

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E O SUPOSTO ERRO MÉDICO

Luiz Télvio Valim¹

Fabiana Campos Franco²

RESUMO

O objetivo do estudo é analisar a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, diante de um suposto erro médico. Trata-se de uma revisão de literatura como procedimento técnico. As doutrinas e as jurisprudências revelam que a responsabilidade civil pela perda de uma chance por um suposto erro médico é um tema que amplia a área de atuação da responsabilidade civil, por possibilitar a indenização do paciente por uma espécie nova de dano. O dano causado por um suposto erro médico é fundado na perda da oportunidade de se alcançar um resultado esperado; porque, a perda dessa oportunidade tem um valor econômico, que pode ser quantificado, independente do resultado final, desde que seja possível apresentar uma séria e real probabilidade de se conseguir esta vantagem.

Palavras-Chaves: Erro Médico. Direito à Saúde. Perda de um Chance. Responsabilidade Civil.

THEORY OF A CHANCE LOST AND THE ALLEGED ERROR DOCTOR

ABSTRACT

The objective of the study is to analyze the theory of liability for loss of a chance in the face of an alleged medical error. This is a literature review as a technical procedure. The doctrines and jurisprudence shows that the liability for the loss of a chance for an alleged medical error is a theme that extends the area of operation of civil responsibility by allowing the patient's compensation for a new kind of damage. The damage caused by an alleged medical error is based on the loss of achieving expected results opportunity; because the loss of that opportunity has an economic value that can be quantified, regardless of the final result, since it is possible to present a serious and real chance to get this advantage.

Keywords: Medical Error. Right to Health. Loss of a Chance. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2. TEORIA DA PERDA DE UM CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES; 2.2 ORIGEM DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR

¹ Advogado pós graduado em Direito Médico- EMESCAM - contato@valim.adv.br

² Doutora em Comunicação de Saúde- EMESCAM – Fabianacfranco@gmail.com

PERDA DE UMA CHANCE; 2.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO; 3 ERRO MÉDICO: DEFINIÇÃO SOB A ÓTICA JURÍDICA; 3.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DIANTE DE UM SUPOSTO ERRO MÉDICO: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 REFERENCIAS

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do médico estabeleceu-se nos moldes atuais desde o início do século XIX, graças à jurisprudência francesa (KÜHN, 2002). A responsabilidade civil do suposto erro médico é uma questão que tem provocado muitas dúvidas e controvérsias, tomando uma extensão maior em sua discussão atual, uma vez que os cidadãos têm tido uma maior conscientização para reivindicar seus direitos, motivo pelo qual, tem-se procurado o Poder Judiciário, em busca de Justiça, para que tenha uma indenização, seja ela financeira ou por condenação penal (MAZIEIRO, 2014). No contexto da responsabilidade civil é possível destacar os episódios na área médica: tem-se a imagem de que o profissional deve retribuir aos anseios daqueles que o procuram, e de outro, está o entendimento da reparação pelos danos físicos e morais sofridos. Baseando-se nesse entendimento, explica Silva (2013), que a perda de uma chance – *perte d'une chance* –, que é uma teoria difundida pelos tribunais da França, ao aplicarem as regras da responsabilidade civil em casos que envolvem médicos. Entenderia que a culpa se caracterizaria pelo fato de não terem explanadas ao paciente as possíveis chances de se recuperar de sua moléstia. Nesse caso, pode prever o julgador, estar à culpa presente no agir – conduta do profissional médico, podendo existir desembaraço judicial para conceder uma indenização ao paciente, mesmo que possa vir a se por sentença, ainda que de menor monta, o seu valor pecuniário. Pondera-se a seguinte indagação: toda e qualquer perda da chance será idônea a ensejar uma ação indenizatória diante de um suposto erro médico? O presente estudo tem por objetivo analisar a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, vinculada à relação médico-paciente diante de um suposto erro médico. Trata-se de uma revisão de literatura que utilizou as técnicas dos tipos: descritivo, documental e bibliográfica. A descritiva é aquela onde o pesquisador busca interpretar e conhecer a realidade, sendo que não há interferência para modificá-la; na documental utiliza-se documentos originais, que ainda não receberam tratamento analítico por nenhum autor (CHIZZOTTI,

2008). A bibliográfica se baseou em livros, periódicos, Internet, artigos, dissertações e teses, no intuito de dar base teórica ao mesmo (GIL, 2010).

2 TEORIA DA PERDA DE UM CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Com a Teoria da Perda de uma Chance, a ensejo de se obter uma vantagem acontece com a utilização de um critério de probabilidade, tendo em vista que este prejuízo tem caráter de dano emergente e não de lucro cessante, até porque, seu critério de fixação ocorre tomando como foco a verossimilhança, por não ser possível afirmar que o lesado tenha alcançado aquele benefício, sob a presunção da não ocorrência do ato ou fato do agente que o coibiu da chance de alcançar ao resultado esperado (LOPES, 2007). Com propriedade, nos ensina o autor Sérgio Cavalieri Filho (2011), a respeito da teoria, explica que a perda de uma chance acontece quando, com a procedimento de outrem, diminua ou acabe com a possibilidade de um evento que possa atribuir um benefício futuro deixe de acontecer, ou seja, é a perda da chance de se obter um lucro ou de evitar alguma perda. Pontua Lopes (2007) que:

Na Perda de uma Chance o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima; a sua responsabilidade decorre do fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, vislumbramos que o fato em si não ocorreu, por ter sido interrompido pela ação ou omissão do agente. **Então, o que se quer indenizar aqui não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo** (Grifo nosso, p.1).

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance – *perte d' une chance* – originou-se nos anos 1960 na França, onde e quando, doutrina e jurisprudência, se voltaram para situações em que, uma pessoa se via privada da possibilidade de se evitar uma perda ou obter uma determinada vantagem, devido a conduta de outrem (CARVALHO, 2010). Explica Savi (2009) que essa teoria defende a permissão de indenização pela perda da chance de alcançar uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida; e se caracteriza quando o médico não apresenta ao paciente as chances para que ele se recupere de uma determinada doença, e esse fato torna possível admitir que o paciente perdeu a chance de cura integral.

Nesses casos, por longo anos, o dano decorrente da perda da chance ficou sem indenização, porque, a doutrina ainda não reconhecia o dano decorrente devido a perda da oportunidade; no entanto, com as transformações sociais atuais, novos interesses passaram a ser observados com mais critério, dentre estes, o dano decorrente da perda de uma chance (SILVA, 2013).

O óbice à indenização podia ocorrer pela imerecida qualificação da perda do ensejo, onde, normalmente, a vítima do dano formulava de modo errôneo o seu anseio. Ao invés de buscar indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, solicitava indenização em virtude da perda da própria vantagem. Desse modo, a vítima topava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização do esperado benefício sempre será acatada como hipotética, diante da incerteza que abrange os elementos que o constitui (SAVI, 2009).

Acrescenta Savi (2009) foi na França que houve uma maior afeição a respeito do tema, por causa dos estudos que foram desenvolvidos no país; e ainda:

Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultando final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance (Grifo nosso) (SAVI, 2009, p.3).

O termo “chance” no entendimento jurídico refere-se a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda; no vernáculo, a tradução mais condizente para o termo seria “oportunidade”. No entanto, o fato do termo chance encontrar-se consagrado pela expressão “perda de uma chance”, por parte da doutrina e da jurisprudência, faz mister entender com o português a expressão perda de uma chance (SAVI, 2009).

Segundo Braga (2010) chance, com a conceituação mais matemática do que Jurídica, consiste na chance de um acontecimento futuro, levando-se em

consideração, por certo, a probabilidade igual deste evento não ocorrer. Assegura Carvalho (2010) que após o incremento das primeiras teorias da responsabilidade civil por perda de uma chance na França, a mesma passou a ser estudada na Itália, tendo como destaque o professor da Universidade de Milão, Giovanni Pacchioni. Esse acontecimento foi a partir de 1940.

Explica Savi (2009) que Pacchioni teve como base alguns clássicos exemplos da responsabilidade civil por perda de uma chance, que foram desenvolvidos na França, foi assim que concluiu seu entendimento acerca da teoria, contudo, Pacchioni não reconheceu a probabilidade de ressarcir o dano decorrente da perda de uma chance, por apoiar na ideia de ser impossível se alcançar a certeza do dano.

O professor de direito civil da Universidade de Perugia, na Itália, Adriano de Cupis, ao analisar os exemplos de Pacchioni, chegou a conclusão da existência de um dano independente do resultado final, fechando a linha de raciocínio com a existência de um dano passível de indenização (SILVA, 2013). No entendimento de Cupis, “[...], não há como negar, naqueles casos, a existência da possibilidade de vitória antes da ocorrência do fato danoso) (Apud SAVI, 209, p.11); Cupis compreendeu que o dano procedente da perda de uma chance seria um dano emergente e não como lucro cessante, de modo diferente do que entendiam seus antecessores.

Foram muitos os doutrinadores, que ao estudarem a obra de Cupis, passaram a amparar a ideia que, ao colocar o dano da perda de uma chance como dano emergente, o problema estaria resolvido e também teria a certeza do dano e do nexos causal, pois, a própria chance já estaria anexa ao patrimônio da vítima, portanto, havendo impedimento da chance aconteceria um abaixamento patrimonial e natural configuração do dano (CARVALHO, 2010).

Após Cupis, Maurizio Bocchiola foi quem melhor formulou os pilares da teoria. Com as contribuições dos doutrinadores da França e da Itália, parte da jurisprudência passou a conhecer o dano proveniente da perda de uma chance, cultivando a teoria em casos concretos. Na Itália, por causa de Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola,

os Tribunais passaram a analisar com mais zelo os episódios que envolviam a perda de uma chance (SILVA, 2013).

Com base nesse entendimento, em 19 de novembro de 1983, na Corte de Cassazioni, foi julgado na Itália, o primeiro episódio favorável à indenização por perda de uma chance. Uma empresa denominada Stefer, foi obrigada a pagar uma indenização, por ter obrigado alguns candidatos, após participarem das primeiras fases de processo seletivo, não fizessem a prova subsequente, causando com isso a perda da chance desses candidatos de conseguir o emprego (CARVALHO, 2010).

De acordo com a Corte de Cassazione, a indenização condiz com a perda da chance de conseguir a vaga de emprego e não pela perda do emprego; e, sob influência da doutrina francesa e italiana, alguns tribunais de vários países passaram a reconhecer a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance (CARVALHO, 2010).

No Brasil a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, está se aprofundando pelos doutrinadores, de forma que, alguns estudiosos apontaram comentários breves acerca do assunto nos seus manuais de responsabilidade civil (SAVI, 2009). Segundo Carvalho (2010), o tema passou a ser mais preciso no Brasil após a contribuição de Rafael Peteffi da Silva, em sua dissertação de mestrado, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com o título: “Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance”; no trabalho foi examinado com maior inclinação os preceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, sendo a primeira pesquisa no país com abordagem temática com profundidade necessária.

Acrescenta Carvalho (2010) que após o estudo de Rafael Peteffi da Silva outra importante contribuição acerca do tema surgiu com a dissertação de mestrado defendida por Sergio Savi, com título “Responsabilidade Civil por perda de uma Chance”, onde foi analisada a aplicabilidade da teoria no direito pátrio, com uma análise de jurisprudência dos tribunais brasileiros (CARVALHO, 2010).

2.2 ORIGEM DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

A Responsabilidade Civil por perda de uma chance é dispo de características típicas, reconhecendo que a identificação, configuração e indenização são feitas de maneira diferente daquela utilizada nas outras hipóteses que contemplem perdas e danos (LOPES, 2007).

A definição da nomenclatura “responsabilidade” surge do verbo latino respondere, que significa responder alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos (STOCO, 2014).

[...] esse verbete contém a raiz latina spondeo, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. Verdadeiramente, a stipulatio requeria o pronunciamento das palavras dare mihi spondes? Spondeo, para estabelecer uma obrigação a quem assim respondia (KFOURI NETO, 2013, p.11).

Em sentido etimológico, responsabilidade explana a conceito de obrigação, encargo, contraprestação (CAVALIERI FILHO, 2001).

A responsabilidade civil tem sua estirpe praticamente junto com o surgimento com o direito propriamente dito, quando se regulamentou as normativas das atividades humanas (STOCO, 2014). No Código de Hamurabi encontra-se o entendimento de punição do dano, ensejando ao agente causador um semelhante sofrimento (ALONSO, 2000). No que se refere a responsabilidade civil e sua evolução histórica:

[...] o homem contava apenas com sua força física como instrumento de defesa. Foi nessa época e nesse contexto que a vingança do homem contra o homem era a forma de obter a reparação. Levava-se em consideração o resultado da ação, que era o prejuízo experimentado pelo ofendido, sem que houvesse qualquer cogitação da culpa ou da não-culpa (ALONSO, 2000, p.5).

No decorrer do tempo, a vindicta foi substituída, de modo gradativo, por outras formas de reparação do detrimento da vítima, e foram reguladas concretamente pelo Poder Público através da Lei das XII Tábuas, e não genérica e abstratamente, de modo a constituir o princípio gerado da responsabilidade civil. Mas foi através da Lex Aquilia que se passou a garantir um marco de valor muito maior quanto à responsabilidade civil, principalmente quando se atribuiu origem do elemento da

culpa como fundamento da reparação do dano (STOCO, 2011). A Lex Aquilia é considerada o ponto que dividiu o entendimento sobre a responsabilidade civil, surgindo com isso, a moderna concepção acerca da responsabilidade extracontratual. Como destaca Lima:

[...] a Lex Aquilia “possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens, também se aplicando na hipótese de danos ou mortes de escravos, considerados coisas” (1999, p.52).

Logo, a punição era devida pela conduta negativa que ocasionava danos.

O entendimento sobre a responsabilidade civil iniciou-se no direito romano, e despontou nas atuais concepções francesas, com a doutrina de Domat e Pothier, que guiaram os artigos 1.382 e 1.383 do Código de Napoleão, fundamentando-a na teoria da culpa, a qual as legislações da maior parte dos países modernos passaram a seguir (ALONSO, 2000).

Na teoria da culpa, entende-se que, aquele que causa dano a outrem, por violar um dever geral de se conduzir diligentemente para evitá-lo, é o responsável pelo prejuízo causado (KFOURI NETO, 2013). A responsabilidade civil é todo o efeito jurídico do procedimento que cause violação de um dever jurídico; ou seja, a conduta contrária à que seria devida segundo o ordenamento jurídico causou dano, ou seja, o autor que afetou negativamente o patrimônio alheio, material ou moral, tem o dever de reparar (STOCO, 2014). Para Maria Helena Diniz:

[...] responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (2015, p.40).

No entanto, esclarece a doutrinadora, que a responsabilidade civil se refere a obrigação ou dever jurídico que tem uma pessoa, de reparar um dano causado a outrem. Para Kühn (2002, p.8) determina que responsabilidade é: “[...] a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Cavaliere Filho (2011) assegura que, com a violação de um dever jurídico originário, precedente ou primário, se configura o ato ilícito e acarreta um dever jurídico sucessivo ou secundário de indenizar o patrimônio atingido. Contudo, só se cogita a responsabilidade civil quando tiver um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida que traduza um dano a outrem.

A responsabilidade civil se apresenta em duas modalidades: a contratual e a extracontratual. A primeira, a contratual, é decorrente do descumprimento de uma obrigação proveniente de um contrato e normalmente descrito (TEIXEIRA, 2000) e estabelecida entre as partes, e se baseia na autonomia da vontade de ambas. Na relação extracontratual a responsabilidade civil se estabelece entre as partes decorrentes de disposições legais existentes no ordenamento jurídico pátrio, e é regida por dispositivos que vigoram erga omnis (CAVALIERI FILHO, 2011).

A responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), fundamentando-se no dever de reparo, pela culpa, que na hipótese será subjetiva, há também no risco, em situações em que será objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem haver a culpa (KFOURI NETO, 2013).

Segundo Venosa (2012), todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, é obrigado a repará-lo, restaurando o equilíbrio que foi rompido, sabendo ao lesado a prova, no caso concreto, de dolo ou de culpa do agente. Acrescenta Kühn (2002) que, caso a responsabilidade advir de ato do próprio imputado, ela será direta. Na responsabilidade extracontratual por fato próprio, será forçosa a prática de ato lesivo pelo agente e, em sendo pessoa jurídica, por quem em seu nome atue, seja um representante ou um administrador. No entanto, houve um desenvolvimento distendendo a responsabilidade de uma pessoa, por presunção de culpa, por fatos de terceiros, onde o imputado responde, no sentido de estabelecer uma solidariedade (MEIRELLES, 2016).

2.2.1 Responsabilidade civil do médico

Para José Aguiar Jr. Apud Weber (2005, p.5), a responsabilidade civil é o reflexo da própria evolução do direito, e foi sendo inspirada pela mesma preocupação com a harmonia e o equilíbrio que norteiam o Direito; por isso, se explica o a despeito dos esforços dos juristas. E até hoje, foi impraticável se conceber uma teoria unitária e constante para a responsabilidade civil.

O primeiro documento histórico que trata da responsabilidade do médico diante do que acontecia com seus pacientes, em decorrência de sua atividade, foi o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.). Nesse código contemplava que o erro médico era tratado por imperícia ou má prática, também prevendo compensação para as operações mais complexas. Houve um significativo avanço com a fuga do ressarcimento do plano físico-pessoal para o patrimonial, quando a civilização trilhou os caminhos do tempo que trouxeram à era moderna (CASTRO, 2005).

Em que se pese a tendência de expandir cada vez mais a responsabilidade civil e as probabilidades de que todo dano venha a ser reparado importe num necessário banimento do princípio da culpa, parece certo afirmar que a responsabilidade subjetiva continua sendo o fundamento basilar de toda a responsabilidade civil, em que o agente só será culpado, se tiver agido com real culpa (CASTRO, 2005). Deste regime não se afastou o Código Civil de 2002 no que se acena à responsabilidade civil do médico³.

Por muito tempo, o profissional de medicina era praticamente um ser “intocável”, postado que estava em pedestal inalcançável pelo comum dos mortais. Sobre o tema, assevera Miguel Kfoury Neto (2013):

Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais. Tal crença era derivada da absoluta ignorância da etiologia de todas as doenças e da total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagia àqueles processos de cura. E, quanto mais a medicina se transformava em ciência, tanto maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros profissionais, não apenas vinculando-os, como na fase antecedente, ao singelo fato objetivo do insucesso (p.33).

³ No Código Civil de 1916, a responsabilidade médica está inserta no capítulo concernente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos; no Código Civil de 2002, tal responsabilidade consta no capítulo referente à indenização. Destarte, quando existe vínculo entre o cliente e o profissional, as relações que os envolvem são resolvidas pelos princípios da responsabilidade contratual.

Assim pensa Matielo (2006, p.41) que:

Essa imagem deveu-se à função desempenhada, ao lidar com vidas e sobre elas praticamente ter poder total de disposição, no sentido de que a atividade médica reunia características que a aproximava do sagrado. E bem se justificava a figura idealizada pelos antigos, principalmente porque não se mercantilizava a saúde e a remuneração era instituto desconhecido, tanto no vocábulo “honorário” que teve o nascedouro na retribuição espontânea dada pelo beneficiado àquele que se dedicava a salvar vidas (MATIELO, 2006, p.41).

A responsabilidade médica é entendida como a obrigação que podem sofrer os médicos em resultado de um suposto erro por eles cometidos no exercício de sua profissão; essas falhas/erros, que geralmente se comportam uma dupla ação: civil e penal (CASTRO, 2005). Por sua vez, os elementos ou pressuposições da responsabilidade civil médica são os mesmos da responsabilidade civil, ou seja: ação ou omissão do médico; culpa do médico; dano experimentado pela vítima e nexos de causalidade, contudo, existem algumas diferenças e singularidades (KFOURI NETO, 2013).

Segundo Matielo (2006) o Código de Defesa do Consumidor (CDC) alterou as relações das prestadoras de serviços, fornecedores e a cidadão, porque distendeu à sociedade, os benefícios de lei que protege o lado mais fraco contra os expedientes. Nesse contexto, afirma Cavalieri Filho (2011) que atualmente, a responsabilidade civil do médico, acerca da natureza jurídica do contrato, pode ser invocada pelo paciente em caso de cuidados dados em consequência de uma estipulação realizada por outros, como um membro da família ou o empregador.

Isto resulta no acordo de que a responsabilidade médica contratual é subjetiva e com culpa provada (CAVALIERI FILHO, 2011)⁴, fato esse decorrente da responsabilidade civil do médico que constitui uma relação obrigacional cujo propósito é o ressarcimento. Com isso, tem-se a rigidez da jurisprudência na cobrança da produção dessa prova. Ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa, a teor do Código Civil, em seu art. 951, in verbis: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida

⁴ Temos que nesse caso, 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.

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” (BRASIL, 2015a, p.132). O mesmo dispõe o art. 14, § 4º do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa” (BRASIL, 2015b, p.326). Assim dispõe a jurisprudência:

Médico – Reparação de danos na eventualidade da atuação do profissional da medicina não levar ao resultado objetivado, gerando, ao revés, prejuízo – Verba devida somente se demonstrada convincentemente sua culpa, seja na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia.

Médico – Morte de paciente decorrente de transfusão sanguínea por ele determinada – Sangue utilizado incompatível com o do enfermo – Facultativo que não era responsável pela comparação das amostras sanguíneas nem pela conferência do material a ser utilizado – Culpa do médico inócua – Recurso não provido (GONÇALVES, 2009, p.358).

Assim admitida a obrigação do médico de indenizar quando, no exercício de sua profissão ocorrer um suposto erro médico, e ocasionar algum dano ao seu paciente, irá derivar o estudo da culpa das minudências que produzem feição peculiar à responsabilidade civil do facultativo (DINIZ, 2010). Segue jurisprudência:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A ALTERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA HOSTILIZADA, ASSIM EMENTADA: “ DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS CONTRA CLÍNICA ESPECIALIZADA EM SAÚDE SEXUAL MASCULINA, SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE DEVER DE CUIDADO POR TER SIDO MINISTRADO REMÉDIO VASODILATADOR A HIPERTENSO, ALÉM DE TER HAVIDO EXPOSIÇÃO DO NOME DO PACIENTE EM SÍTIO DE BUSCA E DE RECLAMAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, CONDENANDO A RÉ À DEVOLUÇÃO INTEGRAL DA QUANTIA DESEMBOLSADA E AO PAGAMENTO DE R\$30.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. APELO DA DEMANDADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. FALTA DE DEVER DE CUIDADO NO TRATO DA CLÍNICA MÉDICA COM O PACIENTE. É DEVIDA A DEVOLUÇÃO DE VALOR PAGO POR SERVIÇO QUE NÃO OBSERVOU O DEVER DE INFORMAÇÃO NECESSÁRIO, CIENTIFICANDO O PACIENTE DO PROCEDIMENTO E DOS RISCOS DO TRATAMENTO. DIVULGAÇÃO DO NOME DO AUTOR NA INTERNET ASSOCIADO À CLÍNICA QUE VIOLA DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR COMPATÍVEL COM OS FATOS NARRADOS E REPERCUSSÃO NA ESFERA JURÍDICA DO

INDIVÍDUO, NÃO COMPORTANDO REDUÇÃO. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC”. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESCARACTERIZEM OS FUNDAMENTOS ADOTADOS NA DECISÃO RECORRIDA, QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Nas razões do recurso especial, aponta a parte recorrente dissídio jurisprudencial acerca da interpretação dos artigos 186 e 951 do Código Civil e 14, § 4º, Código de Defesa do Consumidor. Alega ser adequado o tratamento proposto pelo ora recorrente ao recorrido; existir apenas obrigação de meio no tocante à atividade médica; não ter existido qualquer promessa de cura do problema do recorrido. Sustenta ser indevida a devolução de valores, pois representam a contraprestação ao serviço regularmente prestado ao recorrente. Defende, por fim, ser exagerado o valor fixado a título de danos morais. Contrarrazões ao recurso especial às fls. 201-203. É o relatório. DECIDO (STJ, 2016, p.1).

No entanto, como entendimento da construção jurídica da necessidade da indenização, pode o médico, judicialmente, ser forçado a fazer, mas existe a necessidade de se verificar o que será utilizado como base para melhor compreender essa situação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente lesado (STOCO, 2014), serão os conceitos de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, os de relação contratual e relação extracontratual e as definições de obrigação de meios e obrigação de resultado (KFOURI NETO, 2013; KÜHN, 2002).

Na responsabilidade subjetiva a teoria da culpa é aquela em que além do ato lesivo do agente causador da lesão, o dano estar no lesado e o nexos causal deve estar entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente (CAVALIERI FILHO, 2011), nesta condição, a culpa do agente causador do dano (RODRIGUES, 2007). A culpa é caracterizada pela existência no agir deste de dolo ou apenas com a culpa no sentido estrito, ou seja, de imprudência ou negligência ou imperícia (SOUZA, 2000).

A negligência consiste em uma conduta omissiva das precauções necessárias para a salvaguarda do dever incumbido ao agente; a imprudência consiste na conduta positiva, existente em uma ação da qual havia que abster-se ou em uma ação que tenha sido realizada precipitadamente, sem cautela, o agir de modo insensato e

afoito. A imperícia, refere-se na incapacidade técnica para o exercício de uma função determinada, profissão ou arte (KÜHN, 2002). Para ser apurada a responsabilidade civil do médico, deve ser aplicada a teoria subjetiva, por se tratar de uma obrigação de contrato e de meio (KFOURI NETO, 2013).

No que se refere à responsabilidade contratual, de acordo com Genival Veloso de França (2013), tem como natureza a locação de serviços, ainda que o atendimento seja gratuito. Acrescenta Pontes de Miranda, que o contrato do profissional médico é de locação de serviços, locação de obra⁵, ou menos frequentemente, de empreitada, acolhendo a gestão de negócios sem utilizar os poderes. No campo da responsabilidade extracontratual considera-se dever do médico a prestação de assistência em casos urgentes e graves quando necessário. Esse dever faz parte da ética profissional e poderá responder por crime comissivo-omissivo, ou omissivo impróprio.

Ressalta José de Aguiar Dias Apud Kühn (2002), que as duas ações – contratual e extracontratual –, conduzem para o mesmo resultado; a desordem entre as duas espécies está na falta meramente venial; por um momento é escusável a confusão entre as duas modalidades de responsabilidade, no que se refere aos médicos, venial, é porque essa responsabilidade encontra-se em um campo em outro momento está em outro.

[...] porém, a diversidade de pressupostos de fato em que se pode dar aquele tratamento obriga distinguir e esclarecer porque, todavia, os danos derivados dessas situações são, em geral, considerados como de relações extracontratuais, ainda que sem negar sua origem em muitos casos contratual (KÜHN, 2002, p.96).

Explica Moraes (2003) que em relação à obrigação de meios e obrigação de resultado, tem-se a obrigatoriedade do médico não é encontrar a cura para o paciente, mas adotar o zelo e seus conhecimentos para cada situação. Acrescenta Kfoury Neto (2013) que se trata daquilo que no direito se conhece como “obrigação

⁵ O Código Civil substitui o nome desses contratos que agora são chamados de “contrato de prestação serviços” e “contrato de empreitado”.

de meio”, onde o devedor tem a obrigatoriedade de utilizar a “diligência”, conduzir com “prudência” para alcançar o objetivo.

Ainda no entendimento de Kfoury Neto (2013), a responsabilidade do médico, há de ser apurada por meio da verificação da conduta do médico no cumprimento de sua obrigação de meio, mantida com o paciente. É imprescindível que o profissional da medicina, aplicar os meios conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, mas não há como garantir o perfeito e matemático resultado do labor.

Entretanto, cumpre destacar que, por particularidades específicas, algumas áreas da medicina, enfrentam a responsabilidade civil, sobre outro aspecto, pois ao invés de ser obrigação de meio, laboram sobre a égide da obrigação de resultado. Nessa situação, é que se prega a obrigação de resultado, onde se força o devedor, a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar um determinado objetivo (KÜHN, 2002).

3 ERRO MÉDICO: DEFINIÇÃO SOB A ÓTICA JURÍDICA

O médico responde pelos atos intencionais ou culposos que pratica quando no exercício de sua atividade (STOCO, 2014); na concepção de Castro (2005), a opinião pública e os meios de comunicação consagram a expressão “erro médico” como um gênero a abarcar duas espécies, o que torna necessário discernir os erros em função do exercício da medicina: o erro profissional ou de técnica, e o erro médico ou erro culposo.

Explica Castro (2005) que o erro profissional são erros que não atraem a responsabilidade do profissional, por ser uma situação inerente ao exercício da profissão, no entanto, são aqueles sucedidos em situações duvidosas ou controvertidas, não podem, simplesmente, ser colocados no rol dos cometidos por imperícia, imprudência ou negligência. Exemplifica-se, caso o profissional, ao escolher a técnica que não foi eficaz para aquele caso em específico, o mesmo foi diligente e cuidadoso na antecipação da reação do organismo do paciente, contudo, não alcançou o sucesso. O erro profissional é considerado escusável quando se

trata de técnica conhecida, usual e aceita; por outro lado, acometerá a imperícia quando a técnica for adequada, mas a aplicação for desastrosa ou deficiente.

O erro médico ou erro culposo são aqueles cometidos com culpa profissional e que ensejam a responsabilização e reparação. É um tema controvertido, por envidar ânimos para sua definição os juristas, advogados, promotores, juízes e médicos. É notório que se percebe que o erro médico se apresenta aos operadores do direito não apenas como uma realidade de difícil conceituação, mas também como um fato que, para ser provado, requer uma tarefa penosa (CASTRO, 2005).

Ressalta Romanello Neto (2009, p.23) que:

[...], na realidade social brasileira, tem-se, que uma em cada seis famílias brasileiras viveu um caso de erro médico, e mesmo assim esses profissionais são imunes à Justiça. "(...) os médicos brasileiros erram muito e deveriam errar menos, e que comparados como seus colegas americanos, alemães e ingleses, eles realmente erram muito, [...]".

Em síntese, dispõe-se de uma posição jurisprudencial sobre o erro médico encontrada em arudito e lapidar Acórdão da 6ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), prolatado no julgamento da Ap. cível 5.174/ 92, do qual foi relator o ilustre jurista e magistrado, Des. Laerson Mauro, que é natural de Vila Velha e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES):

Responsabilidade civil -Erro médico -Configuração. Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza sui generis, cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na omissão ou abandono do paciente etc., em molde a caracterizar falta culposa no desempenho do ofício, não convindo, porém, ao Judiciário lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos (CAVALIERI FILHO, 2011, p.396).

Em suma, faz-se necessário apurar em cada caso se, à luz da ciência e das transformações tecnológicas, que o médico tinha à sua disposição, era ou não possível alcançar um diagnóstico certo, ou a tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável.

3.1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DIANTE DE UM SUPOSTO ERRO MÉDICO: ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

A tendência da responsabilidade civil por um suposto erro médico, é prevalente enquanto existir vínculo empregatício do médico ou relação de preposição decorrente de contrato de prestação de serviços. Existem pontos específicos que devem ser levados em consideração no caso de um suposto erro médico, são eles, os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais. O dano extrapatrimonial é decorrente da angústia e da dor do tratamento da suposta sequela, a convivência diária com os efeitos do erro médico, que pode impossibilitar o paciente em ter uma vida saudável. E, uma situação, não muito infrequente, de a consequência de um suposto erro médico em ocorrer a perda da vida, que é o bem mais precioso de uma pessoa (LAHR, 2014).

[...] a saúde não deve ser vista apenas como atividade de fins lucrativos, da mesma forma a responsabilidade por erro médico, por isso a restituição in integrum dos danos sofridos pelo paciente é expressão da própria dignidade humana, no viés da constitucionalização do Direito Privado, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (LAHR, 2014, p.184).

Em alguns tribunais, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de forma gradativa, vem aplicando a teoria da perda de uma chance no Brasil. Assim assinala:

[...] Atua com negligência o médico que dá causa a diagnóstico tardio de câncer, inviabilizando a extirpação precoce do mal e as chances de sobrevivência da paciente (CDC art. 14, § 4º). Não socorre o apelante o argumento de que a morte da paciente, em virtude do câncer, era inevitável. Na realidade, o dever de indenizar não decorre exclusivamente do desfecho letal, mas do fato de que a paciente poderia ter tido maior tempo de vida caso tivesse tido acesso, desde logo, ao diagnóstico de câncer e ao tratamento médico adequado. E é justamente esse fato que dá ensejo à procedência do pedido. É verdade que não se pode afirmar com certeza absoluta que o resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse a paciente conhecimento prévio do câncer. O caso concreto encerra, sem dúvida, uma obrigação de meio e não de resultado. Vale dizer que o apelante tinha a obrigação de cuidar com atenção da sua paciente, não se comprometendo, contudo, de curá-la. No entanto, não é menos verdade que se o médico apelante tivesse empreendido todas as diligências no sentido de zelar pela saúde da paciente, a sobrevivência desta teria transcorrido com mais qualidade [...] (VIANA; RODRIGUES, 2011, p.8).

Note-se que o argumento é que quando acontece de um atendimento médico deixar a desejar, o profissional da saúde afasta o paciente da oportunidade de se curar ou manter a vida, sendo que o fato que causou a responsabilidade foi a péssima

atuação médica, e não do resultado. Ressalva-se que o dever de indenização não ocorre com exclusividade quando há um final letal, mas pelo fato de o paciente poder ter um tempo maior de vida caso tivesse tido acesso, desde o início, ao diagnóstico de câncer e ao tratamento médico adequado (VIANA; RODRIGUES, 2011).

É diante desse fato que dá motivo à procedência do pedido. Em verdade não se assegurar com certeza de que o resultado da morte poderia ter sido evitado se o paciente a prévia ciência do câncer. Desse modo, há também o entendimento de que nos casos da fase após a execução contratual de prestação de serviços, indica que há uma continuação da responsabilidade do médico na fase posterior ao procedimento realizado, como aduzem Viana e Rodrigues (2011): [...]. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada [...] (p.06).

Contudo, como descrito acima, a teoria da perda de uma chance não é seguida em todos os tribunais, por se tratar de matéria divergente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e ainda pelo fato da doutrina ser recente no Brasil. Explica Lahr (2014) que a jurisprudência sobre um suposto erro médico não é pacificada, é marcada por insegurança jurídica e confusão conceitual, que preocupa os elementos da responsabilidade subjetiva previstos pelo Código Civil, e de responsabilidade objetiva, previstos pelo CDC, principalmente em seu art.14^o, referido nos mais variados julgados.

De acordo com Cavalieri Filho (2011) nesse ponto a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance depende da comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a impossibilidade de uma oportunidade nova para o paciente. Acrescenta-se ao fato da doutrina ser aplicada nos casos em que o ato ilícito retira da vítima a ensejo de obter uma situação melhor no futuro.

A teoria da perda de uma chance faz com que o juiz aplique a responsabilidade civil aferindo a perda de um ensejo que a pessoa sofreu, e em consequência, trata-se de

uma esperança de vantagem aceitável que poderia ser obtida, caso não ocorresse determinada hipótese capaz de retirar aquela conveniência (VIANA; RODRIGUES, 2011).

Esclarece Silva (2013) que, diante da impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada é o efeito direto da conduta do réu faz com que o advogado passe a disseminar as estimativas e probabilidades. Outra espécie de responsabilidade civil que normalmente não goza de um caráter de certeza acentuado é a responsabilidade pela criação de riscos. Nesse caso, a vítima tem uma situação comprometida pela conduta do réu, mas não se pode mensurar com precisão os resultados práticos desse comprometimento, pois dependente de situações desconhecidas.

Silva (2013) explica que a relevância de uma precisão rígida no aspecto conceitual para que as hipóteses de perda de uma chance por um suposto erro médico podem ser diferenciadas das de criação de riscos, tendo em vista que, semanticamente, poder-se-ia dizer que todas as chances perdidas pela vítima trazem com a inexorável consequência, o aumento do risco de perder a vantagem esperada.

Acrescenta o autor que utilizando o sentido vulgar dos termos, pode-se assegurar que toda a responsabilidade pela perda de uma chance lida com a ideia de criação de riscos. Quando um médico por culpa, não diagnostica um câncer no estágio inicial, o paciente perde uma oportunidade de auferir a cura da doença, já que o risco de morte aumenta.

Pontuam Viana e Rodrigues (2011) que ao avaliar a possibilidade de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, a jurisprudência do tribunal do Rio Grande do Sul vem, acertadamente, provendo pretensões com indenizações, reparando danos causados em decorrência da péssima atuação médica, a qual remove de seus pacientes a probabilidade inescusável de vantagem e oportunidade de recuperação.

[...] O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento médico mais próximo, no período pós-operatório? Não há como fazer qualquer afirmação. Mas é possível que sim. E o réu, ao dispensar a presença de cardiologista, ao não providenciar minucioso estudo das condições cardiovasculares da paciente, durante a cirurgia, ao

somente informar o anestesista do quadro clínico momentos antes da operação, ao não observar pessoalmente a evolução do pós-operatório, acabou por tolher, ainda, que em proporções não identificáveis, uma possibilidade de reverter a morte da paciente. E, em se tratando de vida humana, todas as medidas possíveis deveriam ter sido adotadas, e de fato não o foram. Perfeitamente aplicável, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar um nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso [...] (VIANA; RODRIGUES, 2011, p. 6).

Ademais, ressalta-se que, a perda de uma chance por um suposto erro médico não equivale ao lucro cessante, mas representa o fato da vítima deixar de obter, em decorrência do dano (SILVA, 2013), e versa sobre um prejuízo de ordem patrimonial; por outro lado, a perda de uma chance retrata a expectativa de uma vantagem imaginável que poderia ser auferida, seja sob aspecto material ou imaterial (VIANA; RODRIGUES, 2011). **Verifica-se que a análise da teoria da perda de uma chance não se dá em virtude da vantagem não obtida, mas da perda de uma oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo** (grifo nosso).

Em algumas situações, a verificação da existência dos pressupostos da responsabilidade civil é dificultada, impossibilitando que ocorra o dever expresso de indenizar. Nesses casos, não se pode visualizar um dano certo, mas uma análise do caso concreto revelar que a vítima sofreu a perda de uma oportunidade em virtude de uma atuação ilícita (erro médico), como a perda de oportunidade de um paciente de se recuperar em virtude de um diagnóstico duvidoso de um quadro clínico. Nessa hipótese, o juiz na sentença deve-se pautar por um juízo de expectativa para obter o montante da oportunidade perdida (VIANA; RODRIGUES, 2011).

Ao relacionar este raciocínio com a vontade da lei, ao imputar ao agente causador de dano a obrigação de indenizar, não se questiona que a perda de uma chance por um suposto erro médico é um dano indenizável ou dano em potencial, uma vez que se tenha os requisitos para que haja configuração da perda de uma chance, os danos decorrentes devem ser suficientemente reparados (VIANA; RODRIGUES, 2011).

A reparação deve proporcionar à vítima ou aos seus sucessores, a plena satisfação de um direito, como consequência da ocorrência do ato ilícito; no entanto, ao se tratar de um dano imaterial, o ressarcimento pleno é impraticável, nesse caso, deverá haver uma compensação econômica (VIANA; RODRIGUES, 2011).

Aponta Lopes (2007) sobre a assunto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, no que alude o *quantum debeatur*, haverá à condenação do valor a ser coberto para a indenização. Com a ocorrência da perda de uma chance por um suposto erro médico, a vítima se privou de alcançar um resultado esperado, e é justamente por um ato do ofensor que o privou do ensejo de ver este resultado alcançado.

No entanto, a indenização deve ter como premissa o juízo crítico utilizado na probabilidade, onde é estabelecido um valor coerente para a vítima, através de uma avaliação do grau do ensejo de se obter um resultado no momento em que ocorreu o fato. Esta chance tem um valor pecuniário, e isso não pode ser desistido, mesmo que se tenha dificuldade em quantificar.

Para delimitar o valor da indenização o juiz utiliza o caso concreto, fazendo o juízo de valor de modo equitativo, com o propósito de se conseguir uma solução mais condizente para a lide. A verificação do valor diante da chance perdida por suposto erro médico, deve ser igual ao valor do benefício que a vítima teria se tivesse alcançado o resultado que gostaria que tivesse, tendo em vista, que o valor indenizatório não pode ser igual ou superior ao que ganharia, se não alcançasse a vantagem determinada (LOPES, 2007).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do médico é agir com o paciente, sempre com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, e se comprometer a utilizar-se dos meios adequados e aceitos pela Medicina para alcançar sua finalidade. A prática médica objetiva prestar serviços que sempre devem ser ajustados em conformidade com o que está disposto na ciência moderna.

Mesmo que não exista normatização, o profissional sempre será responsabilizado por toda e qualquer conduta que adotar, ao menos em termos morais e prestação de contas à consciência. Para tanto, entende-se que a responsabilidade civil do médico de qualquer modalidade, encontra-se presente no direito nos mais variados sistemas jurídicos. Em qualquer procedimento realizado, exige-se do profissional, que se faça o possível, prudente e diligentemente, a utilizar-se dos seus esforços máximos e meios adequados, em prol da reparação de um suposto mal físico, na perspectiva de reabilitar a saúde do paciente, mas não com o compromisso de curá-lo.

Acima de qualquer situação, o respeito à vida humana é fonte basilar de todos os bens jurídicos e dos princípios de moral e ética médica; que só pode ser interrompido, diante de um processo vital senão pela morte inevitável.

A obrigação de resultado na seara médica, tem-se a assumida visita médica, de vacinação, transfusão de sangue, de segurança dos instrumentos utilizados para realizar o ato médico, raio X, exames biológicos e laboratoriais de execução simples, dentre outros. Existem exceções, em que a prática médica se encontra na obrigação do meio; e a doutrina pontua que o contrato de prestação de serviços médicos provoca obrigação tipicamente de meio e não de resultado, tendo em vista que o médico apenas esforça-se para obter a cura, mesmo que não alcance esse objetivo. Nesse sentido, entende-se que o médico, não promete a cura, mas em agir em conformidade com as regras e os métodos existentes da profissão.

Com o tema descrito, pode-se observar que a responsabilidade civil pela perda de uma chance por um suposto erro médico é um tema de relevância, por ampliar a área de atuação da responsabilidade civil, por possibilitar a indenização do paciente por uma espécie nova de dano. Em situações onde há a perda de uma chance cabe a indenização, caso o indivíduo se encontrar privado da oportunidade de conseguir um ganho ou de se impedir um prejuízo, e tem como ponto principal, reconhecer uma categoria nova de dano que seja indenizável.

O dano, frente a perda de uma chance por um suposto erro médico é baseado na perda do ensejo de se alcançar um resultado esperado; porque, a perda dessa oportunidade tem um valor econômico, que pode ser quantificado, independente do

resultado final, desde que seja possível apresentar uma séria e real perspectiva de se conseguir esta prerrogativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Código Civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2015a. _____. Código de Defesa do Consumidor. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de responsabilidade civil. 9.ed.rev., aum. e atual. 2.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CHIZZOTTI, Antonio. Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais. Petrópolis, Vozes, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. V.5. Direito de Família. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GIL, Antonio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. São Paulo: Atlas, 5.ed., 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. Responsabilidade civil a natureza jurídica da relação médico-paciente. São Paulo: Manole, 2002.

LAHR, Helena. Erro médico sob a perspectiva da administração legal hospitalar. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Ano IV, n.8, jan.,junh., 2015.

LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Direito Net. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibirzz/3861/Responsabilidade-civil-pelaperda-de-uma-chance.>>. Acesso em 26 de mai., 2016.

MATIELO, Fabrício Zamprogno. Responsabilidade civil do médico. 3.ed. Porto Alegre: Sabra Luzzatto, 2006.

MAZIEIRO, Sônia Regina Canale. A responsabilidade civil dos médicos. Revista Obeso. Edição n. 22. 2014. Disponível em <<http://www.abeso.org.br>>. Acesso em 29 de abr., 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 4. Responsabilidade civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 10.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANA, Maria Cláudia; RODRIGUES, Mariana Andrade. Atividade médica, responsabilidade subjetiva e perda de uma chance. Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. Belo Horizonte, v. III, n. 1, jul-2011.