



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**MATHEUS ARCO VERDE BARBOSA**

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ERRO MÉDICO: Análise da  
aplicabilidade jurídica desta modalidade de responsabilização civil**

**JOÃO PESSOA  
2019**

**MATHEUS ARCO VERDE BARBOSA**

**TÍTULO COMPLETO TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ERRO  
MÉDICO: Análise da aplicabilidade jurídica desta modalidade de responsabilização  
civil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Graduação em Direito de João  
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal da Paraíba como  
requisito parcial da obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos  
Santos

**JOÃO PESSOA  
2019**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

B238t Barbosa, Matheus Arco Verde.

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ERRO MÉDICO: Análise da aplicabilidade jurídica desta modalidade de responsabilização civil / Matheus Arco Verde Barbosa. - João Pessoa, 2019.  
60 f.

Orientação: Jonábio dos Santos.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade Civil. 2. Perda de Uma Chance. 3. Erro Médico. I. dos Santos, Jonábio. II. Título.

UFPB/CCJ

**MATHEUS ARCO VERDE BARBOSA**


**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O ERRO MÉDICO: Análise da aplicabilidade jurídica desta modalidade de responsabilização civil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos Santos

**DATA DA APROVAÇÃO: 05 DE SETEMBRO DE 2019**

**BANCA EXAMINADORA:**



**Orientador: Prof. Dr. JONABIO BARBOSA DOS SANTOS  
(ORIENTADOR)**



**Prof. Dr. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS  
(AVALIADOR)**



**Prof. Dra. MARÍLIA MARQUES REGO VILHENA  
(AVALIADORA)**

## **AGRADECIMENTOS**

Utilizo deste momento para fornecer meus singelos agradecimentos a certas pessoas que foram fundamentais na produção deste Trabalho de Conclusão de Curso e, também, no desenvolvimento de minha vida acadêmica dentro da Universidade Federal da Paraíba.

Primeiramente, venho a agradecer aos meus pais Willams Teixeira Barbosa e Ana Cecília Arco Verde Barbosa que nunca mediram esforços para propiciar-me um ambiente repleto de amor, apoio e propício ao meu desenvolvimento como homem e profissional. Tenho certeza que a conclusão desta etapa de minha vida somente foi possível em razão da existência de vocês, pois mesmo em meus momentos de exacerbado estresse ou insegurança, vocês buscaram ajudar-me e fazer com que desenvolvesse o pensamento positivo de sempre acreditar em minha capacidade.

Passo os agradecimentos aos meus avós Nilma Vieira Arco Verde, José Ayres Arco Verde, Severina Barbosa que foram de singular importância em minha vida, principalmente quando criança em que diante da severa rotina de trabalho de meus pais, passei longos períodos em suas casas e, assim, acabei por ter grande parte de minha educação fornecida por vocês e, diante disto e de tantas outras coisas que vocês fizeram por mim, somente tenho o prazer de dizer obrigado e que os amo. Menciono, ainda, meu avô paterno Severino Barbosa que, apesar de não ter-lhe conhecido em razão de seu falecimento precoce, tenho uma admiração tamanha pela formação dada a meu pai e tios e ao qual tenho certeza que seria um grande companheiro de aventuras não fosse o triste evento mencionado.

Aproveito, também, para agradecer o restante de meus familiares, minha namorada Amanda e meus amigos que sempre forneceram-me apoio e paciência diante de momentos de felicidade e de tristeza. Vocês que fizeram com que um filho único nunca se sentisse sozinho, mas, na verdade, que estivesse sempre repleto de companheirismo e amor.

Por fim, agradeço a meu orientador que desempenhou papel de singular importância não somente na feitura desta monografia, mas, também, em minha vida acadêmica, desempenhando com extrema propriedade a função de um docente, capaz, inclusive, de tornar aulas sobre Direito Falimentar em assuntos interessantes. Dito isto, parableno-o professor Jonabio pelo trabalho prestado e por desempenhar sua profissão com tamanha responsabilidade e dedicação. Ademais, agradeço, também, a todos os outros docentes do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba pela escolha desta profissão de incontroversa importância, bem como em razão da forma extremamente competente com a qual realizam este ofício e,

também, por todo ensinamento profissional e humano repassado para mim e toda minha turma de concluintes de 2019.1.

## **RESUMO**

Este trabalho monográfico produzido com base na técnica de pesquisa documental indireta - caracterizada pela realização de pesquisas teóricas e bibliográficas - dedica-se a defesa da aplicação da teoria da perda de uma chance em face do erro médico como modalidade de responsabilização civil. Para isto, será introduzido no primeiro capítulo o estudo da teoria geral da responsabilidade civil, sendo no segundo discorrido acerca da responsabilidade civil do médico e de instituições hospitalares conforme o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética da Medicina, bem como serão apresentados alguns julgados que comprovam a realidade existente na jurisprudência brasileira em que o paciente vitimado corriqueiramente não recebe indenização. Diante desta situação, inicia-se o terceiro capítulo em que serão analisados os aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, sendo enfocado, ainda, na natureza jurídica da chance perdida e, por fim, advogada a aplicação desta na seara médica como uma ferramenta para evitar a injustiça de permanecer o paciente sem receber reparação alguma mesmo estando comprovado o erro médico. Ademais, destaca-se que a proposta tratada no último capítulo é de recente utilização no território brasileiro e, por isso, ainda existe certa resistência em aplicá-la, o que será veementemente combatido neste trabalho que, por sua vez, terá o objetivo de auxiliar na concretização de sua aplicação jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Erro médico. Teoria da perda de uma chance.

## **ABSTRACT**

This monographic paper, produced based on the technique of indirect documentary research - characterized by the realization of theoretical and bibliographical researches - is dedicated to the defense of the application of the loss of a chance theory in the face of medical error as a form of civil responsibility. For this, the first chapter will be introduced by the study of the general theory of civil responsibility, in the second will be expatiated the civil responsibility of doctors and hospital institutions according to the Civil Code, the Consumers Protection Code and the Medical Ethics Code, as well as some judgments will be presented to prove the reality existing in the Brazilian jurisprudence in which the patient victim commonly does not receive compensation. Given this situation, the third chapter is introduced in which the general aspects of the theory of loss of chance will be analyzed, focusing also on the legal nature of the missed chance and, finally, advocating its application in the medical field as a tool to prevent the injustice of the patient remaining without any restitution even if the medical error is proven. Furthermore, it is noteworthy that the proposal dealt with in the last chapter is of recent use in the Brazilian territory and, therefore, there is still some resistance to apply it, which will be strongly opposed in this work, which will aim to assist in the implementation of its jurisprudential application.

**Keywords:** Civil Responsibility. Medical error. Loss of a chance theory.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>10</b>
2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	10
2.2 CONCEITO .....	11
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	13
2.3.1 CONDUTA.....	13
2.3.2 DANO.....	15
2.3.2.1 DANO PATRIMONIAL .....	16
2.3.2.2 DANO MORAL .....	18
2.3.2.3 DANO ESTÉTICO.....	19
2.3.3 CULPA .....	20
2.3.4 NEXO DE CAUSALIDADE .....	22
2.4 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIZAÇÃO .....	26
2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA .....	28
2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	29
<b>3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO .....</b>	<b>30</b>
3.1 INTRODUÇÃO.....	30
3.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	31
3.3 RESPONSABILIDADE MÉDICA: MEIO X RESULTADO .....	32
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E DOS ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES.....	33
3.5 DEVERES DO MÉDICO.....	35
3.6 ERRO MÉDICO.....	37
3.7 BREVE EXPOSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA .....	40
<b>4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DE UMA CHANCE...43</b>	<b>43</b>
4.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – ASPECTOS GERAIS .....	43
4.2 PERDA DE UMA CHANCE: DANO AUTÔNOMO X CAUSALIDADE PARCIAL ...	47
4.3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA.....	50
4.4 ANÁLISE DE JULGADOS DE TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	51
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a responsabilidade civil do profissional médico é um tema que desperta discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E com o considerável aumento no número de procedimentos de saúde que ocorreu atualmente, os debates tornaram-se cada vez mais corriqueiros.

E, neste contexto, a utilização da teoria da perda de uma chance nas hipóteses de erro pode apresentar-se como uma medida para apaziguar a polêmica existente acerca do tema. Aquela, de criação francesa, pode ser usada em uma série de situações e consiste na determinação do pagamento de uma indenização em razão da perda de uma chance real e concreta de evitar-se um prejuízo ou de auferir-se um benefício. Desta forma, para que seja determinada a obrigação de reparar, não será analisado o dano diretamente, mas sim a chance perdida em razão da prática da conduta.

Insta salientar que tal teoria é de recente difusão em território brasileiro, razão pela qual na seguinte monografia far-se-á necessário citar a sua aplicação em outros países, logo, não são numerosos os julgados existentes no Brasil em que encontra-se a aplicação desta tese, sendo prevalecente, principalmente na seara do dano causado por erro médico, a aplicação da teoria geral da responsabilidade civil.

Todavia, como será analisado de forma mais significativa posteriormente, a aplicação desta teoria geral deixa, por muitas vezes, a vítima do evento danoso sem nenhuma reparação, tudo isto em razão da grande dificuldade de cumprir todos os requisitos impostos para que seja criada a obrigação de indenizar, mais notadamente do nexo de causalidade que, segundo as teorias clássicas, exige a comprovação de que a conduta foi *conditio sine qua non* do dano.

Porém, com a aplicação da tese defendida nesta obra, possibilitar-se-á um considerável aumento nas hipóteses de responsabilização, dito que esta está relacionada a perda de uma chance e não, necessariamente, ao dano, diferentemente do que ocorre na modalidade clássica.

É nesse cenário de discussão jurisprudencial, doutrinária e de notável dificuldade de responsabilização pessoal do profissional médico que é produzida a tese ora introduzida, a qual, por sua vez, tem o árduo objetivo de apaziguar, ao menos parcialmente, as inúmeras polêmicas ligadas ao tema e possibilitar, assim, uma maior justiça nos casos concretos.

Acerca da relevância deste tema, destaca-se que são corriqueiras matérias nos mais variados meios de comunicação em que se é relatado o caso de um paciente que teve o seu estado de saúde prejudicado ou até veio a óbito em razão de um erro de diagnóstico do profissional, sendo tais casos mais regulares em hospitais públicos.

Percebe-se, também, que o assunto está diretamente relacionado com um direito humano constitucionalmente garantido no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, tal qual o direito à saúde. Este, por sua vez, apresenta-se como um direito de segunda geração, conforme classificou Karel Vasak, e, ainda, como um direito social. Neste sentido, resta incontroverso que a responsabilização tem, como fora supramencionado, uma função pedagógica, acarretando, pois, com que o profissional desempenhe sua ocupação de forma mais precavida e condizente com as obrigações que a ele são dadas, o que, por sua vez, possibilita uma melhora na prestação dos serviços e, ainda, a maior defesa ao direito ora discutido.

Outrossim, para cumprir o objetivo almejado, esta monografia será constituída com base na técnica de pesquisa documental indireta, sendo caracterizada pela realização de pesquisas teóricas e bibliográficas, compreendendo a análise de livros, artigos científicos, entendimento jurisprudenciais e textos que discorram acerca de temas relacionados à responsabilidade civil, ao erro médico, à adoção da Teoria da Perda de uma Chance, sem negligenciar a investigação acerca das consequências práticas da adoção da tese ora defendida.

Ademais, será utilizada uma pesquisa descritiva baseada na coleta de dados das fontes supramencionadas, com um método de abordagem hipotético-dedutivo. Este, fora criado pelo filósofo austríaco Karl Popper e parte do problema existente, do conflito (adoção da Teoria Geral da Responsabilidade Civil para o caso do erro médico), para deduzir as consequências (exacerbada dificuldade de responsabilização pessoal do profissional) e apresentar soluções (fazer uso da Teoria da Perda de uma Chance).

Traz-se, ainda, que dividir-se-á a monografia em três capítulos. O primeiro consistirá na abordagem geral sobre a Responsabilidade Civil, seus elementos fundadores e as causas de exclusão da responsabilização, o segundo, por sua vez, estará relacionado com o estudo da responsabilidade civil do médico, sendo mencionados acórdãos que relatam a tendência jurisprudencial neste aspecto. Enquanto o terceiro, e derradeiro, tratará sobre a teoria da perda de uma chance e sua aplicação na hipótese de erro médico, havendo, ainda, uma breve análise da jurisprudência prática relacionada ao tema.

Feita esta breve introdução sobre o tema e aspectos gerais do trabalho, inicia-se o primeiro capítulo.

## **2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Diante da realidade histórica da existência de violações ocorridas a direitos de outrem, o tema da responsabilidade sempre foi de enorme destaque no Direito. Podendo esta ser de cunho civil, administrativo e, inclusive, penal. Nesta obra, porém, será focado o estudo da primeira hipótese.

Ademais, é incontroverso que a teoria geral da responsabilidade civil não foi historicamente similar ao modelo atualmente existente, desta forma destaca-se que a sociedade sempre foi dinâmica de maneira a ser natural a ocorrência de mudanças, o que, por sua vez, acarreta em renovações no próprio ordenamento jurídico, haja vista que o Direito é diretamente um reflexo da realidade, o que promove uma necessidade de modificação na medida em que àquela altera-se. Outrossim, para melhor compreensão, serão abordados neste capítulo alguns aspectos desta.

### **2.1 Síntese Histórica da Responsabilidade Civil**

O Direito apresenta-se como um produto da realidade social na qual é construído, desta forma, sendo reflexo das práticas e valores apoiados. Isto, por sua vez, acarreta em uma enorme diferenciação acerca das medidas e fundamentos determinados por aquele em razão da violação do direito de outrem. Nesta medida, é de notória importância a feitura de uma evolução histórica da responsabilidade civil, haja vista que violações a direitos sempre ocorreram, mudando-se, porém, a forma de combatê-las.

No primeiro momento traz-se que a responsabilidade civil independia da existência da culpa do agente causador do dano, necessitando-se, somente, a existência de um dano causado a outrem por ação ou omissão de um agente (PANAFIEL, 2013), desta maneira, não havia a imposição de comprovação de que o agente havia atuado com imperícia, imprudência ou negligência para que fosse responsabilizado pelo dano, bastava apenas a existência deste. Ademais, neste momento, não era presente a limitação de responsabilização patrimonial do causador do dano, o que, por sua vez, acarretava na ocorrência de uma reação violenta, direta e sem limitação dos ofendidos para com o ofensor, sendo esta fundamentada em costumes e, ainda, em uma vingança coletiva (PANAFIEL, 2013). Neste aspecto, apresentava-se uma “reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes” (DINIZ, 2009, p. 11).

Posteriormente, começou a ser utilizada a Lei de Talião marcada pela noção de “olho por olho, dente por dente”, o que significava que poderia o ofendido causar ao ofensor prejuízo semelhante ao sofrido. Desta forma, apresentava-se um modelo evidente de vingança privada, também chamado de *vendetta* (PANAFIEL, 2013). Todavia, é notória a existência de uma evolução nesta fase, dito que diferente da ausência de limitação existente anteriormente, agora exigia-se uma equivalência do prejuízo causado pelo ofensor e do por ele sofrido, cabendo, inclusive, a atuação do Poder Público para a análise destes limites.

Após o sistema de *vendeta*, passou a ser adotado o sistema de compensação caracterizado pela contraprestação pecuniária feita pelo ofensor em razão do dano causado a outrem, desta maneira, substituíam-se as modalidades de responsabilização física (tais quais a aplicação da Lei de Talião e das vinganças coletivas) pelo ressarcimento econômico do ofendido (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.32-36).

Há de ser esclarecido, ainda, que a adoção deste sistema de compensação foi concomitante à centralização do poder estatal e, por consequência, do fortalecimento do mesmo. Logo, buscava este impossibilitar que a sociedade continuasse a realizar a justiça “com as próprias mãos” e passasse a cumprir as determinações estatais de solução do delito.

Outrossim, com o advento da *Lex Aquilia* passou a introduzir-se a noção de culpa nos ordenamentos através da criação da responsabilidade extracontratual (PANAFIEL, 2013). Destaca-se, ainda, que com o passar do tempo, passou-se a diferenciar a responsabilidade penal e a cível, estendendo a primeira relacionada a infrações criminais e a segunda a noção de reparação de danos.

Traz-se, ainda, que um grande marco para a diferenciação das responsabilidades Civil e Penal fora o Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico), bem como que o mesmo trabalhou pressupostos para a responsabilização civil atualmente existente, tal qual a culpa (CAPANEMA, 2004, p. 12).

Neste diapasão, percebe-se que fora demasiadamente longo o processo de desenvolvimento da responsabilidade civil, estando, este, inclusive, em constante desenvolvimento nos dias atuais. Dito isto, apresenta-se de extrema importância a definição do conceito desta, dos pressupostos, das causas excludentes e, ainda, as modalidades de responsabilização.

## 2.2 Conceito

Destaca-se, primeiramente, que o Direito busca tutelar as ações do indivíduo que comporta-se em acordo com as disposições legais, e, ao mesmo tempo, almeja reprimir o que comporta-se contrariamente aos regramentos. Desta forma, há uma clara ambição de restringir e corrigir os efeitos nocivos dos atos ilícitos, bem como que deve amparar os lícitos (CAVALIERI, 2012, p. 26).

Em acordo com os objetivos supramencionados, o Direito acaba por impor certas obrigações às pessoas a quem ele está subordinando. Podendo essas serem gerais, ou seja, imputadas indistintamente a todos os cidadãos ou, ainda, serem específicas, nas quais somente alguma (s) pessoa (s) restarão vinculadas. A título de exemplo da primeira hipótese traz-se o dever de não destruir o patrimônio de outrem, enquanto da segunda cita-se a situação de uma pessoa ter pactuado com outra um contrato de compra e venda.

Percebe-se, ainda, que estas obrigações originárias determinadas pelo Direito aos indivíduos podem ser positivas ou negativas. Naquelas, busca-se um dar ou um fazer, quanto nestas almeja-se um não fazer.

Resta incontroverso que eventualmente a obrigação imposta pode vir a não ser cumprida e é neste cenário que torna-se extremamente relevante o estudo sobre a responsabilidade civil.

Etimologicamente, a palavra “responsabilidade” é derivada do verbo em latim *respondere* que significa a obrigação de responder pelas consequências jurídicas do ato praticado. Logo, percebe-se claramente que a responsabilidade está relacionada a um dever sucessivo oriundo da ocorrência de um fato jurídico (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 53).

Logo, percebe-se que a responsabilidade civil está relacionada ao descumprimento de um dever originário e, conseqüentemente, perfaz-se em uma obrigação derivada. Neste diapasão, aduzem os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

É importante salientar-se, ainda, que os dispositivos supramencionados discorrerem acerca da responsabilização civil em razão de atos ilícitos, apresentando-se, assim, como ações ou omissões culposas ou dolosas que violam um dever jurídico e acarretam dano (prejuízo) a outrem (GONÇALVES, 2017, p. 15).

Existe ainda a possibilidade de esta ser fundamentada em um ato lícito, ou seja sem violação a um dever ou obrigação legal, sendo previstas hipóteses destes casos nos artigos 188, 929 e 930 do Código Civil de 2002. Acerca desta possibilidade, traz-se como exemplo o caso do artigo 1313 da codificação supramencionada que, mesmo tendo obrigado, em algumas hipóteses, o proprietário a aceitar a entrada do vizinho em seu imóvel, previu que este responderá pelo ressarcimento do dano causado em razão do exercício do direito assegurado legalmente (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 58-90). Acerca destas hipóteses, percebe-se que um elemento em comum para justificar a responsabilização mesmo em casos permitidos pela Legislação está relacionada a existência do risco inerente a atividade praticada (DINIZ, 2018, p. 53).

Desta forma, percebe-se que a responsabilidade civil pode advir da ocorrência de um ato ilícito marcado pela violação de um dever ou obrigação determinada em lei, ou, inclusive, pode ser fundamentada em um ato lícito (em conformidade com o direito) desde que trate-se de hipótese em que o próprio desempenho da atividade, em razão de sua natureza, acarreta no surgimento ou aumento de riscos a direitos de outrem.

Diante do exposto, infere-se que a responsabilidade civil tal qual um dever sucessivo, dependerá de uma conduta que violou a obrigação originária, podendo, ainda, caracterizar-se como um ato ilícito (marcado pela presença do elemento da culpa) ou, até, por um ato lícito que veio a acarretar danos a outrem.

## **2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil**

Após a análise acerca do conceito da responsabilização civil, é imperioso comentar sobre os requisitos indispensáveis para que esta ocorra em face da ação ou omissão do agente, não sendo, logo, de fácil execução a tarefa de buscar reparação ou indenização em face do prejuízo advindo.

E, neste contexto, surge a discussão sobre os pressupostos para a responsabilização civil. Destaca-se, porém, que não há, porém, um entendimento doutrinário consolidado acerca de quais são esses. Todavia, em acordo com os ensinamentos de Sergio Cavalieri, de Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Flávio Tartuce, considerar-se-ão: a conduta; o dano; o nexo de causalidade; e a culpa.

### **2.3.1 Conduta**

A conduta é o primeiro elemento da responsabilidade civil, logo, é impreterível que esta ocorra para que um indivíduo venha a ser responsabilizado. Neste diapasão, esta consiste em um comportamento humano voluntário que é exteriorizado por meio de uma ação ou omissão e que acarreta consequências jurídicas (CAVALIERI, 2012, p. 50).

Neste contexto, destaca-se que nem toda ação será considerada como conduta para os fins da responsabilização, os fatos da natureza, por exemplo, ainda que tenham sido ensejadores de danos, não têm o condão de acarretar a consequência ora estudada, pois somente as ações humanas são suscetíveis de gerar esse dever jurídico (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 83).

Ademais, outro elemento imprescindível para que ocorra a caracterização deste pressuposto diz respeito ao elemento volitivo, pois há de estar presente a liberalidade do sujeito na prática da ação, ou seja, deverá ele ter optado conscientemente por realizar a ação ou a omissão. Não poderá, assim, vir a responder por atos involuntários ou sobre os quais estava sujeito a forças irresistíveis. Neste contexto, destaca-se o seguinte exemplo:

[...]na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 84).

Há de ser esclarecido, ainda, que a exigência da voluntariedade não significa que o agente deverá almejar a causa do dano, mas sim que tinha consciência da ação que estava a praticar, pois, se adotado o primeiro pensamento, exigir-se-á a presença do elemento dolo, o qual não faz parte dos pressupostos de responsabilização civil.

Outrossim, a conduta pode ser uma ação ou omissão humana. A primeira modalidade é de ocorrência mais corriqueira e consiste em um ato comissivo do agente que, via de regra, descumprindo uma determinação legal ou contratual veio a causar dano a outrem. A segunda, por sua vez, consiste em uma situação em que o indivíduo absteve-se de praticar um ato em contradição a uma obrigação de agir.

Logo, esta omissão deve ter relevância jurídica resultante do dever de agir imputado em razão de uma determinação legal ou contratual. Neste diapasão, destaca-se:

Em casos tais, não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize. (COSTA JUNIOR, 1991).

Além disto, a conduta que gera responsabilidade também poderá, em algumas hipóteses determinadas em lei, ser cometida por terceiro ou, até, por uma coisa que está sob guarda do



indivíduo - inclusive por animais, que no Código Civil de 2002 são considerados bens semimoventes - (CAVALIERI, 2012, p. 51). Um exemplo daquela é o caso dos pais que respondem pelo dano causado por filho incapaz.

Desta forma, existe a possibilidade de o agente responder por um ato que não cometeu, no caso dos pais, percebe-se que não há como o ofendido cobrar valores de um incapaz que, corriqueiramente, não possui renda própria e não tem condições de adimplir o prejuízo causado. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 932, I do Código Civil de 2002, busca solucionar tal problemática ao determinar que os pais responderão pelos atos de filho incapaz em sua companhia ou autoridade.

Percebe-se, logo, que a conduta não é de simples compreensão, dito que possui uma grande variabilidade de ocorrência, bem como que não pode ser entendida como uma simples ação do agente, já que imprescinde do caráter volitivo e pode, ainda, ser derivada de uma omissão, de um não fazer.

### 2.3.2 Dano

Após a análise sobre o pressuposto da conduta, iniciar-se-á o estudo sobre um dos requisitos que mais sofreu influência em razão da evolução da teoria geral da responsabilidade civil e da personalização do Direito Privado advinda com a Constituição Federal de 1988.

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o dano. Este é indispensável para o surgimento do dever de indenizar e pode ser introduzido como a indispensabilidade de existência de um prejuízo ao interesse jurídico tutelado – patrimonial ou extra- causado pela conduta (ação ou omissão) de outrem. (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 94). Esta imprescindibilidade do dano é tão proeminente que o doutrinador Sergio Cavalieri chega a afirmar:

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil (2012, p. 102).

Desta breve introdução, já é possível inferir que o dano não será considerado somente a perda patrimonial sofrida pelo agente, mas, como será melhor discorrido posteriormente, poderá ser materializado em prejuízos extrapatrimoniais, tais quais violações a direitos da personalidade – exemplo da imagem, da integridade física (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 95). Neste sentido, o ministro Luís Edson Fachin defende que a pessoa humana é o centro do

ordenamento jurídico, logo, não há de se negar que um dano causado a esta, independentemente de ter afetado seu patrimônio econômico, fará jus ao ressarcimento e indenização.

Apesar de via de regra o dano, que cumprir os outros pressupostos da responsabilização civil, ser indenizável, o mesmo deverá atender, ainda, certos requisitos. (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 97).

O primeiro requisito é a necessidade de que a conduta cause uma violação a um interesse protegido pelo Direito de uma pessoa física ou jurídica, pode este ser patrimonial ou extrapatrimonial, como fora supramencionado.

O segundo está relacionado a certeza do dano, ou seja, que este é efetivo e indenizável. Vale ressaltar que este requisito não está relacionado a necessidade de comprovação de prejuízo econômico, até porque, como já foi mencionado, existe a modalidade de dano extrapatrimonial. Assim, a essência deste requisito, assim como expõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p. 97) citando Maria Helena Diniz, está na comprovação da ocorrência do dano e não do seu montante econômico.

O terceiro é a subsistência do dano, esta pressupõe que este, para ser exigível juridicamente, deve ainda subsistir, ou seja, não será exigível caso o ofensor tenha o restituído ou indenizado.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 423) coloca, ainda, que o dano deverá ser atual, ou seja, deverá existir no momento de propositura da ação, sendo advindo de um fato preciso e não de hipóteses. Todavia, este autor defende que este requisito não é absoluto e que, eventualmente, poderá ser almejado o ressarcimento de prejuízo futuro quando este fundamentar-se em um dano presente em que o órgão julgador possui elementos para a apreciação do prejuízo futuro.

É de singular relevância tratar ainda acerca das espécies de danos que, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, podem variar de acordo com o tipo de bem jurídico que sofreu a lesão proveniente da conduta do agente. Entre estes destacam-se: o dano material, o dano moral e os danos estéticos que, por sua vez, conforme entendimento consagrado nas Súmulas 37 e do STJ podem ser cumulados na mesma ação desde que oriundos do mesmo evento.

#### 2.3.2.1 Dano Patrimonial

Os danos patrimoniais podem ser conceituados como aqueles que recaem sobre o patrimônio do ofendido, ou seja, sobre o seu conjunto de relações jurídicas economicamente

auferíveis. Esta definição, inclusive, permite o entendimento de que estes afetam não só os bens corpóreos – tais quais a casa, o veículo – mas também os incorpóreos – como os direitos creditórios. Todavia, destaca-se que os danos materiais podem, também, ser oriundos de prejuízos sofridos por bens personalíssimos – entendendo-se como exemplos: o nome, a reputação. Ademais, estes danos podem abranger o patrimônio presente e o futuro do ofendido, exemplo do caso em que impossibilita o crescimento – como será percebido na análise dos lucros cessantes (CAVALIERI, 2012, p. 103).

O dano emergente apresenta-se como uma modalidade de dano patrimonial e refere-se ao montante que o ofendido teve reduzido de seu patrimônio em razão da conduta do ofensor. Logo, diz respeito ao que foi efetivamente perdido, sendo, costumeiramente, de simples aferição. (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 100)

Os lucros cessantes, por sua vez, referem-se aos valores que o indivíduo deixou de receber em razão do dano sofrido, logo, estão relacionados a um prejuízo mediato e futuros. Isto que ocorre quando um médico, *verbi gratia*, tem suas duas mãos quebradas em razão de um acidente automobilístico ao qual não deu ensejo e, por esse motivo, não pode desempenhar seu ofício durante certo período.

Ademais, estas duas modalidades de danos materiais estão expressamente disciplinadas no artigo 402: “Art. 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”.

Destaca-se, ainda, que a diferença primordial entre os lucros cessantes e os danos emergentes é que estes são prejuízos presentes, sendo, logo, o que foi efetivamente perdido em razão da conduta de outrem, enquanto aqueles, por sua vez, são futuro e relacionam-se com o montante que evitou de ser ganho.

Aduz Gonçalves (2017, 429) que na fase de liquidação ocorrerá a apuração do montante indenizatório e que os danos emergentes, por serem presentes, apresentam-se como os de maior facilidade de apuração, bastando realizar a operação matemática consistente na subtração do patrimônio anterior e com o posterior ao dano. Os lucros cessantes, todavia, são de uma definição mais complexa, pois necessita da análise com bom senso e razoabilidade sobre o importe que seria lucrado pelo ofendido, mas que não o foi em razão da conduta danosa.

Percebe-se que esta é a modalidade clássica do dano, em que busca-se realizar uma operação matemática para determinar o que foi materialmente perdido em razão da ação ou omissão do ofensor. Almeja-se, neste momento, o ressarcimento do prejuízo, sendo, este, possível em razão do caráter material que lhe é peculiar. Tal fato, porém, é muito mais complexo

nas modalidades posteriormente trabalhadas, dito que são necessariamente extrapatrimoniais e há uma enorme dificuldade de retorno ao *status quo antis*, razão pela qual o montante referente à responsabilização civil terá uma natureza predominantemente indenizatória ao passo que nesta modalidade é ressarcitória.

### 2.3.2.2 Dano Moral

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o ser humano passou a uma posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro o que, por sua vez, acarretou que certos princípios e direitos fossem tidos como fundamentais no Estado de Direito. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se pilar no ordenamento jurídico e, isto, acarretou em um aumento de abrangência e dimensão dos danos morais. (CAVALIERI, 2012, p. 113).

Estes, por sua vez, passaram a ser conceituados de duas maneiras distintas: em sentido estrito: os danos morais decorreriam da violação ao direito da dignidade (que englobaria a honra, a liberdade, a intimidade, a privacidade), não sendo necessário, ainda, que para sua instituição fosse comprovado que o ofendido sofreu uma reação psíquica, ou seja, uma dor, um sofrimento, pois tornar-se-á plenamente possível que a dignidade seja ofendida sem ter o indivíduo os sentimentos supramencionados. A cerca disto, destaca-se:

[...] o caso julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a Ministra Denise Arruda, envolvendo recém-nascido que teve o braço amputado em virtude de erro médico. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização por dano moral por entender que uma criança pequena; de tenra idade, não tinha condições intelectuais para compreender a falta que um braço lhe faz e que, por isso, a verba relativa ao dano estético deveria englobar a do dano moral. A Ministra ressaltou, ao acolher o recurso, que não merece prosperar a tese de que o recém-nascido não é apto a sofrer dano moral por não possuir capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer abalos psíquicos. Enfatizou que o dano moral não pode ser visto somente como de ordem puramente psíquica (dependente das relações emocionais da vítima), pois, na atual ordem jurídico-constitucional, a dignidade é o fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação. (2012, p. 114)

Outrossim, em sentido amplo, os danos morais abrangeriam qualquer violação aos “novos” direitos da personalidade – tais quais o nome, a imagem, os direitos autorais. Desta forma, percebe-se que a análise desta modalidade de dano está a superar a análise das reações psíquicas do indivíduo, estando, na verdade, presente nas violações da dignidade da pessoa humana ou dos direitos da personalidade (2012, p. 115).

A introdução dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro não foi uma tarefa simples, dito que parte da doutrina, diante do seu caráter notoriamente subjetivo, negava sua

aplicação. Afirmavam defensores de modalidades mais arcaicas de pensamento que não havia como determinar o exato quantum do dano moral, pois não existia no mundo fático uma diminuição patrimonial do ofendido, bem como não poderiam receber valor econômico sentimentos como a dor, o sofrimento (GONÇALVES, 2017, 461).

Todavia, com a evolução supramencionada advinda da Constituição Federal de 1988 e a consequente personificação do Direito Privado, os tribunais e a grande parcela da doutrina passaram a ter os direitos evidentemente extrapatrimoniais como bens jurídicos sujeitos a danos e, consequentemente, prejuízos. Desta forma, passou a ser unanimidade Doutrinária e Jurisprudencial que os danos morais indenizatórios, seja em caráter punitivo, seja em pedagógico deveriam ser utilizados como ferramentas que visassem a proteção de direitos fundamentais e da personalidade.

### 2.3.2.3 Dano Estético

Destaca-se, primeiramente, que esta modalidade não está prevista expressamente no Código Civil de 2002. Ademais, existe uma discussão acerca da natureza dos danos estéticos, parte da doutrina os considera como uma modalidade de danos morais, ao modo que outra parcela os considera como uma modalidade de dano autônoma. Todavia, parte dessa discussão foi superada pela jurisprudência que vem admitindo os danos estéticos como uma modalidade autônoma de danos. Neste sentido, destaca-se a existência da súmula 387 do STJ que permite a cumulação dos danos morais e dos estéticos, desta forma, fica evidente a opção pela separação entre as modalidades, dito que a sua não realização acarretaria em um *bis in idem*. (TARTUCE, 2017, p. 364-365)

Superado este ponto, é de relevante importância trazer a definição feita por Teresa Ancona Lopez citada na obra de Flávio Tartuce:

“Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era” (2017, p 364).

Logo, os danos estéticos podem ser entendidos como uma deformidade física causada a outrem que cause estranhamento ou até repugnância. Ademais, apesar de respeitável parcela doutrinária defender não se tratar de uma terceira modalidade de dano, da qual participa Carlos Roberto Gonçalves, tal arguição não deve preponderar, pois esta modalidade pode possuir

simultaneamente natureza patrimonial e extrapatrimonial – dito que a indenização pode levar em consideração montantes que o ofendido deixará de receber em razão da deformidade, caracterizando-se como uma situação semelhante aos lucros cessantes, bem como podem ter o aspecto da violação aos direitos da personalidade (que são característicos dos danos morais). Ademais, não pode prosperar a posição retromencionada em face da súmula 387 do STJ, pois sua criação não teria fundamentação alguma, caso esta modalidade seja uma subdivisão dos danos morais.

Feita esta análise do pressuposto do dano, partir-se-á para o estudo da culpa.

### 2.3.3 Culpa

Nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, far-se-á necessária a existência do pressuposto da culpa, logo, terá a parte prejudicada que comprovar a presença desta na conduta do causador do dano. Ademais, este requisito, como fora supramencionado não foi sempre necessário para que fosse permitida a responsabilização do ofensor, todavia, com o evoluir do tempo, principalmente após a *Lex Aquilia*, este passou a receber maior relevância.

Feita esta breve introdução, deve-se conceituar este pressuposto. Neste diapasão, é relevante salientar que não é de simples feitura a definição de culpa, existindo, assim, uma variação acerca destes. Cavalieri (2012, p. 56), por exemplo, aduz que a culpa *lato sensu* abrangeria o dolo e a culpa *stricto sensu*, ou seja, englobaria toda conduta que fosse contrária ao Direito, tanto intencionalmente (como no primeiro caso), quanto na forma tencional (como no segundo).

Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, por sua vez, lecionam que: “a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social” (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 204).

Ademais, apesar de haver uma certa variabilidade em relação aos conceitos de culpa, alguns elementos costumam ser comuns. O primeiro deles é o dolo, este significa que o agente intencionalmente almejou a ocorrência do dano, ou seja, desejava-se a existência do resultado ilícito. Desta forma, dois requisitos sobressaem-se: a representação do resultado que significa a previsão mental do resultado obtido; e a consciência da ilicitude que está relacionada a existência de conhecimento acerca do caráter antijurídico da conduta realizada com o intuito de acarretar o dano (CAVALIERI, 2012, p. 58).

A culpa *stricto sensu*, por sua vez, conforme ensinamentos do italiano *Chironi*, deve ser entendida como a violação de um dever prévio sem, todavia, almejar o descumprimento de uma obrigação jurídica (TARTUCE, 2017, 341). Ademais, a culpa pode decorrer da violação do dever de cuidado o qual está relacionado com a obrigação legal que o indivíduo tem de atuar com a diligência necessária para que não cause dano a outrem, devendo esse grau de diligência necessária ser analisado com base nas aptidões e capacidades do agente (CAVALIERI, 2012, p. 59).

Outrossim, alguns elementos são característicos para a caracterização da culpa em sentido estrito, tais quais: a conduta voluntária com resultado involuntário – como fora explicado, a conduta passível de responsabilização civil será sempre voluntária, ou seja, o agente deverá ter a intenção de praticá-la, todavia, na culpa, o resultado tornar-se-á involuntário, desta forma, o agente não desejará produzir o dano efetivamente causado (2012, p. 61).

O segundo consiste na previsão ou previsibilidade da ocorrência do resultado, desta forma, mesmo que não tenha almejado sua ocorrência, o agente deverá ter previsto sua possibilidade de ocorrência (caso da culpa consciente) ou, ao menos, deveria ter previsto o resultado diante do contexto existente (hipótese da culpa inconsciente). Entende-se, ainda, que essa previsibilidade pode ser analisada com base em dois critérios, o objetivo (em que utiliza-se o “homem médio” como parâmetro, ou seja, que considera a diligência utilizada habitualmente pelo homem comum em seu cotidiano) ou o subjetivo (que leva em consideração as circunstâncias pessoais do agente, tais quais sexo, idade, grau de cultura); e o terceiro é a falta de cuidado ou de diligência (2012, p. 61).

Esta terceira modalidade, exterioriza-se de três formas: a primeira é a negligência, consistente na omissão da realização de uma conduta que deveria ser feita, age-se, assim, descumprindo o dever de cuidado por meio da omissão; a segunda é a imprudência, pela qual o agente realiza uma conduta comissiva que deveria ser evitada; e a terceira é a imperícia que, por sua vez, está relacionada com a falha no desempenho de uma atividade científica ou técnica, desta forma, caracteriza-se pela inexistência de aptidão ou habilidade exigida para o desempenho destas (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 211).

Traz-se, ainda, que apesar de o artigo 186 do Código Civil de 2002 somente tratar em seu texto acerca da negligência e da imprudência, deve ser feita uma interpretação extensiva de forma a considerar o dolo e a imperícia como modalidades para a responsabilização civil (2017, p. 212).

Acerca deste tema, leciona Rui Stoco:

“Quando existe intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*)” (2001, p. 97).

É relevante trazer, ainda, que o Código Civil não faz uma diferenciação acerca da a responsabilização civil em razão da culpa e em virtude do dolo. Neste diapasão, lecionam Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze:

Diferentemente do que ocorre no Direito Penal, em que a culpa é considerada para efeito de fixação da sanção (pena-base), no Direito Civil, a sanção não está adstrita ou condicionada ao elemento psicológico da ação, mas, sim, à extensão do dano. Para efeito de indenizar, portanto, não se distingue, a priori, o dolo da culpa [...] (2017, p. 208 - 209).

Diante do exposto, percebe-se que este pressuposto está diretamente relacionado com a conduta, dito que a culpa será revelada no momento de realização daquela, será através da sua análise que buscar-se-á definir se o agente agiu com negligência, imprudência, imperícia ou, até, com dolo.

Ademais, traz-se que apesar da responsabilidade civil subjetiva – dependente da culpa em sentido amplo – ser a regra existente no Código Civil Brasileiro, alguns doutrinadores defendem corretamente que o Direito Civil está passando por um processo de objetivação da responsabilização. Isto sendo uma consequência da mudança de enfoque na realidade que antes via a responsabilidade como uma forma predominantemente de punição do ofensor enquanto, atualmente, busca-se a reparação da dignidade do ofendido (PETEFFI, 2013, p. 73-74).

#### 2.3.4 Nexos de Causalidade

O quarto pressuposto da responsabilização civil é a existência do nexo de causalidade, sendo, este, o de maior discussão e debates doutrinários. E, para que o tema seja melhor compreendido, faz-se necessária a introdução acerca das teorias clássicas do nexo de causalidade.

A primeira teoria é a da equivalência das ações (*conditio sine qua non*). Através desta teoria, defende-se que todas as causas que concorreram para o dano devem ser consideradas equivalentes, sendo prescindível, assim, o estudo acerca da razão imediata do dano, desta forma, nesta modalidade busca-se as todas as causas sem as quais o evento danoso não ocorreria. Esta é, inclusive, a teoria utilizada pelo Código Penal Brasileiro (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 158).

Continuando, esta teoria sofre, porém, uma série de críticas na medida em que a busca e equiparação das causas pode gerar uma investigação *ad infinitum*, pois, poder-se-á considerar



como causa até, inclusive, a prática de uma atividade lícita (2017 p. 159). Por exemplo, no caso de um indivíduo que atropela outro, até o ato da concessionária ter vendido o veículo poderia ser considerado uma causa da conduta danosa.

A segunda teoria clássica do nexo de causalidade é a da causalidade adequada. Através desta, considerar-se-á causa a conduta que além de concorrer para o resultado, seja mais adequada a produzi-lo. Desta forma, esta teoria difere-se da primeira em razão de gerar uma diferenciação entre a análise das causas, pois, neste momento, buscar-se-á a mais relevante para a ocorrência do dano (CAVALIERI, 2012, p. 76).

Ademais, para a análise de qual causa apresenta-se mais adequada, será feita uma análise abstrata acerca de qual causa teria probabilisticamente a maior chance de gerar o resultado obtido. Esta teoria é utilizada, *exempli gratia*, no Código Civil Argentino (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 162).

Esta teoria é alvo de algumas críticas em razão de abstração que lhe é intrínseca, na medida em que parte da doutrina arguir que isto afasta o julgador da situação *in concretum* e, ainda, em razão de atribuir ao julgador um acentuado grau de discricionariedade (2017 p. 162).

A terceira teoria é a da causalidade imediata, também chamada de interrupção do nexo causal. Esta preceitua que causa seria o “antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (2017, p 163). Desta forma, considerar-se-á causa somente a ação mais próxima ao resultado que possa ser considerada como determinante para que este tenha ocorrido.

A noção trazida nesta teoria de interrupção do nexo causal é válida, inclusive, em casos de ocorrência de uma causa superveniente relativamente independente, *verbi gratia*, a hipótese de um indivíduo ter sofrido um acidente enquanto dirigia-se a um hospital para curar uma lesão sofrida durante uma discussão (2017, p. 163).

Ademais, defensores desta teoria argumentam que o artigo 403 do Código Civil de 2002 adotou-a no direito brasileiro. Neste sentido:

“Art. 403. 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”.

Todavia, destaca-se que não há um entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência brasileira acerca de qual doutrina foi adotada pelo Código Civil, o que acarreta em uma grande variabilidade de julgados na Jurisprudência pátria, pois o conteúdo decisório modifica-se de acordo com o doutrinador adotado pelo julgador. Sergio Cavalieri, por exemplo,

defende a recepção da teoria da causalidade adequada que, inclusive, possui grande aceitação no Direito Comparado, este entendimento também é pactuado por Flávio Tartuce.

Rodolfo Pamplona, Pablo Stolze e Carlos Roberto Gonçalves possuem outro entendimento no sentido que argumentam pela adoção da teoria da causalidade imediata, principalmente em razão do disposto no artigo 403 supramencionado.

Acerca deste tema, afirma Flávio Tartuce:

Em suma, não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial no tocante à teoria adotada pelo Código Civil em relação ao nexo 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).

Desta forma, resta incontroverso que não há um entendimento consolidado acerca de qual teoria rege o nexo de causalidade cível no ordenamento jurídico brasileiro. Dito isto, passa-se ao estudo das concausas.

A concausa significa, por sua vez, a ocorrência de uma causa anterior, concorrente ou superveniente que juntando-se a principal concorre para a existência do resultado (CAVALIERI, 2012, p. 87). Todavia, esta não gera a interrupção do nexo causal, pois apresenta-se como uma causa relativamente independente, ou seja, que somente foi desencadeada em razão da conduta principal do ofensor. Tal consequência, porém, não existe na hipótese de ser uma causa absolutamente independente (seja ela anterior, concorrente ou superveniente), em que há a quebra do nexo causal, haja vista que, nesta, existe a geração do resultado sem necessidade da conduta do ofensor (STOLZE; PAMPLONA, 2017, p. 172).

Destaca-se, ainda, que as causas relativamente independentes preexistentes (que datam anteriormente à feitura da conduta pelo agente) e das concorrentes (que ocorrem simultaneamente a conduta) não geram a quebra do nexo causal, todavia, as supervenientes podem, eventualmente, gerar. Neste sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona citam o exemplo do indivíduo que após ser socorrido em razão de uma agressão grave, morre no caminho do hospital em consequência de uma colisão de automóveis. Neste caso, apesar de ser uma circunstância relativamente independente – pois o indivíduo só estava no veículo pela agressão sofrida – causará a interrupção do nexo causal, de forma tal que o agressor não poderá ser responsabilizado (2017, p. 173).

Faz-se necessário, ainda, apresentar as teorias da causalidade alternativa e da parcial. A primeira surgiu como uma solução jurisprudencial e doutrinária em face da situação em que um dano é causado por um indivíduo dentro de um determinado grupo, sem porém, haver a

identificação do ofensor. Segundo esta teoria, os integrantes do grupo responderão solidariamente em face do prejuízo (CAVALIERI, 2012, p. 90).

Muitos doutrinadores criticam esta teoria, mas para Cavalieri, em uma sociedade com riscos cada vez mais relevantes, não pode deixar a vítima de ser indenizada sob o pretexto de não conseguir identificar o causador do dano. Ademais, esta responsabilização fundamentar-se-ia no artigo 942 do Código Civil (2012, p. 91):

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.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Existe, porém, parcela da doutrina que considera a causalidade alternativa com base em outra perspectiva. Noronha, por exemplo, defende que esta está presente na hipótese em que existem mais de uma causa passível de gerar o resultado, porém não sabe-se qual foi. Cita-se como exemplo o caso do erro médico em que não sabe-se se o resultado foi gerado pela evolução natural da doença ou por aquele (2010, p. 681).

Em relação a causalidade parcial, que será brevemente introduzida neste momento, trata-se de uma nova teoria acerca do nexo de causalidade que, por sua vez, é marcada pela relativização da premissa da *conditio sine qua non*. Desta forma, há uma flexibilização da teoria clássica do nexo de causalidade, possibilitando, assim, que o ofensor seja responsável por aquilo que estatisticamente se espera que ele tenha causado (PETEFFI, 2013, p. 62). Destaca-se, ainda, o seguinte exemplo:

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 (2013, p. 61).

Traz-se, porém, que estas duas últimas modalidades são de construção recente e, por isso, estão começando a ser mais abordadas na doutrina e jurisprudência brasileiras. Sendo, na verdade, muito discutidas no direito comparado, em que cita-se a grande utilização prática principalmente na França, onde existe uma relevante discussão acerca da sua aplicação na teoria da perda de uma chance, como será apresentado no terceiro capítulo.

Ademais, resta incontroverso que é neste pressuposto que existe um maior debate doutrinário e jurisprudencial, já que não há uma unanimidade acerca de qual teoria é adotada

pelo ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, os resultados de uma eventual demanda podem ser totalmente opostos em razão de aplicar-se uma teoria em face de outra, principalmente na hipótese da teoria adotada ser a da causalidade parcial, em que há uma relativização do nexo de causalidade de forma a não exigir que a ação seja *conditio sine qua non* do dano.

## 2.4 Causas Excludentes da Responsabilização

Posteriormente a análise dos pressupostos para a responsabilização civil, é de grande relevância apresentar algumas causas de exclusão daquela. Estas são, na verdade, circunstâncias que acarretam a interrupção do nexo causal, e segundo Cavalieri podem ser entendidas como “casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente” (CAVALIERI, 2012, p. 93).

Entre estas, são de explicação de extrema relevância para este trabalho: o fato exclusivo da vítima, o de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

A primeira causa consiste no fato exclusivo da vítima, nesta ocorre uma excludente do nexo causal, dito que o causador do dano é tido como mero instrumento. Exemplifica-se tal disposição com o caso de um indivíduo que lança-se em direção a um veículo e, em razão da colisão, acaba por sofrer uma série de danos, nesta hipótese torna-se evidente que o motorista do automóvel foi somente um instrumento do dano, não tendo capacidade de ter evitado o resultado. Desta forma, não há apenas a exclusão da culpa, mas do próprio nexo de causalidade. Destaca-se que tal modalidade foi prevista expressamente no Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 12, §3º, III e 14, §3º, II (2012, p.94).

Percebe-se, então, que a conduta determinante e ensejadora da existência do dano foi feita pela própria vítima, e não pelo suposto causador do dano, o que, por sua vez, impossibilita que este seja responsabilizado em decorrência do afastamento do nexo de causalidade.

O fato de terceiro consiste em uma excludente em que o dano é causado por uma conduta de um terceiro, ou seja, de um indivíduo estranho a relação processual. Traz-se como exemplo o caso de um ciclista que morreu em razão do atropelamento por um ônibus, todavia, no decorrer do processo movido contra a empresa de transporte público fora comprovado que existia um buraco na ciclovia que fez com que aquele sofresse uma queda e fosse alvejado pelo automóvel. Neste caso, não poderá a empresa ser responsabilizada em face do acidente, pois o mesmo fora causado em razão do buraco existente na ciclovia e feito por uma concessionária

de serviço público, dever-se-á, então, esta figurar no polo passivo da relação processual (2012, p. 95).

Ademais, destaca-se que o fato de terceiro somente será considerado uma excludente de responsabilização quando promover a interrupção do nexo causal, ou seja, quando, por si só, acarretar na ocorrência do resultado, sendo, assim, uma causa absolutamente independente. Na hipótese de tratar-se de uma relativamente independente, não será o agente eximido da responsabilidade. (2012, p.95).

Por razões didáticas, convém-se estudar o caso fortuito e a força maior conjuntamente. Destaca-se que não há um entendimento homogêneo acerca da definição destas excludentes de responsabilização, de forma que parcela da doutrina os considera sinônimos e outra os distingue. Tartuce, por exemplo, coloca o primeiro como sendo um evento totalmente imprevisível decorrente de ação humana ou de forças da natureza, enquanto o segundo está relacionado a eventos previsíveis, todavia inevitáveis, decorrentes de alguma causa (2017, p. 347).

Percebe-se, então, que o caso fortuito, segundo esta análise, está caracterizado pelo elemento da imprevisibilidade e, conseqüentemente, da inevitabilidade, enquanto no segundo caso tem-se a irresistibilidade, sem, porém, conter a ausência de previsão. Logo, o aspecto comum destas modalidades é a inevitabilidade que, como fora supramencionado, decorre de razões distintas. Além disto, estes elementos devem ser considerados conforme o caso concreto, e não a partir de uma análise abstrata do evento (CAVALIERI, 2012, p. 97).

Este mesmo autor aduz que estas duas causas excludentes acarretam a exclusão do nexo de causalidade “por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento” (2012, p. 97). Traz-se, ainda, que estas modalidades são previstas no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil de 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 (grifo nosso).**

Feitas estas ponderações acerca de causas em que inexistente a responsabilização do agente em razão da ocorrência da quebra do nexo de causalidade finda-se o estudo dos pressupostos da responsabilidade civil e das causas de sua inexistência, desta forma, inicia-se a análise das modalidades de responsabilidade.

## 2.5 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Sabe-se que a responsabilização civil pode ser classificada em diferentes modalidades em razão da necessidade ou não de comprovação da existência do pressuposto da culpa; da modalidade de surgimento da obrigação originária violada. De forma tal que neste tópico serão analisadas as modalidades subjetiva e objetiva de responsabilização.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra trazida no Código Civil de 2002, desta forma, corriqueiramente será ela presente nas hipóteses de responsabilização. Dito isto, destaca-se que esta modalidade é marcada pela imprescindibilidade da comprovação da existência de culpa *lato sensu* na conduta do agente, desta forma, somente será cabível a condenação ao pagamento de uma indenização caso seja provado que o ofensor agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia (conceitos estes que já foram analisados) (STOLZE: PAMPLONA, 2017, p. 65). Neste sentido, destacam-se os artigos 159 e 186 da codificação supramencionada que introduzem a modalidade ora analisada:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

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.

Existe ainda, porém, a responsabilidade civil objetiva, na qual não exige-se a comprovação de que o ofensor agiu com culpa, desta forma necessita-se apenas que seja comprovada a existência do nexo de causalidade que interligue a conduta do agente ao dano causado à vítima, sendo irrelevante juridicamente o pressuposto da culpa (2017, p. 66).

Esta modalidade não é a regra do Código Civil, desta forma, somente se será utilizada quando houver previsão expressa na norma ou quando o desempenho regular da atividade causadora do dano cause riscos a outrem. Neste sentido, há a previsão geral da responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927 do CC/02:

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.

Outrossim, apesar desta responsabilidade independer da comprovação da culpa *lato sensu* do agente causador do dano, não há impedimento de que este argua em sua defesa a existência de culpa exclusiva da vítima, por exemplo, com o intuito de eximir-se da responsabilização (2017, p. 67).

Percebe-se, pois, que a ocorrência da responsabilização civil é extremamente mais dificultosa nos casos de responsabilidade subjetiva em razão da árdua tarefa de comprovar a existência da culpa *lato sensu*, enquanto na objetiva (corriqueiramente relacionada a teoria do risco inerente a atividade) não é exigido este requisito.

## **2.6 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual**

Superada a análise da classificação supramencionada, a responsabilidade civil também pode ser diferenciada em razão da fonte da obrigação originária que veio a ser descumprida.

Neste diapasão, sabe-se que a responsabilidade civil decorre do descumprimento de um dever jurídico, podendo, este, ser de origem contratual ou extracontratual, ou seja, imposto pela lei ou por algum princípio geral do Direito. E é nesta diferenciação que a doutrina apoia-se para promover a classificação entre responsabilidade contratual ou extracontratual ou aquiliana (CAVALIERI, 2012, p. 41).

A primeira decorre da violação de uma obrigação oriunda de um negócio jurídico bilateral, tal qual o contrato e esse descumprimento é chamada de ilícito contratual que, por sua vez, tem como consequência o inadimplemento. Já a segunda é consequência do descumprimento de uma obrigação imposta pela Lei ou outro instrumento do Direito, e denomina-se de ilícito aquiliano (2012, p. 42).

Ademais, esta diferenciação é alvo de crítica pelos defensores da teoria monista, pois estes afirmam que os efeitos práticos da responsabilização são os mesmos, sendo desnecessária, pois, esta divisão (2012, p. 43).

Feita esta conceituação de extrema relevância para o entendimento da proposta deste trabalho acerca de Teoria Geral da Responsabilidade Civil, encerra-se o primeiro capítulo que foi destinado a apresentação dos principais aspectos desta, possibilitando, assim,

### 3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO

Após a análise dos principais aspectos da teoria geral da responsabilização civil, neste capítulo será estudada a responsabilização do médico. Desta forma, serão exploradas situações peculiares tratadas na doutrina e na jurisprudência.

Ademais, é de suma relevância o estudo desta temática em razão de propiciar o conhecimento acerca da extremamente dificultosa responsabilização desta modalidade de profissional, além de possibilitar a introdução da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance neste contexto.

#### 3.1 Introdução

O desenvolvimento tecnológico observado no século XXI teve como uma de suas consequências o considerável aumento no número de procedimentos de saúde. A ANS divulgou que em 2017 os planos de saúde no Brasil realizaram mais de 1,5 bilhão de procedimentos, desta forma, passou a ganhar relevância doutrinária e jurisprudencial o debate acerca da responsabilidade civil do profissional médico. Não existindo, nesta seara, porém, uma unanimidade acerca de como está deve ser determinada.

Historicamente, o médico foi, em primeiro momento, colocado como um mago ou sacerdote que possuía poderes especiais de cura, logo, as práticas de cura eram tidas como procedimentos religiosos, aos quais a ausência de cura não poderia ser tomada como uma falha do indivíduo, mas, na verdade, por uma impropriedade do enfermo.

Todavia, com o advento do Código de Hamurabi, no século XVIII a.C, esta categoria passou a ser responsabilizada em face de lesões acarretadas aos pacientes, desta forma, a inexatidão do procedimento era tida como uma inexperiência do profissional. Posteriormente, porém, com o advento da *Lex Aquilia*, já trabalhada, fora introduzida a noção de culpa à responsabilização do médico, o que, por sua vez, necessitava que a responsabilização prescindisse da comprovação da lesão e da conduta imprudente, negligente ou com imperícia do agente. Traz-se, ainda, que esta lei determinava que a responsabilidade deste profissional limitava-se ao prejuízo material (ROCHA, 2005, p. 7-10).

Dito isto, destaca-se que a medicina passou por um intenso processo evolutivo que iniciou-se como uma modalidade de magia ou de realização de procedimentos religiosos, e cominou na fase em que a medicina passou a ser tida como uma ciência e que, desta forma,



deveria ter os ensinamentos difundidos através de cursos superiores. No Brasil, *verbi gratia* este tem duração de 6 anos e é lecionado em Universidades públicas e particulares.

### 3.2 Responsabilização Civil do Médico no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como fora supramencionado, predomina no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade subjetiva de responsabilização civil, conforme preceituam os artigos 159 e 186 do Código Civil, desta forma é imprescindível que seja comprovada a existência da culpa *latu sensu* na conduta do agente, ou seja, que tenha agido com dolo, imprudência, imperícia ou negligência.

Na responsabilização do médico, tal situação não difere. O artigo 951 do Código Civil de 2002 preceitua que:

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.

Ademais, determina o artigo 1º, do capítulo III do Conselho Federal de Medicina que (BORMANN, LOUREIRO, 2016, p. 21):

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.

Traz-se, ainda, que na possibilidade dos serviços médicos configurarem uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor também faz previsão sobre a ocorrência da responsabilização mediante a comprovação da ocorrência da culpa *latu sensu* (AGUIAR, 2000, p. 14). Neste diapasão, destaca-se o artigo 14, §4º da codificação supramencionada: "§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Desta forma, não há de se questionar que a responsabilidade do médico no ordenamento jurídico brasileiro, em uma pluralidade de codificações, é subjetiva, necessitando, assim, que o paciente que eventualmente tenha sofrido dano comprove a ocorrência da culpa. Acerca deste tema, leciona Sérgio Cavalieri (2012, p. 404):

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

Percebe-se, então, que a responsabilidade do médico, independentemente da codificação utilizada para fundamentá-la, seguirá a regra geral da responsabilidade civil, ou seja, será subjetiva e somente decorrente da ocorrência da negligência, da imperícia, da imprudência ou do dolo.

### **3.3 Responsabilidade Médica: Meio x Resultado**

É imprescindível abordar o tema da natureza da responsabilização médica, se de meio ou resultado para que posteriormente sejam entendidas as razões de inadimplência do contrato e, conseqüentemente, de responsabilização do profissional.

Dito isto, necessita-se da explanação sobre a definição de cada uma dessas modalidades. A obrigação de meio é aquela na qual o contratado somente obriga-se a adotar todos os meios e diligências possíveis com o intuito de atingir o resultado. Logo, o agente não obrigará-se à consecução de resultado algum, só respondendo, assim, em face da comprovação de ocorrência da culpa *latu sensu* (TARTUCE, 2018, p. 877).

Na obrigação de resultado, por sua vez, só será considerada adimplida com a ocorrência do resultado previamente pactuado. Nesta modalidade, o contratado será responsável independente da comprovação da existência de culpa ou através da culpa presumida (2018, p. 877).

Este tema historicamente causou grande divergência doutrinária, de forma tal que parcela defendia tratar-se de uma obrigação de meio e outra argumentava pela de resultado.

Todavia, entendimentos jurisprudenciais diminuíram a relevância do debate ora mencionado, haja vista que considera-se, atualmente, a medicina como uma atividade predominantemente de meio, sendo, somente, em algumas exceções considerada como uma de resultado (STOLZE: PAMPLONA, 2017, p. 302).

Tal entendimento apresenta-se em acordo com a realidade observada na profissão, dito que apesar de todo desenvolvimento tecnológico observado neste século, a área da medicina não pode ser tida como uma ciência exata, na qual a realização de uma cirurgia ou um tratamento acarretará a cura ou o resultado almejado. O corpo humano é um conjunto extremamente complexo, de forma que duas pessoas podem estar acometidas da mesma doença e uma ter uma reação positiva a um medicamento, enquanto outra não tem. Desta maneira, via de regra, o médico não poderá comprometer-se a consecução do objetivo, somente cabendo a obrigação de depreender todos os seus esforços e diligências neste sentido.

Outrossim, aduz Flávio Tartuce que são exceções à regra supramencionada: “Assim, vislumbrando-se exemplos práticos, assumem obrigação de resultado, no âmbito que ora se estuda, o médico ultrassonografista, o médico-cirurgião plástico estético, o dentista estético e o anestesista” (2018, p. 877). Destaca-se, porém, que tal afirmação somente é válida em relação ao cirurgião plástico estético, o reparador assume obrigação de meio (2018, p. 879).

Nestas aéreas, por sua vez, apesar da incerteza que é corriqueira no desempenho da medicina, a maior simplicidade dos procedimentos ou o caráter de tratamento estético e não de saúde, faz com que seja possível observar uma certeza de consecução do resultado. Desta forma, percebe-se nestas modalidades há uma redução drástica nos riscos procedimentais que acarretam na obrigação do profissional médico em atingir o fim buscado.

Destaca-se, ainda, que a obrigação de meio pode ser revertida em uma de resultado de acordo com a forma que tenha sido pactuada junto ao consumidor do serviço (STOLZE: PAMPLONA, 2017, p. 303-304).

Como é sabido, o Código Civil de 2002 introduz os princípios da liberdade e da autonomia da vontade contratuais, desta forma os contratantes podem, via de regra, definir o objeto do contrato e o teor de suas cláusulas. Logo, não há impedimentos de que o médico e seu paciente optem por determinar que o procedimento cirúrgico ou o tratamento desempenhados serão regidos como obrigações de resultado ou, também, podem pactuar o contrário. Desta forma, o que antes era uma obrigação de resultado ou de meio, pode ter sua natureza alterada em razão das disposições contratuais, conforme fora mencionado no parágrafo anterior.

### **3.4 Responsabilidade Civil dos Médicos e dos Estabelecimentos Hospitalares**

Superada a discussão acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil médica, inicia-se a análise sobre os dispositivos e determinações legais que regem este tema e em relação aos estabelecimentos hospitalares.

Corriqueiramente ocorre uma confusão acerca da diferenciação entre a responsabilidade pessoal do médico e a dos hospitais e clínicas médicas. Como fora supramencionado, na primeira hipótese existe uma responsabilidade civil subjetiva, sendo imprescindível a comprovação da culpa em sentido amplo (dolo, imprudência, imperícia ou negligência), sendo baseada nos artigos 186, 927 e 951 do Código Civil de 2002. Todavia, o mesmo não ocorre na segunda hipótese (STOLZE: PAMPLONA, 2017, p. 313), razão pela qual a realização da diferenciação ora trabalhada apresenta-se tão relevante.

Os estabelecimentos hospitalares tais quais hospitais e clínicas são exemplos clássicos da modalidade de responsabilização por atos de terceiro prevista no artigo 932, III do Código Civil de 2002 que preceitua:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

Desta forma, responderão pelos atos cometidos por profissionais que nele labutem, sendo esta, inclusive, na modalidade objetiva, dito que esta é presente nos casos do artigo supramencionado (2017, p.313). Desta forma, para que a vítima do evento danoso venha a receber uma indenização em face do ato não precisará comprovar a culpa da instituição hospitalar no manuseio da enfermidade, bastará, somente, comprovar que o resultado fora causado em face de ato cometido por indivíduo participante de equipe sua.

Esta modalidade de responsabilização é, inclusive, presente nas hipóteses de hospitais filantrópicos, desta forma, o caráter de assistência social que lhe é peculiar não é suficiente para afastar a responsabilização objetiva da instituição, em razão da existência do dever geral de vigilância e de eleição que deve ter com os profissionais neles lotados (2017, p. 313).

Existe, porém, dúvida na hipótese de não ser o profissional do quadro efetivo e permanente do hospital, utilizando, pois, das instalações em caráter eventual. Defendem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que esta situação não seria suficiente para eximir a instituição médica da responsabilização objetiva, haja vista que “reputamos muito difícil — senão impossível — à vítima delimitar e diferenciar, no caso concreto, a participação do médico desidioso ou a falta de estrutura ou de higiene do hospital para a ocorrência do dano” (2017, p. 313).

Traz-se, ainda, que a existência da responsabilização objetiva do hospital ou clínica médica não impede o ajuizamento de ação regressiva em face do médico caso seja comprovado que agiu com culpa *lato sensu*.

Outrossim, o hospital pode responder, ainda, em face de razão diferente ao erro médico, tal a impropriedade de equipamento, a infecção que acometer paciente hospitalizado, a falta de acompanhamento devido (CAVALIERI, 2012, p. 419-420).

Nestes casos, a responsabilização fundamentar-se-á no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, introduz a responsabilização objetiva pelo fato do serviço. Este consiste, na verdade, em um dano externo causado ao paciente – na qualidade de consumidor – em razão de defeito ou impropriedade da prestação do serviço hospitalar. Não há necessidade, ainda, que seja comprovado que o estabelecimento tinha ciência acerca da

existência do defeito gerador do dano, dito que a responsabilidade, como fora supracitado, é objetiva, bem como em razão do alto risco inerente à atividade desempenhada (2012, p. 420).

Existia, ainda, uma intensa polêmica relacionada à aplicação do Código de Defesa do Consumidor em face da responsabilização de hospitais públicos. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 493.181/SP, sedimentou o entendimento segundo o qual somente seria aplicável o CDC em face de serviços públicos aos quais fossem cobrados tarifas ou preços públicos, tal qual ocorre com os Correios, por exemplo.

Dito isto, percebe-se que não poderá ser o código consumerista aplicado nas hipóteses de responsabilização dos hospitais públicos, haja vista que o serviço de saúde pública não é remunerado diretamente, mas sim por meio da repartição de receitas oriundas da cobrança de impostos que, por sua vez, conforme preceitua o artigo 16º do Código Tributário Nacional, são tributos com receita não vinculada a uma prestação estatal específica (ZAIDAN, 2018).

Todavia, a consequência prática da inaplicabilidade do CDC neste caso não é tão relevante, dito que a responsabilidade objetiva permanece em razão do teor do artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 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.

Desta forma, resta incontroverso que a responsabilidade das instituições de saúde, tais quais hospitais e clínicas será objetiva, independentemente de serem públicas ou privadas por força da disposição legal constante no artigo constitucional supramencionado. Ao passo que a pessoal do médico será subjetiva, sendo necessária, assim, a comprovação da culpa em sentido amplo.

Outrossim, como será analisado no tópico 3.7, a responsabilização destes agentes na jurisprudência pátria, em razão dos diversos aspectos influenciadores do procedimento de tratamento médico, vem apresentando-se como uma árdua tarefa, mas para a devida compreensão desta afirmação, far-se-á necessário o estudo dos deveres do profissional médico.

### **3.5 Deveres do Médico**

Para o devido entendimento acerca das situações em que o médico falha na prestação de seus serviços acarretando o chamando erro médico, hão de ser introduzidos os seus deveres legais.

Primeiramente, destaca-se que o médico tem o dever de agir com cuidado e diligência no exercício de seu ofício (AGUIAR, 2000, p. 7). Desta forma, deve buscar desprender todos seus esforços de forma cautelosa com o intuito de propiciar o resultado almejado, não deve, assim, atuar de maneira precipitada e desarrazoada, até em razão de estar em contato com um dos direitos fundamentais, tal qual o da vida que, inclusive, é considerado como um direito mor por alguns doutrinadores, em razão de os outros direitos dependerem dele.

Aguiar Dias, divide esses deveres em três grandes grupos: conselhos; cuidados; e abstenção de uso ou desvio de poder. O primeiro está relacionado com o dever de informação, que inclusive é um dos deveres anexo ao contrato derivados do princípio da boa-fé objetiva. Segundo este, o médico deverá alertar seu paciente sobre a doença acometida, sobre os riscos de um eventual tratamento, os cuidados exigidos, entre outros (AGUIAR, 2000, p. 8).

Todavia, em casos de mais notória gravidade, esse dever de informar deve ser conciliado com a necessidade de preservar a esperança de cura ao paciente, em vistas de evitar angústias, desespero. Nesta situação, conforme preceitua o artigo 59 do antigo Código de Ética, Resolução n. 1.246, de 1988, do Conselho Federal de Medicina e atual artigo 34 do Novo Código de Ética Médica, a informação deverá ser repassada ao responsável legal (AGUIAR, 2000, p. 8).

Ademais, somente através da devida obediência ao dever de informação, poder-se-á considerar que foi cumprido o consentimento esclarecido do paciente, ou seja, que optou ou não pela realização do tratamento estando ciente das informações relevantes. Somente em casos de notória urgência poderá este ser relevado, ou em situações em que há um imprevisto ao qual não se pode arriscar o passar do tempo para que seja conseguida uma resposta do enfermo (AGUIAR, 2000, p. 9).

O segundo dever é o de cuidado que, por sua vez, não é exclusivo da medicina, devendo, na verdade, ser observado no desempenho de todos os ofícios. Este preceitua que o médico deve utilizar de toda sua diligência e atenção no desempenho da função para que assim haja uma maior chance de atingir o objetivo almejado no procedimento ou tratamento. Destaca-se, ainda, que a análise deve ser feita em atenção as peculiaridades e circunstâncias do caso prático (2000, p. 10).

Destaca-se, ainda, que Ruy Aguiar leciona que:

Além dos deveres de informação, obtenção de consentimento e de cuidado, tem o médico os deveres de: a) sigilo, previsto no artigo 102 do Código de Ética; b) não abusar do poder, submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamento

incompatíveis com a situação; c) não abandonar paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (art. 61, Código de Ética); d) no impedimento eventual, garantir sua substituição por profissional habilitado; e) não recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo (2000, p. 12).

Gerson Branco ainda cita o dever de assistência e perícia, este determina que o médico esteja sempre ciente da condição em que encontra-se seu paciente para eventual prestação de socorro ou, também, para auxílio no desempenho de alguma outra tarefa (1996, p. 554).

Outrossim, percebe-se que disposições legais e entendimentos doutrinários determinam uma série de deveres e obrigações a serem seguidos pelo profissional ao qual o trabalho debruça-se, o que, por sua vez, em caso de descumprimento pode caracterizar a culpa necessária para a instituição do dever de reparar ou indenizar. Dito isto, inicia-se o estudo do erro médico.

### 3.6 Erro Médico

Superada a análise acerca do médico, far-se-á necessário o estudo acerca do erro médico que, por sua vez, é imprescindível para a ocorrência da responsabilização do profissional médico, pois, somente sua ocorrência caracterizará a existência do pressuposto da culpa *lato sensu*. Desta forma, será discorrido sobre seu conceito, modalidades e tratamento jurídico.

Como já foi trabalhado no tópico 3.2, o profissional médico somente será pessoalmente responsável quando for comprovado que realizou conduta com culpa em amplo sentido (dolo, negligência, imperícia ou imprudência) e o erro médico é a forma de exteriorização desta conduta culposa e conseqüentemente indenizável. Neste sentido, pode este ser definido como:

Pode-se, então, conceituar que erro médico como sendo o fato ocasionado de modo inesperado pelo profissional e que traz como pressupostos ação ou omissão decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, gerando determinado grau de culpa, em virtude de acidente imprevisível, devendo ainda, ser levada em consideração a capacidade técnica do profissional e a imprevisibilidade do resultado como acidente e ausência de controle. (GIRÃO; OLIVEIRA, 2015, p. 9).

Para a melhor compreensão, o erro médico pode ser dividido em algumas modalidades, tais quais o erro de diagnóstico, o de tratamento, o da dosagem de medicamentos, o de conduta.

Em relação ao primeiro, define-se o diagnóstico como sendo o processo de consulta destinado a identificar a patologia acometida ou o procedimento adequado para tratá-la, sendo, ainda, baseado em um conjunto de fatores, tais quais sintomas, exames complementares eventualmente requeridos, histórico médico do paciente (BORMANN; LOUREIRO, 2016, p. 45).

Destaca-se, ainda, que o avanço tecnológico na área da medicina, possibilitou o surgimento de uma série de novos exames que, por sua vez, permitem que o diagnóstico seja cada vez mais preciso, todavia, equívocos na feitura destes ainda são corriqueiros, acarretando, assim, o surgimento do erro de diagnóstico. Ademais, a ocorrência deste pode ter consequência gravíssimas, dito que uma doença pode estar sendo tratada como outra, acarretando, assim, o seu desenvolvimento agudo (2016, p. 46).

Historicamente, a maior parte da doutrina considerava o erro de diagnóstico como sendo um erro escusável, ou seja, que via de regra seria justificável em razão da dificuldade de feitura deste. Assim, somente seria passível de indenização caso fosse comprovada a ocorrência de erro grosseiro por parte do médico (KFOURI, 2007, p. 87).

Todavia, o supramencionado desenvolvimento tecnológico e possibilidade cada vez mais latente de diagnósticos precisos fizeram com que aquele pensamento se tornasse ultrapassado, devendo, assim, entender-se que apropria-se mais a realidade do ordenamento jurídico brasileiro a determinação da responsabilização do médico em face do erro de diagnóstico quando este acarretar a não feitura de procedimentos fundamentais, tais quais exames complementares corriqueiramente requeridos e não somente em face de erros grosseiros (SOUZA, 2015, p 142).

Este entendimento aparenta ser correto a partir da determinação constante no artigo 32 do Código de Ética da Medicina de que o médico deve fazer uso de todos os meios disponíveis de diagnóstico (BORMANN; LOUREIRO, 2016, p. 47). Dito que, ao descumprir determinação legal, o médico estaria a violar um dever imposto, atuando, assim, com culpa.

Percebe-se, pois, que a mudança na definição do erro de diagnóstico, fazendo com que estivesse caracterizado em situações em que não foram realizados os procedimentos fundamentais ao invés de somente existir em casos de erros graves, gerou uma maior possibilidade de caracterização deste e, assim, uma maior chance de indenização do paciente vítima de sua ocorrência, estando, assim, muito mais adequado a noção de justiça abordada no sistema jurídico atual, devendo, desta forma, ser aplaudida a posição advogada por Eduardo Nunes de Souza.

Uma segunda modalidade de erro existente diz respeito ao de tratamento. Este consiste no procedimento, posterior ao diagnóstico, em que o profissional médico irá determinar um conjunto de medidas a serem observadas pelo paciente para que busque-se a cura da patologia.

Todavia, é possível que mesmo tendo diagnosticado corretamente o paciente, o médico adote uma estratégia errônea de tratamento, *verbi gratia*, fazer uso de um medicamento inócuo em face da patologia existente, acarretando, assim, o erro de tratamento. Outrossim, esta



modalidade pode ser, também, consequência do diagnóstico errôneo, caracterizando-se, assim, uma concorrência de falhas.

Acerca deste tema, destaca-se que na análise do caso concreto, porém, deve ser tratada a possibilidade de corresponsabilidade entre o profissional e o paciente ou, inclusive, de culpa exclusiva deste, dito que o tratamento consistirá em um conjunto de medidas determinadas pelo médico para serem cumpridas, porém, é completamente razoável considerar que pode o paciente, por descuido ou intencionalmente, não realizar as recomendações e, em razão disto, ter a patologia agravada (BORMANN; LOUREIRO, 2016, p. 43).

Ademais, percebe-se que existe ainda a possibilidade de ter o médico receitado o tratamento adequado e, mesmo com o cumprimento deste, a patologia não apresentar melhoras, situação esta em que deverá procurar outra forma de intervenção sem, contudo, ser tal situação considerada um erro médico. Desta forma, estará eximido de responsabilização (2016, p. 44).

Existe, também, o erro cirúrgico no qual o profissional comete algum equívoco durante um procedimento desta natureza, tal qual fazer a extração de um órgão diferente ao qual havia sido planejado ou na situação do médico deixar no interior do corpo do paciente algum instrumento cirúrgico. Tal situação, caracterizar-se-á como culposa, ensejando indenização.

Outras modalidades de erro que podem ser cometidos são: em relação à dosagem do medicamento, podendo, porém, este ser abrangido na categoria do tratamento; o erro de conduta; o erro deliberado que consiste na adoção de um tratamento que acarretará danos à saúde, buscando, porém, evitar mais significativos, é o que ocorre, por exemplo, com o tratamento quimioterápico contra o câncer. Nesta situação existe uma maior tolerância ao erro, bem como a adoção do tratamento, salvo em caso de notória urgência, deve ser precedida da aquiescência do paciente.

Esclarecidas estas questões, esclarece-se que a perícia feita eventualmente em um processo judicial será de extrema relevância para a análise do suposto erro médico – qualquer que seja sua modalidade – dito que esta possibilitará uma visão técnica acerca do ocorrido, o que, por sua vez, não é costumeiramente presente nos operadores do Direito (MARTELO, 2018).

Todavia, em razão da adoção do princípio do livre convencimento motivado pelo artigo 371 do Código de Processo Civil, o juiz pode, no exame do caso concreto, recusar a prova pericial produzida e resolver a lide com base em outras modalidades probatórias, tal qual a testemunhal (MARTELO, 2018).

Desta forma, percebe-se que a realização da prova pericial por um indivíduo com capacidade técnica para tal será, via de regra, de fundamental para a determinação da ocorrência

do erro médico, todavia, não terá efeito vinculativo perante o juiz que, valendo-se do princípio do livre convencimento motivado, poderá rejeitar o laudo produzido e possuirá a capacidade de decidir conforme outras modalidades de prova eventualmente colhidas, desde que fundamente sua decisão.

Ademais, superada esta discussão acerca do erro médico e sua fundamental importância para a determinação da obrigação reparatória, inicia-se o estudo de alguns casos da jurisprudência pátria, com o intuito de compreender qual a realidade existente no judiciário brasileiro.

### **3.7 Breve Exposição da Jurisprudência Pátria**

Para melhor compreensão do tema proposto neste trabalho, apresentar-se-á imprescindível fazer menção acerca de alguns julgados com o intuito de apresentar a posição da jurisprudência majoritária pátria acerca do tema do erro médico. Destaca-se, ainda, que serão utilizados como exemplos julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, do Distrito Federal.

O primeiro caso consiste em um julgamento feito pelo Tribunal de Justiça Paraibano na qual foi arguida a ocorrência de conduta negligente por parte de médico de hospital público, tendo, porém, tal pedido sido improcedente em razão da ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a ação e o resultado. Neste sentido, traz-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO APTA A CARACTERIZAR A NEGLIGÊNCIA OU MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO HOSPITALAR. NEXO CAUSAL NÃO EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DESPROVIMENTO DO APELO. – “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – HOSPITAL PÚBLICO – FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – NEXO DE CAUSALIDADE – AUSÊNCIA – DEVER DE INDENIZAR – INEXISTÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. 2. Alegação de falha no entendimento médico. Vítima atendida por prepostos da ré em Pronto Socorro Municipal e submetida a tratamento convencional com redução incruenta para tratamento de fratura distal do rádio esquerdo. Erro ou falha no atendimento médico prestado não comprovado. Inexistência de nexo causal entre a ação administrativa e o resultado danoso. Dever de indenizar inexistente. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJSP; Apelação 1000254-75.2016.8.26.0266; Relator (a): Décio Notarangi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Fórum de Itanhaém – 1ª Vara; Data do Jul. (TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00125990820118152001, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOSÉ RICARDO PORTO, j. em 29-01-2019).

Outro julgado que faz jus a ser mencionado diz respeito a decisão proferida pelo tribunal supramencionado, na qual julga improcedente a demanda que pleiteia danos morais em face de suposto erro cirúrgico ocorrido em cesariana que, por sua vez, cominou na ocorrência da histerectomia (remoção parcial ou total do útero materno). Dito Isto, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO EM CESARIANA QUE CULMINOU EM HISTERECTOMIA, ALÉM DE FRATURAS NO RECÉM NASCIDO. LAUDO PERICIAL JUDICIAL QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA NO ATO RELATADO. PROBLEMAS NO BEBÊ DE ORDEM CONGÊNITA. ACERVO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA AMPARAR A REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. CONSTRANGIMENTO MORAL NÃO COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 373, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO APELATÓRIO. – Para a configuração da responsabilidade civil mister se faz a presença de quatro pressupostos: a ação ou omissão do agente, a culpa do agente, a relação de causalidade e o dano, de maneira que, não se verificando a existência de um destes, não há que se falar em indenização – A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, calcada na culpa stricto sensu somente decorrente da culpa provada, não cabendo a presunção contra esses profissionais – Não restando provada a imperícia, ou a imprudência, ou a negligência, fica afastada a culpa do profissional da medicina, não havendo como atribuir responsabilidade civil aos promovidos – Nos termos do art. 373, I do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Assim, se ele não se desincumbe deste ônus, deixando de instruir o processo com documentos necessários, não pode o Juiz, através de sua imaginação, aplicar o pretense direito ao caso concreto que lhe fora submetido. (TJ-PB 00028776620128150981 PB, Relator: DES. JOSÉ RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 14/05/2019, 1ª Câmara Especializada Cível).

Outrossim, tal entendimento não é peculiar do Tribunal nordestino, sendo, na verdade, predominante na jurisprudência pátria, razão pela qual apresenta-se, também, acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. UTI. ALTA INDEVIDA. MORTE. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. NEXO CAUSAL. NÃO COMPROVADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1 – Em se tratando de ato praticado por agente público a responsabilidade é objetiva, cuja comprovação da culpa prescinde, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República. Esta responsabilidade pode ser ilidida diante da existência de culpa exclusiva da vítima ou, mitigada, quando presente a culpa concorrente. 2 – Ao aferir provável erro médico, exige-se a prova contundente com o escopo de corroborar que da conduta praticada pelo médico decorreu o dano sofrido, sem o qual estará inviabilizado o reconhecimento do dever de indenizar do Estado, por ausência do nexo causal. 3 – Conferido em perícia médica que todos os procedimentos adotados respeitam a literatura médica, não há que se falar em responsabilidade do Estado, ainda que o resultado não tenha sido o esperado. 4 – Negado provimento ao apelo. (TJ – DF 00352074920148070018 DF 0035207-49.2014.8.07.0018, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 31/01/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/02/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada).

Feita esta breve exposição jurisprudencial, restou evidenciado que a tendência da jurisprudência pátria consiste na não responsabilização em face do erro médico, em razão da

difícil tarefa de cumprir todos os pressupostos exigidos pela teoria geral da responsabilidade civil. Sendo ainda mais notória a complexidade de demonstração do nexo de causalidade com base nas clássicas teorias supramencionadas, pois, corriqueiramente, é de singular dificuldade a parte lesada demonstrar que o erro foi conditio *sine qua non* do dano e que este não foi decorrência, *verbi gratia*, da evolução natural da patologia.

Logo, habitualmente, as vítimas de condutas médicas errôneas ou seus herdeiros - em caso de morte - não recebem indenização alguma em razão da supramencionada complexidade, o que, por sua vez, não pode ser tido como justo em hipótese alguma. E, é neste contexto, que alguns doutrinadores e parcela da jurisprudência (inclusive em tribunais superiores) começa a adotar a “nova” Teoria da Perda de uma Chance na seara médica.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Como fora trabalhado, a responsabilidade civil do médico é extremamente dificultosa para o paciente que foi alvo de uma conduta culposa, logo, corriqueiramente, este permanece sem indenização alguma. Tal questão se dá, principalmente, em razão da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade – segundo as teorias clássica – entre a conduta culposa e o dano acometido ao paciente.

E, neste contexto, que surge na doutrina e jurisprudências brasileiras uma discussão que já era demasiadamente corriqueira em outros países, tal qual a adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica em situações em que haja a conduta culposa do profissional da saúde, mas que ocorra uma dificuldade de comprovação do nexo de causalidade. Desta forma, este capítulo será destinado a análise desta teoria, sua natureza jurídica, sua aplicação no ramo médico e, também, será feita uma breve exposição acerca de alguns julgados de tribunais brasileiros que adotam esta modalidade.

### 4.1 Teoria da Perda de uma Chance – Aspectos Gerais

A teoria da perda de uma chance é de origem francesa, local este em que uma breve análise dos manuais de Direito Civil apresenta que a aplicação e estudos desta teoria já datam um longo período. Diferente do Brasil em que o primeiro contato foi após uma conferência realizada pelo professor francês François Chabas em 1990 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Desde então, parcela da doutrina passou a dedicar estudos acerca deste tema, todavia, o mesmo não foi observado na Jurisprudência, dito que na prática forense, a busca por indenizações com base nesta modalidade ainda é pouco relevante, tal fato pode ser atribuído a corriqueira má compreensão de seu conceito, requisitos e quantificação (LIMBERGER; BUNCHAFT; FINGER, 2016, p. 3).

No século XIX, mais precisamente em 17 de junho de 1889, foi julgada na França a primeira ação em que prevaleceu a noção advinda da teoria da perda de uma chance. Nesta, a Corte Ministerial francesa concedeu indenização a um demandante em face da atuação culposa de um oficial ministerial que acarretou na perda de todas as chances da demanda lograr êxito. No sistema do *common law*, por sua vez, a primeira aparição desta teoria data 1911 no caso *Chaplin v. Hicks* em que a autora foi impedida de participar em um concurso de beleza organizado pelo promovido, no qual participavam 50 pessoas em concorrência por 12 prêmios. Diante desta realidade, os julgadores realizaram uma operação matemática e definiram que a

promovente possuía 25% de chances de ganhar algum prêmio e, por isso, determinaram que recebesse esta porcentagem do valor da premiação (PETEFFI, 2013, p. 11).

Percebe-se, então, que certos países, como os retrocitados, possuem análises e uma aplicação jurisprudencial muito mais antiga que no Brasil, desta forma há um detalhamento muito mais significativo no estudo da teoria da perda de uma chance naqueles, o que, por sua vez, acarreta em uma tendência de compreensão e aceitação jurisprudencial muito mais relevante, devendo esta ser ainda observada em território brasileiro na medida em que sejam feitas obras destinadas a explicar a modalidade de responsabilização ora debatida.

Neste viés, destaca-se que no Brasil, como fora supramencionado, não ocorreu uma aceitação jurisprudencial notória na aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, pois, além das razões trabalhadas no primeiro parágrafo deste capítulo, muitos autores consideram demasiadamente incerta a sua aplicação, pois não havia a comprovação de que a conduta foi *conditio sine qua non* do dano (fato este que posteriormente será analisado como não sendo um dos fatores determinantes da aplicação desta teoria). Apresentando-se, pois, como (utilizando a nomenclatura de Rene Savatier ao discorrer sobre a aplicação da teoria na seara médica), um paraíso do juiz indeciso (PETEFFI, 2013, p. 89).

Existe, ainda, uma discussão doutrinária acerca da natureza da perda de uma chance, de forma tal que uma parcela defende que deve ser classificada como lucros cessantes ou danos emergentes enquanto outra os define como danos extrapatrimoniais. Neste sentido, o autor italiano Adriano De Cupis defendia tratar-se de uma modalidade de danos emergentes em que não seriam todas as chances perdidas que fariam jus à indenização, enquanto Gisela Sampaio Cruz Guedes, por sua vez, defendia que não seria necessariamente patrimonial, pois havia a possibilidade da chance perdida ter caráter extrapatrimonial (LIMBERGER; BUNCHAFT; FINGER, 2016, p. 5-6).

Outros doutrinadores, por sua vez, colocam a teoria da perda de uma chance relacionada com uma teoria menos clássica em relação ao nexo de causalidade, tal qual a relacionam com a causalidade parcial ou, inclusive, com uma presunção de causalidade. Neste diapasão, Joseph King Junior defende, ainda, que trata-se de uma modalidade de dano autônomo na qual não é exigida a aplicação da causalidade alternativa (LIMBERGER; BUNCHAFT; FINGER, 2016, p. 6). Traz-se, ainda, que este tema será melhor analisado em tópico subsequente.

Feita esta breve introdução, traz-se que esta teoria é marcada pela perda de uma chance de obter um resultado almejado ou de evitar um dano em razão da conduta de outrem (GONÇALVES, 2017, p. 320). Para ilustrar, traz-se o exemplo do advogado que atuando

culposamente acaba por perder o prazo recursal e, em razão disto, a sentença de improcedência é mantida em caráter desfavorável ao seu cliente.

Percebe-se, por este exemplo, que não existia a garantia de que a sentença recorrida seria modificada pelo Tribunal hierarquicamente superior, todavia, em razão da culpa do advogado, o cliente perdeu a chance de que isto ocorresse. Logo, tal situação difere-se das clássicas de responsabilidade civil, em que existia a certeza de ocorrência do dano, enquanto nesta, via de regra, há a certeza da perda da oportunidade de obter-se um resultado benéfico não garantido que, por sua vez, ficaria injustamente sem reparação caso utilizada somente as modalidades clássicas de dano e responsabilização civil. Deve ser feito, então, um juízo probabilístico conforme a situação concreta e, de acordo com a probabilidade auferida, buscar determinar um quantum indenizatório.

Ademais, na aplicação desta teoria, a doutrina faz diferenciações em face de casos em que o processo aleatório foi interrompido antes de seu fim, como no supramencionado, ou seja, em que o ato culposos acarretou com que o processo terminasse antes do seu fim natural – julgamento após a interposição de todos os recursos. E casos em que o aleatório chegou até o final – como ocorre na maioria dos casos relacionados a seara médica, tal qual um diagnóstico errôneo feito pelo médico que acaba por gerar a morte ou paralisia do paciente (PETEFFI, 2013).

Traz-se, porém, que esta segunda hipótese não é exclusiva dos casos relacionados à medicina, conforme leciona Georges Durry, podem estar relacionados, por exemplo, com o caso de um alarme antifurto que por algum defeito não toca, fazendo com que o ato criminoso não seja impedido, em razão dos proprietários terem perdido a chance de evita-lo.

Outrossim, destaca-se que a primeira hipótese é corriqueira na modalidade de perda da chance de auferir um benefício, enquanto a segunda é na de evitar um prejuízo.

Definidos estes pontos, a chance para que eventualmente seja indenizada deverá atender a certos requisitos específicos.

Neste sentido, o primeiro requisito a ser mencionado deve ser a exigência que a chance perdida seja séria e real. Desta forma, não há a indenização da perda de esperança subjetiva, necessita-se que haja probabilisticamente a possibilidade relevante de evitar o dano ou obter o benefício. Como exemplo, cita-se a hipótese do paciente que encontra-se em estado terminal, mas que mantém esperanças de sua cura, neste caso, percebe-se que a chance não é relevante ao ponto de ensejar o recebimento de indenização (PETEFFI, 2013, p. 138).

Acerca deste tema, traz-se que no caso *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor aduzia a necessidade da chance ser substancial, de forma tal que em demandas em que houve perda de

chances inferiores à 25%, devem os julgadores adotarem um rigor redobrado, para não serem encorajadas demandas meramente especulativas (PETEFFI, 2013, p. 138).

Ademais, este requisito é fundamental para evitar que a teoria seja desvirtuada, sendo, assim, demasiadamente utilizados por tribunais franceses com o intuito de afastar a incidência de danos eventuais. Todavia, destaca-se que a determinação de um significado objetivo para expressão sérias e reais é de difícil feitura (LIMBERGER; BUNCHAFT; FINGER, 2016, p. 8).

Neste aspecto, Sérgio Savi, um dos autores de obra de maior renome sobre a teoria da perda de uma chance no Brasil, numa tentativa de fornecer um caráter mais objetivo a tal conceito, define que as chances somente seriam sérias e reais caso atingissem o patamar mínimo de 50%. Sendo tal pensamento compactuado por Sérgio Carvaliere, segundo o qual somente chances superiores a metade devem ser consideradas para fim de indenização. Todavia, grande parte da doutrina não define um critério objetivo como este para a definição da viabilidade da chance, preferindo-se que seja feita uma análise do caso concreto, sem, porém, aceitar probabilidade ínfima que não faz jus a tutela jurisdicional (LIMBERGER; BUNCHAFT; FINGER, 2016, p. 8).

Entendimento similar ao defendido por Sérgio Savi e por Carvaliere é imposto em alguns casos pela jurisprudência italiana, em que exige-se a comprovação da existência de uma chance de ao menos 50% (PETEFFI, 2013, p. 141).

Todavia, da breve análise do que fora mencionado, a determinação de montantes tão substanciais para que seja considerada a aplicação da teoria da perda de uma chance não pode ser aceita, sob risco de inviabilizar sua utilização. Desta forma, sabe-se que a teoria ora analisada é utilizada em situações em que não há a certeza de que a conduta foi *conditio sine qua non* do dano, acarretando, assim, uma maior flexibilização da Teoria Geral da Responsabilidade Civil e, principalmente, do nexo de causalidade, visando possibilitar que a vítima receba uma indenização em razão do ato, porém a exigência do montante supramencionado acaba por desvirtuar claramente o intuito principal da adoção desta modalidade de responsabilização, em razão de ser notoriamente dificultosa a comprovação da existência do percentual defendido.

Outrossim, não há de ser desconsiderado que a perda de chances inferiores a 50% podem vir a ser consideráveis a ponto de ensejar a instituição de indenização. Traz-se, *verbi gratia*, o caso de indivíduo que estava na 4ª fase de um concurso para magistratura, concorrendo com outras 3 pessoas a ocupação da vaga, mas que em razão de conduta culposa da companhia aérea, com a qual deslocar-se-ia para o local de prova, chegou atrasado e acabou por perder a realização da etapa.



Evidentemente, a conduta culposa da empresa fez com que o processo aleatório acabasse antes do seu fim natural, acarretando a perda da chance de 25% que tinha o candidato de conquistar a vaga. Tal situação é evidentemente ensejadora da aplicação da teoria ora estudada, já que o prejuízo acometido ao ofendido foi demasiado, ainda que a probabilidade existente fosse inferior à 50%.

Outro requisito diz respeito à determinação da forma com a qual serão calculadas as chances. Em primeiro momento, percebe-se que a utilização desta teoria pressupõe a perda da chance de evitar um prejuízo ou de receber um benefício, logo, o valor da indenização sempre deverá ser inferior ao do benefício almejado, dito que somente havia a possibilidade de sua ocorrência, e não a certeza (PETEFFI, 2013, p. 143).

O fato de a indenização não ser equivalente ao montante integral do benefício a ser perquirido fez com que parcela da doutrina afirmasse que a adoção desta teoria não seria válida em razão de não reparar integralmente o dano sofrido pelo ofendido em razão da conduta culposa do ofensor. Todavia, é evidente que tal argumentação não deve prosperar, dito que como remete a própria nomenclatura utilizada, esta teoria é da perda de uma chance, logo, a indenização deverá ser integral em relação a estas e não em face do dano (PETEFFI, 2013, p. 144).

Percebe-se, desta forma, que a indenização da perda de uma chance não será em hipótese alguma equivalente ao do dano acarretado, dito que esta é fundamentada naquela e não neste, bem como que isto não viola a determinação que a indenização gerará a reparação integral, haja vista que ela conseguirá promover a reparação completa da chance perdida, o que, por sua vez, é o resultado almejado. Resultará o valor reparatório, então, da realização da operação matemática da multiplicação do valor do benefício almejado pelo percentual atestado como possibilidade que tinha o ofendido.

#### **4.2 Perda de Uma Chance: Dano Autônomo x Causalidade Parcial**

Superada a análise de aspectos gerais da teoria ora trabalhada, faz-se necessária a definição de sua natureza jurídica, para fins de melhor aplicação jurisprudencial, já que a dificuldade de aplicabilidade desta está diretamente relacionada com a má compreensão de sua natureza. Ademais, para a melhor compreensão das fundamentações existentes serão utilizados estudos de escritores nacionais e estrangeiros.

Como foi introduzido no tópico anterior, existe uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, de forma que parcela o considera como uma

modalidade de dano autônomo, enquanto outra aduz que trata-se de uma modalidade em que utiliza-se uma aplicação menos ortodoxa das teorias determinantes do nexo de causalidade.

Neste sentido, Joseph King Junior e Georges Durry defendem que a teoria da perda de uma chance deve ser considerada como um dano autônomo, na qual não exige-se a ocorrência de nenhum abrandamento do nexo de causalidade, desta forma, haver-se-ia que indenizar sempre que ocorresse a perda de probabilidade da ocorrência de um resultado favorável (PETEFFI, 2013, p. 82 - 83).

Desta determinação constante no fim do parágrafo anterior, percebe-se que aplicar-se-ia a teoria da perda de uma chance somente nas hipóteses em que o processo aleatório não foi concluído, dito que somente nesta modalidade em que observa-se a existência da perda de possibilidade de conseguir um resultado positivo, já que nas hipóteses em que o processo chega ao fim, há a ocorrência do dano e, conseqüentemente, almejava-se evitar a ocorrência de um prejuízo.

Outrossim, parcela da doutrina francesa defende que a perda de uma chance teria natureza diferente da supramencionada, pois arguem a realização de uma ruptura nos casos de aplicação desta teoria. Nas hipóteses em que o caso não tivesse relacionado com a aplicação na seara médica, os conhecidos como “casos clássicos”, a natureza seria de dano autônomo, dito que o processo aleatório não chegou ao seu fim, restando, pois, dúvida acerca do resultado final, o que, por sua vez, possibilitaria a aplicação da teoria ora abordada (PETEFFI, 2013, p. 83 - 92).

Todavia, na hipótese de tratar-se de um caso médico, no qual, via de regra, o processo aleatório chegou ao fim, defendia Rene Savatier que não seria cabível a utilização desta modalidade de responsabilização, haja vista que o fim da álea fez com que surgisse um dano final sob o qual não recaía dúvida alguma. Desta forma, não poderiam as chances de evitar o prejuízo serem consideradas como um dano autônomo, pois estariam subordinadas ao resultado final (PETEFFI, 2013, p. 83 - 92).

Ademais, outra parcela considerável da doutrina francesa, da qual participam Gerard Mémeteau e Jacques Bore, arguem ser a teoria da perda de uma chance aplicada aos casos da seara médica, todavia, dependendo tal aplicação da utilização, em todos os casos, da teoria da causalidade parcial (mencionada no primeiro capítulo) (PETEFFI, 2013, p. 83, 103). Desta forma, possibilitando uma flexibilização do nexo de causal a propiciar a indenização em face da realização de uma conduta que não tenha sido comprovadamente *conditio sine qua non* do dano, mas que acarretou na perda de porcentagem que possuía o indivíduo de evitar o prejuízo.

No Brasil, não há uma grande discussão acerca da natureza jurídica da aplicação desta teoria, dito que os estudos acerca dela também são pouco notórios. Todavia, Noronha é um dos doutrinadores que posiciona-se acerca deste tema. O referido autor não adota completamente nenhuma das formas supramencionadas, ele, por sua vez, advoga que diferente da divisão entre casos da seara médica e os que não são, dever-se-á separar as modalidades em situações em que há a frustração da chance de obter um benefício e em casos de frustração da chance de evitar um dano que ocorreu (PETEFFI, 2013, p. 107).

No primeiro grupo, estariam situações em que o processo aleatório foi interrompido em razão de um ato de outrem, ficando, assim, sem a ocorrência direta do resultado final, enquanto na segunda estariam agrupadas situações em que o processo chegou ao fim, ocorrendo, assim, o dano final. Traz-se, ainda, que segundo autor brasileiro, em todos os casos, a teoria da perda de uma chance teria natureza jurídica de dano autônomo, independentemente, assim, da utilização de uma forma menos ortodoxa de nexo de causalidade, pois, na hipótese do processo chegar ao seu fim, deverá existir, na verdade, uma presunção de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado. Desta forma, é ônus do agente comprovar a inexistência deste (PETEFFI, 2013, p. 107-108).

Das teorias supramencionadas, aparenta ser demasiadamente adequada a separação feita por Noronha, dito que uma divisão entre situações médicas e outras não pode ser feita, na medida em que nem todo caso médico tem o processo aleatório ocorrido até o fim, havendo a possibilidade de que, mesmo com a conduta culposa do profissional, o dano não seja causado, bem como uma situação de outra seara pode fazer com que a perda da chance não gere a interrupção do processo causal, de forma a ocorrer o dano.

Como exemplo desta segunda modalidade, cita-se o caso do alarme antifurto que, por defeito na sua fabricação, não dispara quando este crime ocorre. Nesta hipótese, a falha o produto tirou a chance dos proprietários evitarem o roubo, todavia, não gerou a interrupção do processo aleatório, dito que a infração ocorreu, acarretando, assim, o dano.

No que diz respeito a natureza jurídica da perda de uma chance, defende-se que deverá ser de dano autônomo em situações em que há aniquilação da possibilidade de conseguir um benefício, e na hipótese de tratar-se da perda da oportunidade de evitar-se um prejuízo, deverá ser aplicada a causalidade parcial. Tal situação advém do fato de a primeira situação caracterizar-se pela perda total da chance, que, por sua vez, gerou até o rompimento do processo aleatório, enquanto na segunda, a atuação culposa do agente é considerada apenas como uma das causas que acarretaram o dano, devendo, assim, ser utilizada a noção da causalidade parcial para que o abrandamento do nexo causal possibilite a determinação da responsabilização civil.

### 4.3 Teoria da Perda de Uma Chance na Seara Médica

Como fora analisado no segundo capítulo, o médico possui uma série de deveres – informação, cuidado, perícia - pelos quais pode responder em razão do descumprimento, haja vista que a ausência destes caracteriza a conduta culposa do agente e, quando esta causar dano ao paciente e houver nexo de causalidade entre este e a ação do profissional, ocorrerá a responsabilização civil.

Todavia, como fora trabalhado ainda no segundo capítulo, a comprovação de que a conduta culposa apresentou-se como uma *conditio sine qua non* do dano, desta forma, torna-se corriqueira a não responsabilização do médico. Diante desta realidade, insta salientar que passa a ser aceita na doutrina e jurisprudência a utilização da teoria da perda de uma chance, afim de possibilitar que esta evidente injustiça não seja mais corriqueira. Ademais, para que haja a responsabilização do agente, alguns requisitos específicos – em adição aos gerais, com menor rigidez do nexo de causalidade – deverão estar presentes, tais quais a existência de chances reais e reais, bem como de quantificação destas, de forma a possibilitar a feitura dos cálculos para definição do montante indenizatório (tendo ambos sido analisados mais detalhadamente no tópico 4.1).

Destaca-se, porém, que a aplicação desta teoria não é de aceitação unânime na doutrina e jurisprudência brasileira, de forma tal alguns consideram que seria impossível a aplicação desta na seara da medicina, utilizando a noção defendida por René Savatier de que “a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso” (PETEFFI, 2013, 246). Traz-se, porém, que uma parcela mais notória da doutrina e mais recentemente da jurisprudência passam a adotar esta modalidade (como será analisado no tópico seguinte). Acerca disto, leciona Rafael Peteffi Silva:

Entrementes, já existe sólida tendência jurisprudencial brasileira que admite a aplicação da teoria da perda de uma chance às questões médicas e hospitalares. Mesmo 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. (Silva, 01/2013)

É evidente que esta mudança de guinada doutrinária e jurisprudencial está em acordo e diretamente relacionada com a modificação do enfoque da responsabilização civil que, diante do processo de constitucionalização do direito privado advinda com a Constituição Federal de 1988, passou a priorizar o aspecto de reparação da vítima ao invés da punibilidade do ofensor, desta forma, em hipótese de haver certa dúvida acerca da indenização, preferir-se-á que tenda para o benefício do sofrendor do dano.

Neste sentido, é de aplaudir tal situação, dito que apresentava-se desarrazoado que um paciente, diante de um erro médico devidamente comprovado, permanecesse sem recebimento de indenização alguma em razão da enorme dificuldade de provar que a conduta culposa foi *conditio sine qua non* do dano, pois, como é notório, a área da medicina é influenciada por uma série de fatores.

Outrossim, ainda que não haja uma discussão profunda acerca da natureza jurídica da perda de uma chance na doutrina e na jurisprudência brasileira - mesmo diante dos processos em que o pedido fundamentado nesta modalidade é julgado procedente, a devida aplicação desta teoria na seara médica está diretamente atrelada a utilização, nestes casos, da causalidade parcial, a fim de possibilitar que seja flexibilizada a rigidez das teorias clássicas do nexos causal para que seja determinada a obrigação sucessiva de indenização diante de uma conduta que acarretou o fim da possibilidade séria e real de cura atestada através da atuação pericial, sem exigir-se, porém, que haja a comprovação de que esta foi *conditio sine qua non* do dano, em razão da extrema dificuldade de realizar tal questão em face dos diversos fatores influenciadores do processo médico.

Para melhor contextualização da tese exposta neste trabalho, serão analisados alguns julgados de tribunais pátrios em que há aplicação da teoria da perda de uma chance diante do erro médico.

#### **4.4 Análise de Julgados de Tribunais Brasileiros**

Como fora demonstrado no capítulo anterior, a majoritária jurisprudência ao deparar-se com um erro médico acaba por utilizar da teoria geral da responsabilidade civil na realização do julgamento, acarretando, corriqueiramente, na improcedência da ação e consequentemente o paciente vitimado permanece sem receber indenização ou reparação alguma, estando isto relacionado, claramente, aos diversos fatores influenciadores do procedimento médico que geram a grande dificuldade de comprovar que o erro foi *conditio sine qua non* do dano.

Todavia, é evidente que tal maneira de decidir apresenta-se injusta e incompatível com o processo de constitucionalização do Direito Civil (que fez com que a responsabilização civil passasse a ter o objetivo principal de reparar a vítima, ao invés de penalizar o ofensor), desta forma passou a crescer em tribunais brasileiros a aplicação da teoria da perda de uma chance em face do erro médico e, em razão disto, serão mencionados alguns julgados que comprovam a aplicabilidade e efetividade desta maneira de julgar os dissídios.

Em primeiro momento traz-se o acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba no qual houve a responsabilização do Estado da Paraíba em razão de erro médico ocorrido no Hospital Regional de Cajazeiras através da aplicação desta teoria em face da utilização da modalidade de parto normal em caso no qual não era indicado, conforme aduz laudo elaborado pelo Hospital Lauro Wanderley. Tal questão deu-se em razão de ser a parturiente portadora do vírus HIV, todavia, apesar da indicação constante neste documento, o profissional realizou a modalidade normal e o recém-nascido acabou por contrair o vírus. Neste sentido, traz-se a ementa do julgado:

RECURSO OFICIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. CONTAMINAÇÃO DE RECÉM-NASCIDO POR VÍRUS HIV. NÃO OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES CONSTANTES DO DOCUMENTO DE ENCAMINHAMENTO DA PARTURIENTE. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. APLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTUM INDENIZA-TÓRIO. RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. Em caso de falha na prestação de serviço médico-hospitalar, em nosocômio público, aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado pelo evento danoso, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. "É plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher a teoria da perda de uma chance para reconhecer a obrigação de indenizar quando verificada, em concreto, a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de ato ilícito praticado por terceiro" (STJ, AgRg no AREsp 553104/RS, Ministro MARCO BUZZI, DJe 07/12/2015). - **Mesmo não sendo possível afirmar, indubitavelmente, que a transmissão do vírus da AIDS para o recém-nascido seria evitada na hipótese da não adoção do parto normal, existia uma forte probabilidade de que esta não ocorresse, acaso observadas as recomendações constantes do documento de encaminhamento da paciente, bem como do Ministério da Saúde.** Contudo, o ato imputado ao servidor público, no exercício de suas funções, o privou da chance (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002129220128150491, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 12-09-2017) (TJ-PB - REEX: 00002129220128150491 0000212-92.2012.815.0491, Relator: DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, Data de Julgamento: 12/09/2017, 2A CIVEL, grifo nosso).

Percebe-se que nesta decisão somente a adoção da teoria da perda de uma chance possibilitou a existência de uma responsabilização, pois, como consta, não se pode garantir que a transmissão do vírus seria evitada na hipótese de ter sido feita outra modalidade de parto, todavia, havia uma chance real e considerável disto ocorrer, logo, possibilitar-se-á instituir indenização através da aplicação da supramencionada teoria. Está evidente que, neste julgado, foi evitada a utilização da regra do “tudo ou nada” que é característica do modelo geral da responsabilidade civil.

Outro julgado que merece ser citado é o do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, neste as filhas do falecido pleiteiam o recebimento de indenização por danos morais em face de suposto erro médico e até cirúrgico que acabou por ser determinante para que o genitor viesse a óbito. Sendo esclarecido no decorrer do processo que houve negligência e imperícia da equipe

médica (culpa) que incorreu em demasiada demora para fazer o diagnóstico e, ainda, medicou-o de forma indevida. Neste sentido, é importante citar a ementa do julgado:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DO GENITORMARIDO DAS AUTORAS. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. APELAÇÃO DO HOSPITAL. CONCLUSÃO DA PERÍCIA PELA FALHA NO DIANÓSTICO DA DOENÇA. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE RAIOS X. NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS SOB FORMA DE PENSIONAMENTO MENSAL. 23 DA RENDA AUFERIDA PELA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. REDUÇÃO PROPORCIONAL DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DEFERIMENTO IMPLÍCITO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DOS ADVOGADOS DO MÉDICO CIRURGIÃO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. EQUIPARAÇÃO AOS HONORÁRIOS ARBITRADO EM FAVOR DOS PATRONOS DA PARTE AUTORA. ISONOMIA. RECURSO PROVIDO. [...] 2) Caracteriza negligência da equipe médica a não realização de exame capaz de aumentar a certeza diagnóstica e, assim, permitir um tratamento mais adequado e eficaz da doença. 3) Consoante a doutrina e jurisprudência pátrias, a teoria da perda de uma chance é aplicável à responsabilização civil por erro médico quando, em decorrência de falha no serviço prestado, o paciente é privado de uma chance de cura ou de sobrevivência. 4) Nada obstante, na linha desse entendimento, considerando que não se pode atribuir à chance perdida o mesmo valor que possui a vida ou a convalescência do paciente, a indenização, tanto por danos morais quanto por danos materiais, deve sofrer uma redução proporcional [...]. (TJ-ES - APL: 00032437120108080011, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 02/02/2016, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/02/2016).

Nesta decisão é importante ressaltar a certeza aferida na passagem em que consta ser a teoria da perda de uma chance aplicável em face do erro médico como modalidade de responsabilização. Ademais, é de destacar-se a determinação do valor indenizatório que, seguindo o entendimento trazido no primeiro tópico deste capítulo, será sempre inferior ao valor total do dano, dito que busca-se, na verdade, a reparação da chance que fora perdida e não daquele.

Por fim, é imprescindível analisar um julgado do Superior Tribunal de Justiça, dito que ele tem como uma de suas funções a harmonização da jurisprudência nacional, desta forma, a decisão possui uma grande relevância. Neste caso, o cônjuge sobrevivente pleiteia indenização em face da atuação negligente da equipe médica que apesar de ter feito alguns exames com a paciente, não diagnosticaram o quadro de leucemia existente, o que, por sua vez, foi determinante para a ocorrência de seu óbito. Neste diapasão, traz-se:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. [...] 2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que

séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, **não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico**. 4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar. 7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. [...] (STJ - REsp: 1677083 SP 2017/0034594-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017, **grifo nosso**).

Neste caso apresenta-se mais uma situação em que a perda de uma chance foi fundamental para a instituição da obrigação de reparação civil, dito que não houve a certeza de que o erro de diagnóstico foi *conditio sine qua non* da ocorrência da morte, todavia, apresentou-se como um dos fatores e, ainda, retirou, comprovadamente, chances sérias da paciente evitar o resultado advindo. Outrossim, similarmente ao acórdão anterior, percebe-se que não há a indenização equivalente ao dano, mas, na verdade, em relação as possibilidades que foram perdidas em razão do erro médico.

Traz-se, ainda, que em nenhuma dos acórdãos supramencionados houve uma análise acerca da natureza jurídica da chance perdida, ou seja, se consiste em um dano autônomo ou em uma utilização de uma modalidade menos ortodoxa do nexos de causalidade, fato este que é corriqueiro no Brasil na medida em que a aplicação jurisprudencial e o aprofundamento do estudo doutrinário desta teoria são de certa forma recentes, diferente do que ocorre, *verbi gratia*, em países como a França e os que adotam o *common law*.

Ademais, resta incontroversa a relevância da aplicação por outros tribunais desta teoria diante dos casos de erro médico devidamente comprovado, pois somente com sua utilização, em algumas hipóteses, poderão os pacientes – ou seus sucessores – receber alguma indenização em face da conduta culposa do profissional da medicina.

Além de que, a ocorrência desta responsabilização está em direto acordo com o enfoque advindo do processo de constitucionalização do Direito Civil de que a responsabilização deve visar, primordialmente, a reparação da vítima em face da penalização do ofensor, de forma a possibilitar a sua existência conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que este trabalho se propõe a analisar um pouco da realidade corriqueira no Brasil na responsabilização civil em razão do erro médico, apresentando a proposta de utilizar a teoria da perda de uma chance (tão difundida em outros países, tal qual França e utilizadores do *common law*) como solução para a comum e injusta situação de permanecer o paciente vitimado sem receber nenhuma indenização em face da conduta do profissional, em razão da difícil comprovação de que esta foi *conditio sine qua non* do dano, dito que a medicina é influenciada por inúmeros fatores.

Para tanto, no primeiro capítulo fora feita uma introdução acerca da teoria geral da responsabilidade civil, principiando com a apresentação da evolução histórica desta, passando para o conceito, os pressupostos indispensáveis para que seja definida a obrigação de indenizar (os quais, apesar da existência de relativa divergência doutrinária, foram analisados a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade – em suas diferentes teorias fundamentadoras, incluindo-se a causalidade parcial que é responsável por possibilitar uma maior relativização na demonstração deste pressuposto), as causas excludentes de responsabilização em que mesmo diante da ocorrência dos requisitos acarreta no desaparecer da obrigação reparatória, as modalidades objetiva e subjetiva de responsabilização que são diferenciadas em razão da necessidade ou não de demonstração da culpa e, ainda, as formas extracontratual ou contratual que baseiam-se no espécie de instrumento que determinou a obrigação originária descumprida.

Este primeiro momento apresenta-se fundamental para a compreensão dos capítulos subsequentes, pois discorre acerca de conceitos indispensáveis para o entendimento da realidade existente no país e, ainda, da proposta tratada neste trabalho.

No segundo capítulo, por sua vez, foi estudada a responsabilidade civil do médico, sendo analisados primordialmente aspectos gerais deste tema, tais quais questões históricas, sendo, posteriormente, iniciado o estudo de dispositivos legais de variadas codificações (Código Civil, Código de Ética da Medicina, Código do Consumidor) que determinam a existência da responsabilidade subjetiva a esse profissional, ou seja, dependente da comprovação da culpa. Depois, fora analisada a natureza jurídica da atividade médica, se de meio ou resultado, sendo prosseguido pela análise da responsabilidade dos hospitais – públicos e privados – sobre os deveres gerais dos médicos, e o conceito e caracterização do erro médico. Ademais, foi concluído o referido capítulo com a análise da posição ainda majoritária na jurisprudência pátria de que o médico para ser responsabilizado há de ser aplicada a teoria geral da responsabilidade

civil, logo, sendo imprescindível a comprovação da existência do nexo de causalidade segundo as teorias clássicas, sendo, pois, necessário que a conduta seja *conditio sine qua non* do dano.

Foi neste momento em que ficou evidenciado que corriqueiramente a vítima de um erro médico permanece sem receber reparação alguma em razão da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade conforme a utilização das teorias clássicas. Desta forma, casos de completa injustiça são comuns na jurisprudência brasileira, pois a vítima é exigida uma prova quase que diabólica para que venha a ser restituída.

Diante desta realidade, surge a proposta levantada no terceiro capítulo. Neste, foi analisada a teoria da perda de uma chance em face do erro médico, sendo principiado com o estudo dos aspectos gerais desta teoria, tais quais a exigência da existência de chances sérias e reais de obter o benefício ou de evitar o prejuízo – não existindo um percentual definido para determinar este requisito – e, também, a possibilidade de quantificação das chances, o que acarreta na feitura de um cálculo matemático correspondente entre a multiplicação do percentual das chances perdidas pelo montante do dano final, sendo o resultado o importe a ser reparado. Posteriormente, fora analisada uma questão que não é demasiadamente debatida no Brasil que é a natureza da chance perdida, em que neste trabalho foi defendida a tese de que será dano autônomo se o processo aleatório não chegar ao seu final, e relacionada com a utilização de uma modalidade não ortodoxa do nexo de causalidade, como a causalidade parcial.

Desta forma, percebe-se que esta teoria é caracterizada por uma certa relativização da rigidez existente nos pressupostos da teoria geral da responsabilidade civil. Ademais, neste capítulo ainda foi estudada a possibilidade de utilização desta teoria na seara médica em casos em que haja enorme dificuldade de comprovar a ocorrência do nexo de causalidade, bem como foram apresentados acórdãos do TJ-B, TJES e STJ em que a aplicação ora defendida foi aceita e em que somente através desta ferramenta, o paciente recebeu indenização em face do erro médico sofrido.

Diante do exposto, percebe-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica tende a ser cada vez mais aceita em sede jurisprudência, bem como a ser analisada na Doutrina, pois são evidentes os benefícios gerados em face desta aplicação em certos casos, pois possibilitar-se-á que o paciente receba uma indenização em face do erro médico quando presentes os requisitos tratados no terceiro capítulo, o que não ocorreria na hipótese de aceitação exclusiva da teoria geral da responsabilidade civil. Ademais, tal fato está em acordo com a tendência gerada pelo processo pós Constituição de 1988 de constitucionalização do Direito Civil, pois foi mudado o enfoque preponderante da responsabilidade civil no sentido de preponderar o aspecto de reparação da vítima em face da penalização do ofensor.

Outrossim, destaca-se que argumentos como a dificuldade de quantificação das chances não devem preponderar diante da aplicação desta tese, haja vista que a evolução tecnológica possibilita a feitura de laudos cada vez mais precisos, bem como pelo fato de que estes argumentos também eram utilizados em momento anterior a implementação dos danos morais, sendo estes atualmente incontestáveis, tendência esta que deve ser seguida com a aplicação jurisprudencial e doutrinária da teoria da perda de uma chance na seara ora defendida, dito que ambas as modalidades apesar de serem de quantificação mais árdua e, por vezes, relacionadas com certo subjetivismo, apresentam-se imprescindíveis para que o Direito cumpra um de seus fins primordiais, tal qual a feitura da justiça.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico. In: Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180. Disponível em: <[http://www.ruyrosado.com.br/upload/site\\_producao intelectual/23.pdf](http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf)>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

BORMANN, Luiz Roberto; LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade civil por erro médico.** Revista Jurídica Uniandrade – nº 24 – vol. 01 – 2016, p. 1166-1247.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil,** São Paulo, v. , n. 18, p. 554, 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)> Acesso em: 15 de julho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 1.677.083 – SP. Recorrente: Hospital Alvorada Taguatinga LTDA. Recorrido: Rogerio Rodrigues de Oliveira. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. 14 de Novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916234/recurso-especial-resp-1677083-sp-2017-0034594-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

CAMPANEMA, Sylvio de Souza, **O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** Sergio Cavalieri Filho. - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal,** v. I/66. Saraiva. 1991.

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação** nº 0035207-49.2014.8.07.0018. Apelante: Carlos Andre Ribeiro Alves Dos Santos. Apelado: Distrito

Federal. Relatora: Leila Arlanch. Brasília. 31 de Janeiro de 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548917260/352074920148070018-df-0035207-4920148070018?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Apelação** nº 0003243-71.2010.8.08.0011. Apelante: Ramos-Araujo Advogados e outro. Apelado: A.K.M.C. e outro. Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama. Vitória. 2 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340287017/apelacao-apl-32437120108080011?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 de agosto de 2019.

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

GIRÃO, Mardônio da Silva; OLIVEIRA, Alessandro Andrade. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2015. Disponível em: <<https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-especiais/1688-70/file>>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMBERGER, Têmis; BUNCHRAFT, Maria Eugenia; FINGER, Brunize. **Responsabilidade civil pela perda da chance: revisitando os principais aspectos elencados pela doutrina nacional e estrangeira**. Revista Jurídica Cesumar, set./dez. 2016, v. 16, n. 3, p. 939-962.

MARTELO, Lucas Rodrigo. **Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica**. 2018. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/aplicabilidade-teoria-perda-uma-chance-na-responsabilidade-civil-medica.htm>>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

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

PANAFIEL, Fernando. **Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil**. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-e-pressupostos-da-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação** nº 0002877-66.2012.815.0981. Apelante: Isabel Cristina Marques Belo e outro. Apelada: Clipsi - Clínica de Pronto Socorro Infantil e outros. Relator: José Ricardo Porto. João Pessoa. 14 de Maio de 2019. Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710166340/28776620128150981-pb?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 de agosto de 2019.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação** nº 0012599-08.2011.8.15.2001. Apelante: Jorge Gomes. Apelado: Estado da Paraíba. Relator: José Ricardo Porto. João Pessoa. 29 de Janeiro de 2019. Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/670798464/125990820118152001-pb?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Reexame Necessário** nº 0000212-92.2012.815.0491. Promovente: Maria de Fátima do Nascimento. Promovido: Estado da Paraíba. Relator: Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. João Pessoa. 12 de Setembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499603536/reexame-necessario-reex-2129220128150491-0000212-9220128150491?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 de agosto de 2019.

PETEFFI, Rafael da Silva. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

Planos de saúde realizaram 1,5 bilhão de procedimentos em 2017. ANS. 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/4502-planos-de-saude-realizaram-1-5-bilhao-de-procedimentos-em-2017>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

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

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

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil** – 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil : volume único** / Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ZAIDAN, Gabriela Cunha. **A relação de consumo nos serviços médicos hospitalares prestados via sistema único de saúde**. 2018. Disponível em: <<https://www.portugalvilela.com.br/o-que-pensamos/consumo-dos-servicos-em-saude-via-sus/>>. Acesso em: 21 de junho de 2019.