essa teoria, são no sentido de que a vítima tem o direito de ser indenizada pela chance perdida de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo.

Portanto, naqueles casos de erro médico em que o nexo causal entre a conduta culposa do médico e o dano sofrido pelo paciente é de difícil comprovação, nasce a possibilidade de indenização pela chance perdida de evitar um prejuízo - nos casos em que o paciente falece - ou de obter uma vantagem, - nas situações em que não é mais possível a cura pelo tratamento.

Neste capítulo, far-se-á uma análise geral da teoria da perda de uma chance e seus principais aspectos, para que seja possível o estudo da aplicação desta nos casos de responsabilidade civil médica. Examinar-se-á, ademais, a natureza jurídica desta aplicação para a utilização da referida teoria na condenação do profissional médico na obrigação de reparar a chance perdida.

3.1 ASPECTOS GERAIS

A teoria da perda de uma chance nasceu na França no século XIX e desde então é aplicada pelos tribunais daquele país. A Corte de Cassação francesa teve sua primeira decisão baseada na teoria da perda de uma chance no dia 17 de julho de 1889, quando determinou a condenação do demandado ao pagamento de indenização pela sua atuação culposa. Este é caso mais antigo de aplicação da teoria da perda de uma chance no conceito de dano da jurisprudência francesa (SILVA, 2009, p. 10-11).

Enquanto em outros países a teoria já era estudada e aplicada, na doutrina brasileira isso demorou para acontecer, visto que os doutrinadores não compreendiam a importância dela. Atualmente, a discussão está se tornando cada vez maior devido às demandas que estão aparecendo no cotidiano dos juristas brasileiros e a ciência do mérito da análise de tal instituto (SILVA, 2009, p. 189). O aparente atraso da realização de estudos mais aprofundados sobre o tema se deve ao fato de que alguns doutrinadores entendiam - e alguns ainda entendem - que a perda de uma chance era incerta, visto que não tinha como comprovar que a conduta do agente realmente ocasionou o dano.

No entanto, essa posição não merece guarida, uma vez que a teoria da perda de uma chance visa reparar a chance que a vítima perdeu de obter uma vantagem ou de evitar um dano. Cabe mencionar que a respeito do dano moral também havia essa discussão. Antes, a doutrina não considerava possível a reparação do dano por esta forma, também com base na incerteza, e hoje em dia é prevista na Constituição Federal de 1988, é largamente aplicada pela jurisprudência e estudada pela doutrina.

O dano pelo viés da perda de uma chance é retratado por Noronha, em sua brilhante obra, dessa maneira:

O dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado: por isso é que, como veremos melhor na exposição subsequente, o valor da reparação do dano certo da perda de chance ficará dependendo do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado (2010, p. 697).

Assim, apesar do recente interesse pelo estudo da doutrina sobre a teoria da perda de uma chance, ainda não é o suficiente, tendo em vista que é carente de maior conteúdo e especificação. Além disso, a jurisprudência ainda é vacilante nas suas decisões, o que se verifica pela fundamentação dos julgados, que serão analisados a seguir.

Diante da imprecisão doutrinária e jurisprudencial sobre a origem da teoria da perda de uma chance e suas repercussões, algumas decisões embasam o provimento da indenização como se esta teoria fizesse parte dos danos morais, outras como danos materiais, e nesta parte, alguns julgados equiparam aos lucros cessantes, outros como dano emergente ou, por vezes, até mesmo como um ramo autônomo de dano²³. Evidente, pois, que faltam estudos mais aprofundados, dada a importância do tema.

Menciona-se que, o que difere a responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance da responsabilidade civil ortodoxa consiste no fato de que na primeira é a chance perdida que será indenizada e não o dano, como ocorre com a segunda. Dessa maneira, a teoria da perda de uma chance prescinde da *conditio sine qua non* da conduta do agente, visto que a partir do momento em que é indenizada apenas a chance perdida e não o dano propriamente dito, não há na conduta do ofensor uma “condição sem a qual” não teria ocorrido o dano, pois outras causas também poderão interferir no resultado danoso, por isso que é só indenizada a chance (SILVA, 2009, p. 104). Retomando o estudo do primeiro capítulo sobre esta condição, tem-se que na teoria geral da responsabilidade civil há que se ter a certeza sobre o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, uma vez que sem aquela, não teria ocorrido o evento danoso. Entretanto, na perda de uma chance isso não ocorre, pois o que será indenizado é a oportunidade perdida e, com isso, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano eventualmente existente poderá ser flexibilizado, tendo em vista que não há a necessidade de comprovar que a conduta do agente realmente ocasionou o dano; se lida com percentuais e chances.

Outro ponto de diferenciação importante entre a responsabilidade civil ortodoxa e a perda de uma chance é que naquela a indenização é medida pelo “tudo ou nada”, ou seja, só ocorrerá a obrigação de reparar o dano se o nexo de causalidade for comprovado, bem como a presença de outros requisitos, e então o causador do dano será responsável

²³ Em sua doutrina, Sérgio Cavalieri Filho leciona que a forma como a perda de uma chance será indenizada é controversa na doutrina e jurisprudência e acrescenta: “Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral. Há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como *terceiro gênero* de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre um extremo e outro caberia uma graduação, que deverá ser feita em cada caso, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade da probabilidade” (2014, p. 101).

pela integralidade deste; caso não demonstrados estes requisitos, não há que se falar em obrigação de reparar o dano. Já na referida teoria, as chances são consideradas, cada uma ensejando certo percentual de responsabilização (SILVA, 2009, p. 105).

No que se refere à aplicação de alguns autores da regra do “tudo ou nada”, Noronha enfatiza que não é a melhor solução, visto que seria injusto a vítima permanecer sem nenhuma reparação da perda da chance de evitar um prejuízo que sofreu (2010, p. 710).

Antes de analisar as características da teoria da perda de uma chance, importante compreender o conceito de chance. Esta se refere a uma suposta expectativa da vítima, que pode se tornar séria na perda de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, conforme a evolução do processo aleatório (SILVA, 2009, p. 13).

Pertinente trazer o conceito de chance elaborado por Sérgio Savi, ensinando que:

A chance implica necessariamente em uma incógnita - um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado (2012, p. 121).

À vista disso, para a aplicação desta teoria, a doutrina faz a distinção da perda de uma chance nos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim e nas situações quando o processo aleatório é interrompido antes de chegar no final. Essa diferenciação é de suma importância para a compreensão das diversas situações em que a teoria da perda de uma chance poderá atuar.

O processo aleatório chega ao seu fim quando a álea em que a vítima estava submetida produz o dano final, ou seja, perde-se a chance de evitar um prejuízo. Já quando o processo aleatório é interrompido, não há o dano final propriamente dito, visto que o curso do processo é impedido de continuar.

Com o intuito de facilitar a compreensão acerca do assunto, cabe mencionar alguns exemplos. Tem-se que o processo aleatório é interrompido antes do final nos casos “clássicos”, por exemplo quando a pessoa perde a oportunidade de passar em um concurso, decorrente de um erro no sistema de organização da banca. Por conseguinte, um exemplo cabível de exposição nos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim, ocorrendo o dano final, se verifica quando o médico dá o diagnóstico errado ao paciente, e, relacionado ao erro, falece. Assim, este perdeu a chance de sobrevida.

Nesse diapasão, a grande contribuição feita por Georges Durry é evidenciada por Peteffi da Silva, que afirmou o grande equívoco em limitar a categoria dos processos aleatórios que seguem o curso até o final aos casos de perda de uma chance na seara médica. Então, conclui-se, que o processo aleatório que chega até o fim, pode ocorrer em todos os casos, não se limitando à seara médica (SILVA, 2009, p. 99-100).

Ressalta-se que a perda de uma chance pode dar origem a duas espécies de dano, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, a depender da situação concreta, divergindo a doutrina a respeito de se seria considerada como dano emergente ou lucro cessante, conforme demonstrado no primeiro capítulo (SAVI, 2012, p. 122).

Portanto, para que seja possível a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil, além de respeitar os requisitos impostos pela teoria geral, a chance também deverá ser séria e real. Ademais, para a compreensão da maneira que o juiz irá quantificar as chances perdidas, também será feita uma breve análise a respeito.

3.1.1 Chance séria e real

Consoante demonstrado, a teoria da perda de uma chance surgiu para que a visão ortodoxa da doutrina sobre os caracteres da responsabilidade civil fossem mitigadas, adequando-se às transformações e necessidades que a sociedade enfrenta.

Para que seja aplicada, essa teoria precisa respeitar tanto os requisitos presentes na teoria clássica da responsabilidade civil - conduta, culpa, nexos de causalidade e dano - quanto seus próprios pressupostos. Para tanto, a chance deverá ser séria e real. Retratando o tema da oportunidade perdida, Fernando Noronha afirma que

Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar um prejuízo que veio acontecer (2010, p. 696).

Não basta que as chances sejam “simples esperanças aleatórias”, pois, nestes casos, não serão indenizadas (SAVI, 2012, p. 122). Assim, a chance perdida deverá ser séria e real, uma vez que é imprescindível demonstrar a realidade do prejuízo final, que

infelizmente não conseguiu ser evitado a tempo, ‘prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria’ (KFOURI NETO, 2002, p. 111).

Ademais, cabe salientar que tanto a perda de obter uma vantagem quanto de evitar um prejuízo podem ser frutos de indenização pela responsabilidade civil consoante referida teoria.

Portanto, a teoria da perda de uma chance não será aplicada quando a chance da vítima em alcançar uma vantagem ou impedir um prejuízo não passa de mera hipótese. Só será aplicada, pois, quando essa chance for real e séria (SILVA; DIAS, 2016, p. 91).

3.1.2 Quantificação das chances

Ultrapassada a discussão acerca da chance ter que ser necessariamente séria e real para que ocorra a obrigação de indenizar, da mesma maneira é preciso compreender a forma como é feita a quantificação dessa reparação da chance perdida.

O objeto da reparação será sempre a chance perdida. A chance a ser reparada se relaciona sempre a um valor inferior ao da vantagem esperada e efetivamente perdida pela vítima. Representando, assim, somente uma percentagem do valor que seria conferido se existisse a prova do nexos causal entre a conduta do ofensor e o dano concreto enfrentado (SILVA, 2009, p. 142-143).

Assim, percebe-se que não haverá uma reparação integral do prejuízo na indenização da chance perdida, visto que isso só ocorreria se o dano é que fosse objeto da obrigação de reparar, e não a chance, como é o caso (SILVA, 2009, p. 143).

Ainda sobre a quantificação dos danos, Kfoury Neto afirma que “ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico - aparentemente vinculado à perda - e o dano em si” (2002, p. 112).

Para que o estudo da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil seja compreendido em sua inteireza, é necessário fazer a explanação do objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO: DANO AUTÔNOMO OU CAUSALIDADE PARCIAL

A natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico é fruto de divergência doutrinária. Isto porque, dentre todos os elementos que precisam estar presentes para a configuração do dever de reparação, o nexos de causalidade e o dano são objeto de forte discussão da doutrina quando se refere à teoria da perda de uma chance.

Rafael Peteffi afirma que

a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano, ora como utilização pouco ortodoxa do nexos de causalidade (2009, p. 115).

Assim, resta analisar se a aplicação da teoria da perda de uma chance, nos casos de responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico, será melhor feita com base na afirmação da natureza jurídica daquela teoria como um dano autônomo, como uma flexibilização do nexos de causalidade pela causalidade parcial ou até mesmo em alguns casos com o embasamento em um e em situações diversas no outro.

Pois bem. Como visto, o processo aleatório a que a teoria da perda de uma chance se baseia se divide nos casos em que este chega ao seu final, e em outras situações que isto não ocorre, pois há a interrupção do processo aleatório antes do dano final.

A doutrina se divide entre os que acreditam ser a perda de uma chance um dano autônomo, e outros que entendem ser ela uma flexibilização do nexos de causalidade, aplicando a causalidade parcial.

A doutrina norte-americana defende que a perda de uma chance é um conceito alargado de dano, bem como entende que a chance perdida na seara médica é um dano independente do dano final experimentado pela vítima (SILVA, 2009, p. 184). Então, para aplicar a teoria da perda de uma chance, Joseph King Jr., George Durré e Yves Chartier entendem que não seria necessária a criação de uma nova espécie de causalidade, já que o dano é autônomo (SILVA, 2009, p. 98). Outro defensor da autonomia do dano na teoria da perda de uma chance é o ilustre autor Fernando Noronha (2010, p. 704).

A consideração da natureza jurídica de dano autônomo da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance pressupõe a sua aplicação apenas nos casos em que o processo aleatório foi interrompido antes de chegar no seu fim.

Já a doutrina francesa é majoritária ao entender que nos casos em que ocorre a perda de uma chance, a causalidade parcial deverá atuar. Partindo deste entendimento, Jacques Bore e John Makdisi ensinam que a causalidade parcial necessita ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil na seara médica (SILVA, 2009, p. 83). Grande parte da doutrina defende que a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica tem como base a causalidade parcial. Miguel Kfoury Neto afirma que “a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo” (2002, p. 111).

Assim, a doutrina majoritária francesa entende que todos os casos de aplicação da referida teoria seriam com base na causalidade parcial. Entretanto, ressalta-se o posicionamento de que nos casos da seara médica, será aplicada a causalidade parcial, por ter ocorrido o dano final. Já a outra doutrina defende que nos casos em que o processo aleatório foi interrompido antes de chegar ao seu final, ocorrerá o alargamento do dano quando aplicada a teoria da perda de uma chance.

Ademais, para que haja a responsabilização civil do médico por erro do diagnóstico, com base na teoria da perda de uma chance, o nexos de causalidade deverá ser flexibilizado, visto que houve o dano. Assim, a causalidade parcial flexibiliza o nexos causal para que seja possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, nos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim, ocorrendo o dano final. Essa aplicação faz com que resulte em maiores oportunidades da vítima em ter sua chance perdida reparada.

Do mesmo modo, no restante dos casos em que o processo aleatório é interrompido antes de chegar no seu final, será feita a aplicação do dano autônomo, com o intuito de que a parte não fique sem reparação, sem depender da ocorrência de um dano final. De fato, seria totalmente injusto indenizar a chance perdida somente nos casos em que ocorre o dano. Um exemplo disto é o caso do advogado que perde o prazo para recorrer por sua conduta culposa *lato sensu*, em uma ação em que foram julgados improcedentes os pedidos do autor, tendo este perdido a chance de obter uma vantagem, qual seja, o possível provimento de seu recurso. Nesta situação, o processo aleatório foi interrompido antes de ocorrer o dano final propriamente dito, visto que mesmo que o advogado interpusse o recurso, o autor poderia ter seu pleito provido ou desprovido, tendo apenas um percentual do suposto ganho da causa.

Portanto, a aplicação conjunta da visão majoritária francesa e a norte-americana seria a solução para a adequada utilização da teoria da perda de uma chance, a depender do caso concreto. Assim, nos casos em que há a responsabilidade civil médica pela teoria da perda de uma chance e o processo aleatório foi até o seu fim, a natureza jurídica será com base na causalidade parcial. Já nas mesmas situações, porém em que o processo aleatório foi interrompido antes de chegar ao fim, será utilizada a natureza jurídica de dano autônomo.

Como o presente trabalho aborda a questão do erro no diagnóstico, em que ocorre o dano final, seja pela perda da chance de obter uma vantagem ou de evitar um dano, será aplicada a causalidade parcial como natureza jurídica da teoria da perda de uma chance.

Cabe mencionar que parte da jurisprudência brasileira não se preocupa com essa discussão suscitada no presente trabalho, qual seja, se a natureza jurídica da perda de uma chance é um dano autônomo ou é fundamentada na causalidade parcial (SILVA, 2009, p. 208).

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro, diversamente do que ocorre em outros países, tem um número insuficiente de autores que se debruçaram na questão da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance (SILVA, 2009, p. 234). No entanto, é necessário que essa questão seja profundamente analisada, tendo em vista que auxiliaria muito no verdadeiro entendimento da teoria, assim como na sua correta aplicação nas decisões.

Petteffi da Silva acrescenta que os doutrinadores deverão continuar expandindo os estudos sobre esta teoria, uma vez que não há nenhum empecilho no ordenamento jurídico brasileiro quanto à aplicação desta (2009, p. 233).

Um exemplo que pode ser citado é o do paciente que se encontra com câncer, e o médico dá o diagnóstico como se fosse outra doença, incorrendo em erro grosseiro. Com o decorrer do tempo, a doença vai se alastrando e o paciente vem a óbito. Aqui, neste caso, temos a ocorrência da morte do paciente como consequência tanto pelo erro no diagnóstico cometido pelo profissional médico, quanto pelo avanço da própria doença que acomete o paciente. Neste caso, e em outros semelhantes, se não for utilizada a teoria da perda de uma chance, ocorrerá a permissão a que esses profissionais continuem tendo esta conduta frente ao paciente, uma vez que “enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente [...]” (SILVA, 2009, p. 242).

Trazendo essa discussão à responsabilidade civil do médico, Rafael Petteffi revela o pensamento de Gérard Mémeteau, quando este afirma que a causalidade parcial deve

ser utilizada em todos os casos de responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance na seara médica (SILVA, 2009, p. 103).

De fato, a causalidade parcial flexibiliza o nexo de causalidade da responsabilidade civil pela perda de uma chance, fazendo com que a parte autora tenha sua chance perdida indenizada, visto que é devida a reparação da chance não o dano em si.

Então, consoante demonstrado, diante da análise realizada, acredita-se que a responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance é separada em dois momentos. Um deles se refere à aplicação na seara médica, em que será feita a utilização da causalidade parcial, uma vez que o processo aleatório foi até o fim, ocorrendo o dano final. No segundo, ocorre a aplicação da referida teoria com base na autonomia do dano, já que o processo aleatório foi interrompido. De fato, não há como se ter a limitação da aplicação de apenas uma espécie de natureza jurídica para todos os casos (SILVA, 2009, p. 106).

Portanto, respeita-se os autores que entendem que a natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil é o dano autônomo em todos os casos. Entretanto, a aplicação de ambas, a depender do caso concreto, é a melhor opção, visto que a utilização de apenas uma atingiria a vítima que não foi abarcada pela determinação, bem como continuaria sem reparação alguma. Além do mais, estudando as teorias da França e do norte da América, isoladamente consideradas e aplicadas, percebe-se que a predominância de uma natureza jurídica sob a outra afronta muitas vítimas, que permanecem sem indenização. Assim, é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance tanto nos casos clássicos, quanto nos de responsabilidade civil do médico, utilizando como base a natureza jurídica adequada à situação. Por isso, o estudo desta é primordial para que haja a compreensão e a correta aplicação nos casos concretos.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA SOB O VIÉS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO ERRO NO DIAGNÓSTICO

Consoante demonstrado em capítulo anterior, o médico possui deveres a serem seguidos, tais como o dever de informação, o dever de assistência e perícia e o dever de prudência. Se desrespeitados, o médico poderá vir a ser responsabilizado em face de sua conduta culposa. Primeiramente, cabe fazer a distinção entre a responsabilidade civil tradicional do médico e a responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance.

Nos casos em que o paciente vem a falecer pelo erro do diagnóstico médico, a responsabilidade civil ortodoxa deste profissional será apurada mediante a verificação da conduta, culpa,nexo de causalidade e o dano. Entretanto, se for evidenciada por intermédio da teoria da perda de uma chance, será verificada tanto pelos requisitos gerais da responsabilidade civil - conduta culposa, nexo causal e dano -, quanto a observância da chance ser séria e real, bem como a quantificação da chance perdida (SILVA, 2009, p. 138-146).

A responsabilidade civil do médico sob o viés da teoria da perda de uma chance também é fruto de críticas por alguns doutrinadores, que acreditam não ser possível a aplicação desta teoria nesses casos.

Entretanto, já há uma sólida propensão da jurisprudência brasileira em aceitar a aplicação desta teoria na responsabilidade civil do profissional médico, bem como dos hospitais. Peteffi da Silva assinala que “nos acórdãos em que a falha médica ou hospitalar é a causa para a perda das chances, não existe a preocupação de que a reparação das chances perdidas poderia caracterizar um desvirtuamento da noção clássica de nexo de causalidade” (2009, p. 207).

Um exemplo caracterizante da aplicação desta teoria na responsabilidade civil do médico é a perda da chance de cura ou sobrevida. Noronha assinala que este exemplo se refere ao

[..] paciente que está definitivamente inválido, ou que morreu mesmo (estes são os prejuízos presentes), porque o médico cometeu um erro de diagnóstico, ou de tratamento: mesmo sem esse erro, poderia ser que o paciente acabasse inválido ou morresse, mas com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores (2010, p. 707).

Assim, percebe-se que é injusto que a parte fique sem reparação alguma, visto que, de acordo com a teoria da perda de uma chance, o paciente perdeu sua chance de sobrevivência que adveio também pelo erro no diagnóstico cometido, sendo totalmente condizente com a função pedagógica da responsabilidade civil a reparação da chance perdida da vítima.

Consoante explicado anteriormente, a causalidade parcial surge para que haja uma flexibilização do nexo de causalidade, característica da teoria da perda de uma chance. Ora, se comprovada que a chance era séria e real, bem como o restante dos requisitos da teoria geral da responsabilidade civil clássica, o juiz no caso concreto, com o auxílio do laudo pericial, irá aferir o quanto de chances que o paciente perdeu decorrente do erro no

diagnóstico médico, e colocará em um percentual a chance perdida. Assim, observados o contraditório e a ampla defesa, sendo realmente comprovada a oportunidade perdida ocorrerá a devida condenação do médico à reparação da vítima. Ressalta-se que o que será objeto da indenização é a chance de sobrevivência reduzida pelo erro no diagnóstico cometido, e não pelo dano em si que fora causado²⁴.

Apesar da jurisprudência julgar procedentes alguns casos em que se pleiteia a responsabilização pela teoria da perda de uma chance desse agente que agiu com dolo, negligência, imperícia ou imprudência, os desembargadores e ministros não se dedicam a discussão sobre a natureza jurídica desta (SILVA, 2009, p. 208). No entanto, a partir do momento em que se aplica a teoria da perda de uma chance nos casos em que o processo aleatório chega ao seu fim, como é a maioria dos casos médicos, tem-se, então, a aplicação implícita da causalidade parcial.

Dessa maneira, o que se espera com a análise deste tema rico em detalhes é demonstrar que a chance de sobrevivência perdida pela vítima poderá ser reparada, se for devidamente comprovada a chance séria e real, bem como os demais requisitos da responsabilidade civil ortodoxa, com a aplicação da causalidade parcial que dá a flexibilização do nexo de causalidade.

O que não pode acontecer é a injustiça da vítima permanecer sem reparação nas situações em que o médico evidentemente agiu com dolo, negligência, imperícia ou imprudência. Isso vai contra o princípio pedagógico da responsabilidade civil, uma vez que não responsabilizando o médico por sua conduta culposa, seja ela total ou parcialmente determinante para o dano, este poderá continuar cometendo os mesmos erros e prejudicando um número ainda maior de pessoas.

Neste momento, cabe demonstrar os percalços que é a aplicação desta teoria nos casos de responsabilidade civil do médico pelos tribunais do Brasil, uma vez que não há o aprofundamento necessário da doutrina sobre o tema para esclarecer os pontos controvertidos e auxiliar nessa aplicação.

²⁴ Sobre o tema, Cavalieri assinala que “de qualquer forma, a indenização deve corresponder à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização” (2014, p. 102).

3.4 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Acerca das decisões nos Tribunais de Justiça do Brasil, Miguel Kfoury afirma que “no que pertine à perda de uma chance de cura ou sobrevivência, numerosas são as decisões que condenam o médico ou cirurgião pelo comprometimento de uma chance de o paciente se restabelecer totalmente - ou de permanecer vivo” (2002, p. 111).

Neste tópico será feita a análise da jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de São Paulo e de Amazonas. A primeira ementa colacionada no presente trabalho se refere à uma ação de indenização interposta pela viúva e filho da vítima que faleceu em virtude do erro de diagnóstico médico. A vítima procurou a emergência do Hospital da Ulbra duas vezes com fortes dores nas costas, sendo erroneamente diagnosticado, sem o requerimento de exames pelos médicos para a investigação da moléstia, bem como os dois médicos, fazendo parte do polo passivo da ação, receitaram medicamentos inadequados para o paciente. Como as dores persistiam, o paciente retornou ao Hospital pela terceira e última vez, visto que o atendimento lhe foi negado. Dessa forma, dirigiu-se ao Hospital Ernesto Dornelles, onde foi corretamente diagnosticado com infarto, desde o primeiro dia que buscou atendimento no outro hospital.

Com fortes dores, em razão da impossibilidade de se tratar decorrente do diagnóstico errado efetuado pelos réus, o paciente foi internado por alguns dias e, após isso, foi liberado. Entretanto, veio a falecer meses depois de infarto do miocárdio. O julgamento da ação de indenização proposta pelos familiares em face dos dois médicos que agiram culposamente, bem como do Hospital da Ulbra, restou improcedente. Em razão disso, os autores interpuseram o Recurso de Apelação Cível, restou parcialmente provida por unanimidade pelos Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que resultou na seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE ATENDIDO EM POSTO AMBULATORIAL. QUADRO CLÍNICO QUE INDICAVA INFARTO. ERRO NO DIAGNÓSTICO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. DANOS MATERIAIS CABÍVEIS. PENSIONAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS (Apelação Cível Nº 70074342106, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 27/09/2017) (grifou-se).

O argumento utilizado pelos Desembargadores foi no seguinte sentido:

[...] 1. No caso, os apelantes recorrem da sentença de improcedência, alegando a existência de erro no diagnóstico dos médicos que atenderam o de cujus, erro na avaliação médica e negligência nos atendimentos. Alegam que no laudo médico do atendimento realizado no Hospital Ernesto Dornelles consta que o paciente estava em processo de infarto anterior ao atendimento no Posto de Atendimento Ambulatorial da Ulbra. 2. O deslinde da causa deve se pautar no constante no Código de Defesa do Consumidor, importando referir que o hospital, por se sujeitar à regra geral prevista no art. 14, caput do referido diploma, responde objetivamente pelos atos dos seus prepostos, ou seja, não havendo que se perquirir acerca da existência de dolo ou culpa; já os médicos, de outro canto, nos termos do que dispõe o § 4º do já mencionado dispositivo, respondem subjetivamente, em face da natureza do serviço prestado e da obrigação assumida, que é de meio, e não de resultado. **3. Hipótese em que restou provada pela prova pericial a falha na prestação do serviço, pois evidenciado que desde o primeiro atendimento o paciente estava infartando e era possível que os médicos recorridos tivessem realizado o diagnóstico correto, em face dos sintomas que o paciente apresentava (dor torácica), somado à idade do paciente e por ter Diabetes mellitus, de maneira que as causas das dores que o acometiam deveriam ter sido melhor investigadas.** 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance, porquanto a conduta do réu contribuiu para a ocorrência do óbito do Cônjuge e genitor dos autores. 5. Configurada a responsabilidade dos demandados devido a sua conduta, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar. [...] **7. Ainda, a indenização por danos morais fundada na aplicação da Teoria da Perda da Chance deve ser proporcional à chance perdida, ponderando-se uma redução proporcional do valor que seria devido à reparação civil integral pela perda em si. Precedentes do STJ e desta Corte.** [...] SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074342106, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 27/09/2017) (grifou-se).

Assim, percebe-se que a teoria da perda de uma chance foi devidamente utilizada em face da responsabilidade civil do médico por erro no diagnóstico e atendimento, tendo em vista que a vítima perdeu a chance de evitar o prejuízo, ou seja, a oportunidade de cura ou sobrevida.

Outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é sobre a situação de um paciente que procurou atendimento decorrente de dores nas costas. Entretanto, os médicos não adotaram os procedimentos cabíveis para o caso do paciente e, assim, não diagnosticaram nas primeiras consultas o tumor hepático no fígado que a vítima sofria e que o levou ao óbito. Dessa forma, as autoras sustentam o erro no diagnóstico cometido pela equipe médica da Clínica.

A ação condenatória por danos materiais e morais foi ajuizada pela genitora e irmãs da vítima em face da Clínica Médica, visto que a equipe médica é que realizou o

diagnóstico errado do paciente. A sentença julgou procedentes os pedidos constantes na inicial. Entretanto, as autoras, irredidas com o *quantum* estipulado do dano moral, interpuseram recurso de apelação, com o objetivo de majorar o valor da indenização por danos morais e verba honorária sucumbencial. A parte ré interpôs Recurso Adesivo. Veja-se a ementa transcrita abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE MEDIDAS PRECONIZADAS PARA AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DA CAUSA DOS SINTOMAS DO PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR (Apelação Cível Nº 70055821367, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013) (grifou-se).

No julgamento dos Recursos, os Desembargadores decidiram, por maioria dos votos, pelo parcial provimento à Apelação Cível das autoras. Cabe transcrever algumas partes da fundamentação feita no acórdão pela Nona Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul:

Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina da Clínica ré foram negligentes na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, ignorando a evolução da sintomatologia e do quadro clínico que apresentava o paciente. Ainda, restou desconsiderado no segundo atendimento os sintomas apresentados pelo paciente, que recomendavam o aprofundamento diagnóstico, com realização de exames, para tentar identificar a origem das persistentes dores lombares do paciente (apesar da inicial ter referido que a queixa era de dores abdominais, todo o prontuário médico refere persistentemente que a queixa era de dores nas costas - na altura dos arcos costais). **Conduta imprudente, negligente e imperita da equipe médica da Clínica ré, que ignorou a sintomatologia apresentada pelo paciente, que demandava uma investigação diagnóstica mais acurada e tratamento mais agressivo para o quadro apresentado. Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico tolheu eventuais chances de cura ou melhora do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou no seu óbito por infecção generalizada.** [...] Considerando a carência de elementos concretos nos autos, a partir do senso comum envolvendo casos de tumores, estima-se em 10% a chance perdida pelo filho e irmão das autoras de ter tido uma evolução positiva de sua doença, que era grave, insidiosa e agressiva. Configurada a responsabilidade da Clínica ré devido à evidente falha no atendimento médico-hospitalar ao de cujus, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar. **POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.** (Apelação Cível Nº 70055821367, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/09/2013) (grifou-se).

Feita a análise das decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul, passa-se à investigação da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. O primeiro caso diz

respeito da vítima que procurou o hospital municipal, pois se queixava de cefaleia, entretanto, os médicos do referido hospital não diagnosticaram corretamente a doença do paciente e, após oito anos de reclamações de dores, bem como de idas e vindas da vítima ao atendimento no hospital, ocorreu a falha no atendimento médico que não o diagnosticou corretamente com câncer no cérebro, vindo a falecer posteriormente.

A genitora da vítima ajuizou a ação de indenização por danos morais, com base na perda da chance de sobrevivência decorrente do diagnóstico tardio, assim como por falta de requerimento de exames para investigar a moléstia que acometia o paciente. A sentença julgou parcialmente procedente a ação. O réu, discordando da decisão, interpôs Recurso de Apelação. No entanto, os desembargadores entenderam pelo não provimento do referido recurso, pois *in casu* ocorreu verdadeira hipótese da perda da chance de sobrevida, sendo o nexo causal caracterizado. Veja-se a ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 1. DANOS MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE NEXO CAUSAL. MATÉRIA FÁTICA QUE DEMONSTRA DEMORA NO DIAGNÓSTICO DE CÂNCER. Indenização por danos morais em razão de erro de diagnóstico de paciente. No caso concreto, o filho da apelada foi conduzido dezenas de vezes à unidade hospitalar sempre relatando cefaleia. Entretanto, por pelo menos 08 anos nunca houve um pedido de exame por imagem. Diagnóstico tardio de câncer no cérebro que acarretou sofrimento e morte do filho da apelada. Hipótese de responsabilidade civil subjetiva do Estado. Conjunto probatório que demonstra a ocorrência de omissão culposa por parte do Poder Público - *faute du service* -, tendo em vista o tardio diagnóstico de doença grave. Perda da chance do falecido de buscar tratamento no momento oportuno, o que lhe impôs sofrimento desproporcional. 2. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Valor da indenização deve ser compatível com o dano, motivo se mostra razoável o valor arbitrado pelo magistrado sentenciante, ante o agudo sofrimento imposto ao paciente e sua evolução a óbito. 3. Sentença de parcial procedência mantida. Recurso desprovido (Apelação Cível Nº 1005305-33.2017.8.26.0266, Quinta Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Marcelo Berthe, Julgado em 13/11/2018) (grifou-se).

Ainda no estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, é interessante trazer outro caso em que ocorre a aceitação da teoria da perda de uma chance de sobrevida nos casos de responsabilidade civil do médico. É importante apenas ressaltar que aqui, mais uma vez, há a responsabilização do hospital municipal, visto que os médicos trabalham no local, então é aquele quem responde, e de forma objetiva, conforme preceitua o artigo 37, §6º da Constituição Federal. No entanto, de qualquer forma, o erro no diagnóstico cometido foi pelo médico que atendeu o paciente.

Nesse sentido, o caso descreve que os genitores da vítima o levaram ao hospital municipal em busca de atendimento, visto que tinha ferimentos ocasionados por arma de fogo. Na ocasião, o médico não deu o diagnóstico correto e o paciente ficou vinte dias internado. Ocorre que apenas dois dias antes da morte do paciente é que sobreveio o diagnóstico de apendicite. Em face disso, o genitor e a avó da vítima ajuizaram a ação de indenização por danos morais contra o hospital. A sentença julgou improcedente o pedido dos autores. Ato contínuo, interpuseram Recurso de Apelação. No julgamento do caso, os desembargadores concluíram pelo provimento do recurso, tendo por base a teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. Abaixo, transcreve-se a ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – FALECIMENTO DO PACIENTE - Atendimento inadequado prestado em unidade de saúde municipal – Demora do ente público em promover a indispensável cirurgia de laparotomia explorativa que restou comprovada nos autos – **Meios disponíveis de investigação que não foram utilizados no tempo devido, prejudicando, assim, o diagnóstico preciso e a implementação do tratamento adequado, com maior chance de sucesso – PERDA DE UMA CHANCE que desborda, "in casu", em prejuízo extrapatrimonial indenizável – Aplicação da "Teoria da Perda de uma Chance" que deve levar em conta chance séria e real, que proporcione efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura mais favorável – Chance real de cura ou de sobrevivência que restou prejudicada – Dano moral que, nessa linha, mostra-se evidente e prescindido de comprovação na espécie – Apelo dos autores provido** (Apelação Cível Nº 1029369-72.2014.8.26.0053, Oitava Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Paulo Dimas Mascaretti, Julgado em 22/08/2018) (grifou-se).

Para finalizar o estudo acerca da jurisprudência brasileira nesses casos, aborda-se o Recurso de Apelação interposto pela parte autora em face da decisão de parcial procedência do julgamento de sua ação de indenização. A autora alega que levou a criança ao pronto atendimento três vezes, pois esta estava sentindo dores, sendo sempre diagnosticada com virose. Entretanto, foi somente na quarta vez do atendimento médico que foi tardiamente diagnosticada com pneumonia. Após dois dias, a vítima veio a óbito. Os desembargadores decidiram pelo parcial provimento da Apelação, com fundamento na responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance diante do erro no diagnóstico. Veja-se a ementa:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIAGNÓSTICO TARDIO DE PNEUMONIA QUE REDUZIU AS CHANCES DE SUCESSO DO TRATAMENTO ADEQUADO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. ADEQUAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE PRESENTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

CORRETAMENTE EXCLUÍDA. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO QUE DEVE SE ESTENDER ATÉ A DATA CORRESPONDENTE À EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ. DANO MORAL MAJORADO À VISTA DA ENVERGADURA DA CHANCE PERDIDA. DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. SÚMULA 421 DO STJ. CORREÇÃO PELO IPCA EM SINTONIA COM O STF. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. In casu, a perda da chance não cuida de reparar o resultado "morte", mas sim o resultado "diagnóstico tardio", dado que este reduziu de tal modo as chances de cura do paciente que, em si mesmo, caracteriza um prejuízo passível de reparação. [...] 4. Tendo em conta que o patamar do dano moral derivado de morte, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (vide AgRg no REsp 1317483/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014), orbita em torno de 500 (quinhentos) salários mínimos, e que por 02 (duas) vezes o paciente teve de retornar ao centro de atendimento, reclamando da persistência e agravamento da enfermidade, para que se chegasse à conclusão de que era necessário submetê-lo a exames mais precisos, reputo justo – proporcional e adequada – a majoração vindicada pela Autora para R\$109.000,00 (cento e nove mil reais). [...] 8. Conheço e dou parcial provimento, também, ao recurso da demandante, para estender o pagamento da pensão para o período em que a criança comemoraria seus aniversários de 25 (vinte e cinco) e 73 (setenta e três) anos de idade, vigendo neste intervalo no percentual de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente na data do pagamento, e para majorar para R\$109.000,00 (cento e nove mil reais) os danos morais (Apelação Cível Nº 0700269-90.2012.8.04.0001, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Relatora: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Julgado em 25/10/2015) (grifou-se).

Acerca do estudo realizado, percebe-se que a jurisprudência brasileira ainda não aplica muito a referida teoria nos casos de responsabilidade civil do médico, sendo poucos os casos. De todas as buscas efetuadas, o Tribunal de Justiça que mais possui decisões sobre este tema nos casos de erro médico é o do Rio Grande do Sul. Esse número diminui ainda mais quando se procura os casos de erro no diagnóstico médico, pela teoria da perda de uma chance. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, tem poucos julgados a respeito da teoria. E, ainda, os casos de provimento dos recursos da parte autora que teve seu pleito julgado improcedente pelo juízo *a quo* é muito menor.

Consoante comentário feito neste capítulo, a jurisprudência não se preocupa com a discussão acerca da natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil médica por erro no diagnóstico médico. Disso decorre a falta de aplicação dessa teoria nos casos concretos e, quando aplicada, na maioria das vezes, é feito de uma forma equivocada.

O principal fator é o escasso número de estudos dedicados sobre o tema. Dessa forma, é preciso o desenvolvimento de mais pesquisas no Brasil sobre o tema, permitindo o aprimoramento das decisões, bem como a doutrina necessita se aprofundar a respeito da natureza jurídica dessa aplicação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar uma forma de fazer justiça nos casos em que a vítima sofre as consequências advindas do erro médico e que, com isso, perde a chance de evitar um prejuízo, sendo este causado pela conduta culposa do médico. Sem a pretensão de esgotar o tema, a presente análise procurou realizar o estudo sobre a natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil por erro no diagnóstico.

Com o intuito de desenvolver o tema, no primeiro capítulo, buscou-se conceituar este instituto e fazer uma breve explanação acerca da origem da responsabilidade civil, demonstrando o conceito desta, visto que é de suma importância para o entendimento do presente trabalho. Após isso, tratou-se de fazer a elucidação de seus pressupostos, expondo a opinião doutrinária, que se divide quanto à escolha de quais requisitos fazem parte da teoria geral da responsabilidade civil. Nesta pesquisa, entende-se que os pressupostos são a conduta, culpa, nexos de causalidade e o dano. No que diz respeito ao nexos de causalidade, buscou-se trazer as teorias que abordam esse requisito nas mais diversas situações, bem como foi feita a investigação da teoria que é a mais adequada para a aplicação do nexos de causalidade. Ainda, nesta parte, tratou-se da causalidade alternativa e causalidade parcial, considerados como formas de flexibilização do nexos causal. Posteriormente, foi feita à análise das excludentes da responsabilidade civil, sendo este um aspecto importante, que explica as situações específicas em que não ocorrerá a responsabilização do suposto agente, apesar de ter ocorrido o evento danoso. Foi feita o estudo do caso fortuito ou força maior, fato exclusivo de terceiro, culpa exclusiva da vítima, assim como da culpa concorrente da vítima. Compreendendo a importância de tratar das discussões doutrinárias, abordou-se a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, bem como do debate em torno da responsabilidade civil ser contratual ou extracontratual.

Disso conclui-se que a responsabilidade civil possui diversas classificações em que são suscitadas as divergências doutrinárias, mas que é de suma relevância estudá-las para a compreensão dos detalhes deste instituto importante para o Direito Civil e para a sociedade como um todo. A partir do momento em que ocorre um dano é gerado, gera a obrigação de indenizar se ficarem caracterizados todos os requisitos inerentes à responsabilidade civil, e verificar se não é o caso da incidência de alguma excludente de responsabilidade.

No segundo capítulo, tratou-se da responsabilidade civil do médico. Para isso, foram analisadas a evolução histórica que ocorreu em outros países, com o objetivo de compreender as circunstâncias em que este instituto está emerso atualmente. Antes, os médicos eram vistos como sacerdotes e não como profissionais dotados de conhecimento e técnica da medicina. Com isso, a responsabilidade civil do médico nasceu e foi tratada de forma diversa em diversos lugares do mundo, sendo abordados os principais aspectos disto. Por conseguinte, buscou-se fazer uma explanação acerca da responsabilidade civil subjetiva deste profissional liberal, uma vez que para responsabilizá-lo, é necessária a presença da culpa *lato sensu*. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, parágrafo 4º, preceitua que os profissionais liberais somente responderão se a culpa *lato sensu* estiver presente na conduta destes. Da mesma maneira, há previsão no Código Civil, em seu artigo 951, acerca do assunto. Posteriormente, tratou-se da discussão acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil médica, uma vez que a maior parte da doutrina entende que ela deriva de um contrato. Entretanto, concluiu-se que os serviços médicos podem ser originados tanto pelo contrato, quanto derivar de atos extracontratuais, o que dependerá do caso concreto. À vista destas discussões doutrinárias, tem-se ainda a respeito da responsabilidade civil do médico ser de meio ou de resultado. Este debate mostra-se pertinente, visto que em alguns momentos o médico será obrigado a adimplir o resultado do contrato ou somente empregar todos os seus esforços e suas técnicas para tentar alcançar o resultado, o que igualmente vai depender da situação em concreto.

Para a compreensão do tema, sentiu-se a necessidade de falar a respeito da regulamentação que envolve a responsabilidade civil dos médicos, bem como dos hospitais. Como visto, os primeiros respondem subjetivamente, já os segundos objetivamente, visto que quando as instituições hospitalares forem regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, haverá uma falha no serviço, pela incidência do artigo 14, deste mesmo diploma. Já quando os hospitais forem públicos, rege-se pelo artigo 37 da Constituição Federal, e também respondem objetivamente. Seguindo a linha de compreensão acerca da responsabilidade civil deste profissional, abordou-se o erro médico e suas especificações. Existem três espécies, são elas: o erro no diagnóstico, erro no tratamento e erro cirúrgico. O foco principal foi no que diz respeito ao erro no diagnóstico médico e suas principais características. Sabe-se que o médico possui deveres em face do cliente e que precisa respeitar cada um dentro de suas particularidades, bem como aplicar todo seu conhecimento e técnica para que o paciente tenha sua êxito em sua

melhora, cura ou chance de sobrevivência. Para isso, estudou-se os deveres inerentes a ele, limitando sua atuação para dentro da ética da medicina. E, finalmente, analisou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para verificar a sua posição frente aos casos em que se pleiteia a responsabilidade civil do médico nos casos de erro no diagnóstico. A conclusão foi clara: é extremamente difícil para a parte autora comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano, fazendo com que a vítima fique sem nenhuma reparação do prejuízo que lhe foi causado. Dessa forma, a posição atual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é majoritário no sentido de decidir pelo desprovimento do recurso da parte autora, que busca anular ou reverter a situação do julgamento de improcedência de seu pleito pelo juízo *a quo*. Assim, buscou-se revelar que a aplicação da responsabilidade civil ortodoxa do médico, ou seja, a indenização pelo dano em si, é de maior dificuldade de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta culposa do médico e o dano do que se for aplicada a teoria da perda de uma chance nestes casos.

Por isso, no terceiro capítulo abordou-se a explicação acerca da teoria da perda de uma chance e seus principais aspectos. Concluiu-se que a reparação será da chance perdida e não do dano em si, como ocorre na responsabilidade civil clássica. Assim, a chance para ser indenizada deverá ser séria e real, bem como é obrigatório que os requisitos da teoria geral da responsabilidade civil estejam presentes, com ressalva quanto ao nexo de causalidade que poderá ser flexibilizado, conforme se constatou. Igualmente, tratou-se da natureza jurídica da aplicação da teoria da perda de uma chance, se é um dano autônomo ou causalidade parcial. Como se viu, na maioria dos casos clássicos, o processo aleatório é interrompido antes de chegar ao seu final, ou seja, não ocorre o dano. Então, nesses casos, a aplicação da teoria será fundamentada como dano autônomo. Já na seara médica, na maior parte das vezes, o processo aleatório chega ao seu fim, ocasionando o dano final. Concluiu-se que nesses casos será aplicada a causalidade parcial. Portanto, além de possível, a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil do médico, por erro no diagnóstico, será aplicada pela causalidade parcial. Dessa maneira, a reparação ocorrerá com base no percentual que a vítima perdeu a chance de curar-se ou sobreviver decorrente da conduta culposa do médico diante do diagnóstico equivocado, constatado pelo perito. Por fim, concluiu-se da verificação dos julgamentos dos Tribunais de Justiça do Brasil, que a aplicação da referida teoria nos casos de responsabilidade civil por erro no diagnóstico médico é bastante tímida ainda, pois ainda não há muita aplicação desta, e isso se deve a vários motivos. O principal deles

é a falta de estudos aprofundados sobre a teoria da perda de uma chance no Brasil, principalmente sobre sua natureza jurídica, fazendo com que os Tribunais apliquem de forma errada essa teoria ou nem a utilizem.

Nesse sentido, é necessário que haja um aprofundamento nas pesquisas acerca da teoria da perda de uma chance, para que as vítimas de erro médico no geral sejam indenizadas pela chance perdida de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, com a devida flexibilização do nexo causal, sendo possível pela utilização da causalidade parcial.

Cabe salientar que não se trata, de nenhuma maneira, em elaborar uma “industrialização” da responsabilidade civil do médico, visto que não há o intuito de passar a ideia de que os médicos deverão ser sempre responsabilizados por qualquer erro. Até porque estes erros podem ocorrer devido a fatores totalmente externos à atividade médica, não tendo o profissional culpa pelo evento danoso diante disto. Mas, sim, o presente trabalho pretendeu demonstrar que se este profissional liberal agiu com culpa *lato sensu*, ocasionando danos à vítima, bem como presentes os outros requisitos da teoria geral da responsabilidade civil, há que se indenizar a chance perdida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, V, n. 17, p.507-540, 1995.

AGUIAR, Roger Silva. Responsabilidade civil objetiva: Do risco à Solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: que tipo de indenização? Revista Jurídica, São Paulo, v. 427, n. 3, p.73-88, maio 2013.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. A responsabilidade civil do médico: Uma abordagem constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERNARDI, Silvia de Liz Waltrick. A prática médica e o Código de defesa do consumidor. Curitiba: Genesis, 2000.

BORGES, Gustavo. Erro médico nas cirurgias plásticas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. , n. 18, p. 543-574, 1996.

BUSSADA, Wilson. Erro médico: Interpretado pelos Tribunais. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALADO, Vinicius de Negreiros. A obrigação médica e a necessidade de superação de dicotomias ultrapassadas - Insegurança jurídica decorrente da distinção entre obrigação de meios/resultado e a sua natureza contratual/extracontratual. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.49-64, abr. 2013.

CARDOSO, Hélio Apoliano. Teoria e Prática das Ações Indenizatórias. 3. ed. São Paulo: Jh Mizuno, 2018.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico: sob o enfoque da Responsabilidade Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, João Monteiro de. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Método, 2005.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. Obrigações. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. , n. 11, p.333-348, dez. 1967.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. A improcedência no suposto erro médico: Obrigações de meio e de resultado?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade civil. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. VII.

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

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

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. , n. 22, p. 607-644, abr. 1990.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. , n. 13, p. 389-398, jun. 1998.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: Fontes Acontratuais das Obrigações Responsabilidade Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.

MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 964, n. 7, p.215-241, fev. 2016.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil do médico. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001.

MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André. Responsabilidad Civil: Delictual y Contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1963.

MELLO FILHO, Jonas de. Erro médico. Curso de Direito Médico, São Paulo, v. 3, n. 11, p.323-348, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico: Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Nelson Figueiredo. Responsabilidade civil Ética, Civil e Penal do Médico. São Paulo: Sarvier, 2006.

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

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. 5 , n. 25, p.677-724, set. 2007.

MIRANDA, Pontes de. Fontes e evolução do direito civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTALVÃO, A. Siqueira. Erro médico. São Paulo: Julex, 1998.

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

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. À guisa de introdução: o multifacetado conceito de profissional liberal. Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p.1-30, jul. 2016.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de Direito Civil: Direitos patrimoniais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Doutrinas essenciais: Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

PARIZATTO, João Roberto. Prática da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Edipa Editora Parizatto, 2011.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. Erros médicos e perícias judiciais. São Paulo: Editora Cronus, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José. Curso de direito médico. São Paulo: Grupo Conceito, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2013.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

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

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica: Civil, Criminal e Ética. Belo Horizonte: del Rey, 2003.

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

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E BREVE ANÁLISE ACERCA DA RECENTE ADMISSÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Revista da Esmesc, Florianópolis, v. 23, n. 29, p.83-104, abr. 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: Estudo na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e dos profissionais da saúde. Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.31-78, jul. 2016.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. Direito Civil: Direito patrimonial Direito Existencial. São Paulo: Editora Método, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito e Medicina. Belo Horizonte: del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Revista Jurídica São Paulo, NOTADEZ INFORMACAO, v. 311, set. 2003, p. 18-43

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. Direito Civil - Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil, São Paulo, v. , n. 24, p.655-675, 2004.