

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA AO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO

João Victor Medeiros Nascimento¹

Rosângela Mitchell²

RESUMO

Em situações cada vez mais presentes no cotidiano da sociedade, as pessoas recorrem cada vez mais ao judiciário afim de buscar indenizações por se entenderem lesadas devido a fato de terceiro que inibiu sua capacidade ou oportunidade de realizar um ato específico, que apesar do resultado ser desconhecido, buscava-se um bônus futuro. Assim, a teoria da perda de uma chance nos casos de erro de diagnóstico tem como finalidade suprir o prejuízo da perda da chance de cura por negligência, imprudência ou imperícia derivada da atitude hostil de um médico ao averiguar o diagnóstico de seu paciente. A problemática se da na forma em que os julgadores aplicam esta teoria, muitas vezes camuflada sobre a nomenclatura de dano moral, dano emergente ou lucro cessante. A partir das análises, apura-se a carência da responsabilidade civil fundada na perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, visto que não há previsão na legislação pátria para o instituto em comento, sendo explorado, ainda que de forma modéstia, fundamentalmente pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Perda de Uma Chance, Erro de diagnóstico, Responsabilidade Civil Médica

THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE APPLIED TO ERROR DIAGNOSTIC MEDICAL

ABSTRACT

In situations increasingly present in everyday society, people increasingly turn to the judiciary in order to seek compensation for injured if they understand due to the fact that third- inhibited their ability or opportunity to perform a specific act, that although the outcome is unknown, sought to become a future bonus. Thus, the theory of loss of chance in cases of diagnostic error is intended to supply the loss of the loss of chance of cure by negligence, recklessness or malpractice derived from the hostile attitude of a physician to ascertain the diagnosis of his patient. The issue is the manner in which the judges apply this theory often camouflaged on nomenclature of moral damages, consequential damages or lost profits. From the analysis, it clears up the lack of civil liability based on the loss of a chance in the Brazilian legal system, since there is no provision in the country to institute legislation under discussion being exploited, albeit in a modest way, mainly by the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Loss of a Chance, error diagnosis, Medical Liability

¹ Acadêmico do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte
Email: jvmedeiros@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte
Email: rosangelamitchell@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o nosso judiciário conta com um número crescente de ações de indenização cujo cunho investigatório se perfaz na análise da responsabilidade civil médica, que antes eram escassas em nossas cortes julgadoras. Quem sabe esse número crescente de ações de mesmo caráter indenizatório seja consequência da qualidade do ensino oferecido em nosso país de um modo geral, talvez seja por causa dos péssimos serviços prestados, em especial, pelos hospitais públicos, ou possivelmente por hoje o cidadão ter maior consciência de seus direitos e maior facilidade de acesso à justiça, enfim, não nos cabe analisar qual o real motivo do aumento desses casos.

Apesar do motivo pelo qual o número de ações de indenizações decorrentes da responsabilidade civil médica ser incerto, é fato que elas são constantes no dia-a-dia forense, e muitas vezes, por carência de legislação em nosso ordenamento jurídico as indenizações são aplicadas de forma que usam o fundamento e conceito de uma teoria e, de forma errônea, nomenclatura distinta de sua fundamentação.

A teoria da perda de uma chance aqui apresentada, é relativamente nova em nosso tribunais, vez que número expressivo de julgados com essa fundamentação estão datadas nos últimos dez anos, ainda que não se refiram a expressão, em consequência de a jurisprudência e a doutrina divergirem no entendimento quanto a sua natureza jurídica.

Destarte, importante mencionar que o trabalho se deu numa ordem qualitativa, e, ainda, se desenvolveu por meio do método indutivo. Através destes, foi aplicado um levantamento de dados mediante a realização de uma pesquisa exploratória na legislação pátria e em jurisprudências, bem assim, na análise bibliográfica, notadamente nas basilares obras do Direito Civil brasileiro.

2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As origens da responsabilidade civil carregam o pretume de uma época em que a vingança coletiva era a forma que os homens dispunham para reagir aos danos causados por outrem, vivia-se em uma época conhecida como o império da *vendetta* (Vingança). Àquela época o ato ilícito era reprimido por meio de punição coletiva, destarte o indivíduo

caracterizado como ofensor condenava não somente a si, mas toda a sua tribo, clã ou grupo a submeter-se aos procedimentos cruéis de retribuição do mal com o mal.

Na época da *vendetta* excepcionalmente, admitia-se que o ofensor fosse justificado pelos seus, com o propósito de preservar seus semelhantes. Ainda não havia a preocupação com a ideia de reparação do dano, mas unicamente de retaliação, punição. Contudo, pode-se claramente perceber a ausência de limites entre a propriedade individual e coletiva, quando tratamos da punição em grupo por atos de um indivíduo.

Fruto de relevante evolução na História humana é o nascimento da ideia de responsabilidade individual, entendida como a que recai sobre o ofensor, sem a extensão da responsabilidade a sua tribo, clã, ou grupo, tamanha a potência dessa evolução no direito e para o direito, que atualmente as constituições ainda a mantêm no catálogo dos direitos fundamentais, como é o exemplo da atual constituição brasileira quando expressa em seu Art. 5º, inciso XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

A sociedade oriental deu sua importante contribuição ao individualizar a sanção e limita-la a pessoa do ilícito. Anterior a Hamurabi, encontra-se códigos e reformas que dispõem sobre diversas matérias, podemos mencionar nesse rol a presença das formas de sanção por danos corporais, morais e patrimoniais.

De acordo com um dos mais importantes civilistas atuais, Venosa (2009), em Roma o meio primitivo de satisfação do dano era a vingança exercida pela vítima ou por seu grupo contra o ofensor. Entretanto, há entendimento de que essa vingança jamais foi privada, tendo o interessado que agir por intermédio do Estado. Senão vejamos a o que discorre sobre o tema um renomado estudioso do Direito Romano, CHAMOU (1977,P.403):

Roma desconheceu a responsabilidade coletiva, encontrável na maioria dos povos da antiguidade, em virtude da qual todo grupo familiar do delinquente suportava a vingança (*vendetta*) do grupo familiar da vítima e só exonera se expulsa o culpado. Por outro lado, devia a vítima, para obter a reparação e punição, recorrer ao Estado; não tinha, a princípio, o ofendido o direito de fazer justiça com as próprias mãos.

A partir do trecho supracitado, significativo passo pode ser mencionado se observarmos que a autotutela, no direito romano, não mais é cogitada, ao passo que a pena caminha na direção de não mais ser uma forma de retaliação, mas sim uma forma de ressarcimento da perda sofrida. KASER, Apud. JUNIOR, MAMEDE e ROCHA (2011)

esclarece que o indivíduo que cometesse um delito privado sujeitava-se à vingança do lesado, que adquiria direitos sobre o próprio corpo daquele, que poderiam ser exercidos até o limite da morte. Destaca JUNIOR, MAMEDE e ROCHA(2011, p.6) que:

A interrupção da severidade desse processo deu-se, inicialmente, com a adoção pelos romanos da *talis-talio*, a regra da retaliação olho por olho, dente por dente, conhecida como Lei de Talião.

De qualquer modo, a existência do processo evolutivo que compreende a vingança privada, a autocomposição e a imposição pelo Estado a uma sanção para o autor, tem sua importância no tocante a confirmação da tese sobre a origem da obrigação romana. Na sociedade romana o infrator ainda sofreria uma punição física por seu ato, contudo, seria possível substituir a vingança privada pela formação de um vínculo (*Nexum*), que poderia ser desconstituído pelo pagamento de uma quantia pecuniária.

Adentrando ao nosso ordenamento,o Código Civil de 1916 adotou como regra a teoria subjetiva da Responsabilidade Civil, superficialmente pode-se dizer que a característica primordial da teoria subjetiva da Responsabilidade Civil é a culpa do agente que precisa ser provada pelo ofendido, para que se possa responsabilizar o causador do dano, desta forma mencionado GONÇALVES (2011,p.27):

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante (arts. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros).

Assim sendo, como mencionado anteriormente as exceções à responsabilidade civil subjetiva no Código Civil de 1916 eram basicamente as pontuadas nos Artigos 1.527 que responsabilizava o detentor ou dono do animal que causasse dano, 1528 que responsabilizava o dono de edifício ou construção pelos danos provenientes de sua ruína e o artigo 1529 que responsabiliza aquele que habitar casa por danos provenientes das coisas que dela caírem ou forem lançadas.

Ainda assim, podemos perceber a tendência à descaracterização da objetivação da responsabilidade nessas exceções, contudo, afirma GONÇALVES (2011,p.27) “O surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas”.

A nossa atual Constituição Federal, é, sem dúvida, a norma encontrada no topo da pirâmide hierárquica de nosso ordenamento jurídico, considerando a mencionada afirmação,

concluímos a impossibilidade de haver conteúdo de norma infraconstitucional antagônico ao de sua instituidora.

A nossa atual Constituição Federal ampara o direito civil e utiliza-o como ferramenta para ordenar e adaptar a sociedade aos seus critérios. Atualmente, pelega-se um direito privado dotado de preocupação com os direitos fundamentais do indivíduo, não só isso, mas que também corrobore para um trabalho social dos diversificados interesses jurídicos, deve-se preservar o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades e na constituição de uma sociedade justa e livre. Discorre pertinentemente a este assunto o ilustre doutrinador, LOMEU (2008. p.13)

Assim, deve o direito civil contemporâneo, com efeito, ser concebido como serviço da vida, não para repor em cena o individualismo do século passado, mas para se afastar do tecnicismo e do neutralismo, aproximando-se da pessoa humana e suas expectativas, vinculadas à um realidade histórica concreta de seu tempo.

Tomando com base a afirmação supramencionada, conclui-se que a atual constituição federal tem como objetivo afastar o aspecto técnico e aderir a dinâmica da sociedade.

As relações sociais evoluíram, bem como a nossa legislação e o nosso ordenamento jurídico como um todo. Especialmente, o nosso atual Código Civil tenta estar atualizado a ponto de conseguir dispor de normas e condutas adotadas para regulamentar, notadamente, a respeito do tema da Responsabilidade Civil. Apoiando essa premissa podemos mencionar o seguinte pensamento de DINIZ (2009,p.13):

A responsabilidade civil também evoluiu em relação ao *fundamento* (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.

Pode-se rematar com o trecho acima que a Responsabilidade Civil caminha a passos largos no quesito evolutório, juntamente com o apoio da jurisprudência e dos pensadores e doutrinadores do nosso sistema jurídico atual.

À exemplo o nosso atual Código Civil que dispõe no parágrafo único do artigo 927, em resumo que independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando proveniente de atividade que possua risco em sua essência, haverá obrigação de reparar o dano.

Acima vislumbramos o grande e inovador artifício aplicado à responsabilidade civil no atual código, visto que tal regra era distinta de todas as outras já aplicadas, ou seja, o código introduziu o direito à indenização de forma mais ampla por atribuição objetiva. Ainda, complementando a lei supramencionada e o pensamento patrocinado nos parágrafos anteriores DINIZ (2009,p.13):

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejem a responsabilidade civil.

Assim, deve-se deduzir não só pela evolução do código civil, mas também sua pretensão de retornar ao *status quo ante* no que diz respeito à relação entre quem deu a causa ao possível “prejuízo” e a vítima do mesmo, pois mesmo adotando a responsabilidade civil subjetiva como regra, resquícios da constituição federal de 1916, o código civil atual trouxe um maior numero de possibilidades para a restituição do prejuízo da vítima através da responsabilidade civil objetiva .

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o direito o pressuposto é considerado como uma circunstância, ou um fato considerado precedente imperioso de outro. Assim, podemos concluir que os pressupostos para a responsabilidade civil são os fatos, atos ou circunstancias necessários para que se configure o instituto.

Para que haja a reparação do dano é necessário que exista também ato ilícito que contraria o ordenamento jurídico lesando o direito de alguém. A definição de ato ilícito está expressa no código civil em seu artigo 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.”. Então, ao analisar o artigo, chega-se a conclusão de que os elemento, ou pressupostos para a existência da responsabilidade civil são em resumo: A conduta culposa do agente, nexo causal, dano e culpa.

Porém difícil se faz a caracterização consolidada dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, ante a grande divergência doutrinária a respeito. Como podemos perceber ao analisarmos citação de DINIZ (2009, p.37), que segue:

Deveras, díspares são as conclusões dos juristas sobre os elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, pois, p. ex., Marty e Raynaud apontam o “fato danoso”, o “prejuízo” e o “liame entre eles” com a estrutura comum” da responsabilidade; Savatier apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos, Trabucchi exige o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade.

Destarte, analisaremos então a linha de pensamento de alguns renomados doutrinadores afim de distinguir a caracterização destes para que se configure a responsabilidade civil. De acordo com DINIZ (2009,p.37-38) são necessários:

A existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito (...) A ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima. (...) E por ultimo Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem um vínculo entre a ação e o dano

Já de acordo com VENOSA (2009) os pressupostos necessários para que se configure a Responsabilidade aqui estudada, são: O ato ilícito, aquele que promana direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. A culpa, definida como a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. O dano externado como o prejuízo sofrido pelo agente, a materialização do dano que ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima, abrindo possibilidade para o ensejo de uma indenização, que para Venosa, também é pressuposto associado ao dano, pois o dano é essencial à ocorrência da indenização e o nexo causal, liame que une a conduta do agente ao dano.

Em consonância com o pensamento do nobre jurista supramencionado, GONÇALVES (2011) elenca como os elementos da responsabilidade a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano em si.

Não obstante, os pressupostos da Responsabilidade Civil dividem-se entre: Conduta culposa do agente, nexos causal e o dano, desta forma é o entendimento de CAVALIERI FILHO (2009,p.16), expõe:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal- material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

E por derradeiro, apresenta-se a visão dos ilustres GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2009), que compartilham do pensamento de Cavalieri ao dividir os elementos da responsabilidade civil em: Conduta humana, dano ou prejuízo e nexo de causalidade, os quais partilham dos conceitos de cada pré-requisito.

Após analisarmos sucintamente cada um dos pressupostos vistos acima, faz-se mister explorarmos ainda mais sobre seus conceitos, visto que são essenciais para a compreensão do tema do presente trabalho.

3.1 CONDUTA

Para definir a conduta, especial é a definição que articula CAVALIERI (2009,p.22):

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.

Complementa a nobre doutrinadora DINIZ (2009,p.37) que defende a conduta como:

Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade, temos o risco (...) Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco.

Embasado pelos parâmetros acima elencados, conclui-se que a conduta nada mais é que o fato gerador responsável pelo desdobramento do prejuízo, independentemente deste ser fato típico ou atípico, mas que se for causador do dano gerará uma futura restituição pelo dano sofrido.

3.2 DANO

A inexistência do dano é óbice à pretensão de uma reparação, pois a noção de dano está ligada diretamente ao prejuízo, e a transgressão de uma norma não é fato resolutório para

a efetivação de um prejuízo e por isso, só há que se falar em indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano, aplicando-se assim o princípio do *neminem laedere*, assim, mesmo que tenha havido culpa ou até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida quando não haja prejuízo material ou moral.

3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo causal ou nexo de causalidade consiste em ser o elemento de ligação entre a atividade do agente e o dano produzido, o código penal nos apresenta, em seu artigo 13, norma expressa sobre o nexo causal, que diz: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Desta forma, podemos analisar o pensamento do nobre doutrinador, CAVALIERI FILHO (2009,p.46) ao dizer: “Ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano”. Todavia, não é necessário que o dano resulte tão-somente imediatamente do fato que o produziu, podendo bastar que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido chamado de dano indireto, DINIZ (2009,p.112) o exemplifica de desta forma:

Se um desordeiro quebrar vitrina de uma loja, deverá indenizar o dono não só do custo do vidro e sua colocação, mas também do valor dos artigos furtados em consequência de seu ato, por ser dano indireto, embora efeito necessário da ação do lesante.

Desta forma, podemos concluir que o nexo causal deve ser verificado antes mesmo de se analisar a culpa do agente, pois se não existir nexo causal entre a conduta e o dano causado não há que se responsabilizar àquele agente por ato que não deu causa.

3.4. CULPA

O pressuposto ora estudado é responsável por grande divergência entre os doutrinadores, por isso faz-se mister analisar os principais posicionamentos e os argumentos utilizados por pelo menos um doutrinador de cada pensamento, senão vejamos a opinião de

CAVALIERI FILHO (2009,p.23) ao analisar a culpa como pressuposto da responsabilidade Civil:

alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.

Existe uma grande dificuldade na demonstração da culpa do agente ou da antijuridicidade de sua conduta para ensejar a responsabilização civil, como menciona STOLZE (2011).

Para analisar o fragmento textual acima exposto e minorar a dificuldade quanto a culpa do agente primeiro faz-se necessário explanar a culpa quanto ao fato gerador, que subdivide-se em duas modalidades de responsabilidade, quais sejam: A responsabilidade contratual, que ocorre pela existência de um contrato entre agente e vítima, o que de acordo com STOLZE e PAMPLONA (2011, p.58) “Presumir-se-ia a culpa, uma vez que a própria parte se obrigou , diretamente, à obrigação, ora descumprida”.

A outra modalidade da responsabilidade civil é a extracontratual ou aquiliana, àquela que não deriva de um contrato. Aos olhos de GONÇALVES (2011,p.44)

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Para complementar, imperioso é o exposto no artigo 186 do código civil, que impõem “Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo”. A culpa pode ser observada sob óticas distintas, pode ser entendida em sentido amplo, definida por DINIZ (2009,p.42) como

A violação de um dever jurídico, imputável a alguém em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: O dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e

a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Após a análise da culpa em sentido amplo (*Lato sensu*), observa-se em sua composição a presença da culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), que é constituída pela presença de negligência ou imprudência ou imperícia. Essas características são definidas por DINIZ (2009,p.42) da seguinte forma:

A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

Retomando o raciocínio exposto no início deste capítulo, percebemos então, que CAVALIERI (2009) não considera a culpa em sentido *Lato* um requisito para a caracterização da responsabilidade, defendendo que o que causa relevância jurídica à culpa é a conduta humana. Divergindo da opinião de Cavalieri podemos citar GAGLIANO e PAMPLONA (2009,p.165):

Durante o desenvolvimento dos elementos da responsabilidade civil, cuidou-se de adotar um critério metodológico preciso, que servisse para as duas principais espécies de responsabilidade – a subjetiva (com aferição de culpa) e a objetiva (sem aferição de culpa) – postas, lado a lado, pelo código de 2002. (...) Por isso, o tópico objeto do presente capítulo não foi inserido no estudo dos elementos ou requisitos componentes da responsabilidade, em virtude de faltar-lhe o necessário cunho de generalidade.

Ao estudarmos o trecho supracitado podemos, então, perceber que os autores defendem que a culpa não possui generalidade para ser analisada nas duas espécies de responsabilidade civil, sendo pressuposto exclusivamente da responsabilidade civil subjetiva. Contudo vale mencionar que na presente seara o objetivo é indenizar a vítima e não punir o agente culpado, por isso deve-se medir a indenização pela extensão do dano, sendo exceção a esta regra, o parágrafo único do artigo 944 do código civil que delibera ao julgador, nos casos de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir equitativamente a indenização.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Como vimos anteriormente a culpa poderá ser ou não considerada requisito da obrigação de reparar o dano. Ao analisarmos a teoria clássica, a culpa era pressuposto da responsabilidade, essa teoria é conhecida como a teoria da culpa ou subjetiva, assim, não havendo culpa, não haverá responsabilidade.

Para analisarmos a relativização da presença da culpa entendemos como subjetiva a responsabilidade que ampara a culpa, sob essa ótica a culpa (*stricto sensu*) é pré-requisito para que a responsabilidade recaia sobre o autor do dano. Em algumas situações a responsabilidade se satisfaz apenas com a existência do dano e do nexo causal, não levando em consideração a culpa, nesses casos a responsabilidade é conhecida como objetiva. Vejamos o seguinte trecho de GONÇALVES (2011,p.49) afim de massificar as informações: “Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível”

Seguindo esta linha de raciocínio, quando a responsabilidade é objetiva, ou seja, quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova, assim a vítima só precisa provar a conduta e o nexo de causalidade, pois a culpa já é presumida, pode-se citar como exemplo o previsto no Art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que porventura venha a causar dano a outrem.

É importante lembrar que a responsabilidade subjetiva existe em paralelo como regra necessária, sem ônus da adoção da responsabilidade objetiva, expressa em diversos dispositivos de lei, tais como: Os artigos 936, 937 e 938 do nosso Código Civil, que tratam respectivamente da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas. E os artigos 939 e 940, que tratam da responsabilidade do credor que demanda contra o devedor antes de vencida a dívida ou por dívida já pagas.

Algumas leis específicas também adotaram a responsabilidade objetiva, tais como: A lei de acidentes de trabalho, a Lei 6.938/81, quando trata dos danos causados ao meio ambiente, e bastante utilizado hodiernamente o código de defesa do consumidor.

6 RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

A responsabilidade civil, conforme explicitado anteriormente, consiste, em síntese, na obrigação legal que os indivíduos possuem de reparar os prejuízos derivados de suas ações em relação a terceiros.

No que concerne especificamente à responsabilidade civil no âmbito da atuação médica, oportuno demonstrar que se trata de uma questão bastante complexa e que vem sendo discutida desde os tempos antigos.

Segundo GIOSTRI (2004), eram inúmeros os diplomas legais que dispunham acerca da responsabilização do médico por suas condutas além dos tempos, quais sejam: o Código de Hammurabi, a Lei das XII Tábuas, a *Lex Aquilia*, O Corpo de Leis do Rei Urukagina, de Lagos, no terceiro milênio da era pré cristã, dentre várias outros.

Ainda segundo o mencionado autor, nos supracitados corpos legais, os médicos eram, por muitas vezes, severamente punidos por seus erros na sua condição profissional, situação esta que vislumbrou melhoras a partir do século XII com o surgimento das primeiras universidades, quando lhes foi conferida uma maior proteção legal e fez com que as sanções passassem a ter um cunho indenizatório e não mais precipuamente punitivo-retaliativo.

Segundo SCHAEFER (2012), nos séculos XIII a XVII, o Direito Canônico influenciou diretamente na dinâmica da responsabilidade civil do médico, haja vista que passaram a ser exigidas provas e exames minuciosos com o fito de embasar uma eventual condenação do profissional da medicina.

Na França, contemporaneamente, é pacífico o entendimento do dever do profissional da medicina de reparar danos decorrentes de suas ações, devendo, portanto, ser este responsável em indenizar o paciente sempre que possível prever um prejuízo que ocasionalmente não é antevisto. Neste diapasão, percebe-se a influência exercida pelo Direito francês no Direito brasileiro, influência esta que foi responsável direta por transformações consistentes no instituto da responsabilidade civil médica.

Ademais, constata-se que a responsabilidade civil médica nada mais é do que a dever legal do profissional da medicina em restaurar e responder por eventuais danos oriundos de suas ações no exercício de sua atuação profissional.

Neste diapasão, oportuno demonstrar a modalidade obrigacional que abarca a responsabilidade civil médica, bem como sua natureza jurídica.

Segundo CAVALIERI FILHO (2010), a obrigação que o profissional da medicina assume é, em regra, de meio, haja vista que o médico não garante a cura do paciente, mas sim a aplicação de seu conhecimento de acordo com direcionamentos e métodos científicos adequados e tidos como usuais, devendo responder, assim, somente nas situações onde for constatada a culpa do profissional.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 14, §4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Desta forma, é possível observar que a responsabilidade civil médica consiste, em regra, numa obrigação de cunho subjetivo, haja vista a necessidade de comprovação da culpa do médico para a configuração obrigacional.

Por oportuno, CAVALIERI FILHO (2010, p.386) afirma que “o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade”.

6 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Após as pontuais considerações acerca do instituto da responsabilidade civil médica, válido ventilar acerca de uma nova perspectiva adotada no referido instituto, qual seja, a possibilidade de reparação pela perda de uma chance.

Segundo CAVALIERI FILHO (2010), a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) é oriunda da doutrina francesa, e prevê que é pertinente a responsabilização dos indivíduos que fazem com que alguém perca uma oportunidade de evitar um prejuízo ou obter uma vantagem. Em outras palavras, é o afastamento da possibilidade de um episódio que acarretaria não só uma vantagem posterior para a vítima, mas também a chance de se evitar um dano.

A teoria em comento sofreu e ainda sofre certa resistência por alguns operadores do Direito sob o argumento de que algo que não aconteceu não poderá ensejar a responsabilização de um indivíduo, ou seja, algo de cunho abstrato não pode ser objeto de certeza e ocasionar uma obrigação.

STOCO (2007) é um dos críticos da teoria da perda de uma chance, afirmando que não é razoável aprová-la, pois um dano duvidoso não tem o condão de ensejar a responsabilização civil de um indivíduo, existindo, assim, apenas suposições jurídicas.

Todavia, o dano, ao contrário do que pensa o mencionado doutrinador, não consiste em deixar de atingir certo resultado, mas sim ser privado de, pelo menos, tentar alcançá-lo.

A utilização da responsabilidade civil fundada na perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro não encontra previsão na legislação pátria, sendo, basicamente, feita pela doutrina e jurisprudência, ainda de forma discreta.

Sobre a teoria aqui ventilada, leciona CAVALIERI FILHO (2008, p.75):

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Outra questão controvertida na doutrina e na jurisprudência se faz presente quanto a natureza jurídica da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A doutrina diverge fundamentalmente em quatro correntes, quais sejam: danos emergentes, lucro cessante, dano moral, terceiro gênero, categoria autônoma.

Os danos emergentes e o lucro cessante devem cobrir todo o dano material experimentado pela vítima, de acordo com o que dispõe o artigo 402 do código civil, que salvo as exceções expressas em lei a indenização deve abranger além do que a vítima efetivamente perdeu, o que ela razoavelmente deixou de ganhar.

À respeito do dano emergente pode-se observar seu conceito sob a ótica do nobre doutrinador GONÇALVES (2011, p.361)

É o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e que passou a ter depois.

Mediante clara exposição das ideias do doutrinador, o entendimento torna-se fácil. Desta forma compreende-se que o dano emergente é o valor efetivo desprendido pela vítima do dano material para repará-lo.

Ultrapassado o conceito de dano emergente, deve-se analisar o conceito do lucro cessante, ainda exposto pelo nobre doutrinador mencionado acima, GONÇALVES (2011,p.362) expõe:

Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória.

Ressaltando o conceito do autor, é comum confundir-se com a teoria que nomeia o presente capítulo, a perda de uma chance, tal confusão costuma ocorrer no momento sob o qual a indenização será calculada, o ápice de tal diferenciação ocorre quando percebe-se que a teoria da perda de uma chance defende a indenização por uma chance perdida, mesmo que o resultado dessa chance fosse desconhecido, já o lucro cessante tende a indenizar por um lucro que se tem conhecimento, porém foi impedido de ser alcançado.

Outra confusão de pensamento doutrinário quanto a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance ocorre com a inserção dessa teoria na modalidade de dano moral, senão vejamos a opinião dos doutrinadores SAVATIER citado por CAVALIERI FILHO (2009,p.79) “Dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem o direito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma”.

Nesse diapasão pode-se confundir a chance perdida com uma humilhação, com o possível abalo psicológico da vítima por não ter tido determinada oportunidade, contudo, é sabido que a indenização por dano moral pode ser deferida conjuntamente com a indenização por outra espécie de dano, como no exemplo exposto por DINIZ (2009, P.92)

Se a injúria feita por alguém em artigo de jornal provocar, p. ex., queda de seu crédito, alterando seus negócios levando-o à ruína, ter-se-ia dano moral e dano patrimonial indireto, pois ocorre, além do dano ao amor-próprio, uma sensível diminuição na sua renda. Logo, nada obsta a coexistência de ambos os interesses como pressupostos de um mesmo direito, portanto o dano poderá lesar interesse patrimonial ou extrapatrimonial.

Necessário então se faz a comparação do dano moral com a perda de uma chance, destarte pode-se perceber logo de início que para se configurar o dano moral é necessário como mencionado anteriormente um sofrimento que não advenha de uma perda pecuniária e que se desdobre em sentimentos como dor, sofrimento, humilhação.

Neste pórtico, podemos então compreender que se indenizada como dano moral, a teoria da perda de uma chance não alcança seu objetivo, pois ela estará ressarcindo por um sofrimento, que não seja causado por uma perda pecuniária, e não indenizando efetivamente

pela perda daquela chance que provocou todo o desdobramento de sentimentos infame. Sendo o mais prudente, em alguns casos aplicar a teoria da perda de uma chance cumulada com o dano moral.

Seguindo a linha de pensamento anterior, faz-se mister analisar a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance como um novo gênero, uma categoria autônoma, sob essa ótica CAVALIERI FILHO (2009,p.77) entende acertadamente que “De qualquer forma, a indenização deve corresponder à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização.”

Entende-se então que a indenização pela perda de uma chance está ligada diretamente ao dano causado pela chance perdida, porém a oportunidade existia efetivamente, não se podendo calcular o bônus ou o ônus proveniente da realização daquela chance, contudo perdida a chance indeniza-se pela cessação da oportunidade de tentar auferir um resultado positivo.

6.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ERRO DE DIAGNÓSTICO MÉDICO

Ao analisar este tema específico, necessário se faz a análise inicial dos erros de diagnóstico médico. Em resumo, pode ocorrer a perda de uma chance por erro de diagnóstico principalmente nos casos expostos a seguir, como mostra o estudioso no assunto SEBASTIÃO (2003,p.73)

Em síntese, pode ocorrer a perda de uma chance, dentre outras, nas seguintes hipóteses: 1) – diagnóstico incorreto do paciente e, por decorrência, terapia inapropriada; 2) – diagnóstico correto, mas terapia incorreta; 3) – diagnóstico correto, terapia apropriada, mas executada incorretamente; 4) – diagnóstico e terapia corretos, mas execução inapropriada por erro de prognóstico.

Para KFOURI NETO (2013) o primeiro ato da análise de diagnóstico é um dos momentos mais importante da atividade médica.

A teoria da perda de uma chance nos casos de diagnóstico médico deverá ser aplicada especialmente nos casos em que o médico agir com imperícia, imprudência ou negligência, o contrário deverá por óbvio, ocorrer se o médico utilizou todos os recursos à sua disposição, para majorar a certeza do diagnóstico.

Acrescenta KFOURI NETO (1998,p.77)

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

Neste diapasão afirma CAVALIERI FILHO (2009,p.734)

Em suma, será preciso apurar em cada caso se, à luz da ciência e do avanço tecnológico que o médico tinha à sua disposição, era-lhe ou não possível chegar a um diagnóstico correto, ou a um tratamento satisfatório, resultado, esse, não obtido por imperícia, negligência ou imprudência injustificável.

Os trechos acima analisados conduzem para o entendimento acertado de que o a teoria da perda da chance será cabível em casos que não derivem da incerteza da medicina, acrescentando ainda GONÇALVES (2010,p.437)

Se tem afirmado que o *erro de diagnóstico*, que consiste na determinação da doença do paciente e de suas causas, não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos. Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso.

O trecho analisado acima, corrobora ainda mais o pensamento ventilado à respeito da teoria da perda de uma chance nos casos de erro de diagnóstico, pois o médico não pode ser responsabilizado por um dano pelo qual não deu causa, uma vez que utilizou-se de todos os artifícios disponíveis para diagnosticar e combater aquela enfermidade que acometia a vítima.

Entretanto, importante se faz mencionar, que não deve responder pela perda de uma chance o médico que tentou por todos os métodos existentes diagnosticar doença e que por inexistência de meios para fazer tal diagnóstico não conseguiu fazê-lo. Imperiosa se faz a análise do pensamento de SCHAEFER (2010,p.67) para que se possa concluir o debate acerca do tema:

A título de comparação, na Itália e França, o erro de diagnóstico não configura culpa capaz de justificar o ressarcimento, pois é considerado brando, uma vez que acreditam que é percebido muito cedo. Por outro lado, esse tipo de erro pode levar a perda da chance de cura ou sobrevivência de

um paciente. Nesse sentido, o médico somente será responsável pelo erro de diagnóstico injustificável, evitável ou grosseiro.

Desta forma a autora deixa bem claro que ainda no berço da teoria da perda de uma chance, não é compatível a aplicação da mesma nos erros de diagnósticos que não forem frutos de negligência, imprudência ou imperícia, visto que não há que se falar em perda de uma chance por parte do médico em desvendar a doença que acometia a vítima, uma vez que restarem supridas todas as alternativas para se descobrir e curar determinada enfermidade.

7 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Posterior a tudo o que já foi ventilado, é de suma importância a análise de julgados no que tange ao tema referenciado, vez que apesar dos inúmeros conflitos de pensamento acerca dos institutos da responsabilidade civil, mais especificamente quando observado a teoria da perda de uma chance aplicada ao erro de diagnóstico, consumado é o fato pelo qual os autores concordam que cada caso deve ser analisado especificamente, sendo assim forçoso demonstrar julgados dos juízos cíveis acerca deste tem:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.ERRO DE DIAGNÓSTICO NO ATENDIMENTO PRESTADO PELA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS. Ora, evidente que a sra. Erna foi mal atendida pelos médicos que realizaram os atendimentos domiciliares. Os sintomas de dor no peito há 30min, vômito, perda de força nos membros inferiores, evacuação involuntária, que a todo momento, pelos meios de comunicação, médicos alertam para o risco de enfarte, foram mal analisados pela primeira médica, mas que, pelo menos, não descartou a gravidade, e desconsiderados pelo médico regulador. O quadro evoluiu rapidamente, e mesmo a tentativa da família de rapidamente levar a paciente para atendimento apropriado hospitalar não evitou o óbito. (...) Evidente, portanto, o direito da autora de ser indenizada pelo dano moral sofrido, ante o despreparo e descaso dos médicos, como também pela perda irreparável de tempo causado até que a idosa fosse para o hospital, onde chegou já sem chances de sobrevivência dado o histórico de doença cardíaca. Apelo provido.

(Apelação Cível Nº 70057772527, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Julgado em 03/04/2014)

No caso em comento pode-se observar claramente a atitude da medica imperita, de forma que mesmo atendendo ao chamado médico e por isso não agindo com negligência a médica constatou diagnostico divergente dos sintomas apresentados pela vítima, destarte importante se faz destacar a fundamentação da teoria da perda de uma chance, visto que por

diagnóstico errôneo, a paciente foi tratada de forma equivocada e mediante o lapso temporal resultante de um segundo atendimento a paciente não suportou e veio a falecer, perdendo assim, tendo assim, a primeira medica perdido a chance de cura, desde o primeiro momento da consulta da vítima.

A exemplo da indevida aplicação da teoria ora abordada, revela-se necessária a análise do caso infrarreferido, senão, vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. INFECÇÃO HOSPITALAR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao estabelecimento hospitalar pelos serviços prestados, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do apelante e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. O Hospital demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência denexo causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao hospital, nos termos da legislação consumeirista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica dos médicos que atenderam a parte autora, cumpre verificar a ocorrência de culpa pelos profissionais, a qual se aplica a responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexocausal. Precedentes do STJ. 4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 5. Assiste razão à autora ao imputar ao nosocômio demandado a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que restou evidenciado nos autos o diagnóstico tardio da infecção, conduta negligente esta que resultou nos prejuízos ocasionados aquela. 6. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum mantido. 7. Releva ponderar, ainda, que, quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurgem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito. 8. Não é juridicamente possível indenizar expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados, o que não ocorreu no caso em tela. 9. No que tange aos danos estéticos, é entendimento assentado nesta colenda Corte de Justiça que é perfeitamente possível a cumulação de pedido de danos morais com dano estético, haja vista que as conseqüências advindas destas espécies de danos são distintas e perfeitamente identificáveis. Entretanto, no caso em tela, convém salientar que não foi produzido durante a instrução qualquer adminículo de prova a este respeito, ônus que cabia a parte autora e da qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inc. I, do CPC. Negado provimento aos recursos.

(Apelação Cível Nº 70057818585, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/03/2014)

Tal acórdão se faz importante para analisar a teoria em comento, visto que discorreu à respeito de diversos institutos da responsabilidade civil, explanou a obrigação de meio do médico, deixando claro que o objeto da obrigação do médico não é a cura do paciente e sim o emprego adequado do tratamento disponível de acordo com estágio atual da ciência, motivo este que fundamenta responsabilização subjetiva do médico, a qual é necessária comprovação do profissional.

Em consonância com o argumento acima exposto, cumpre ressaltar que o médico, personagem do caso em tela não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, visto que o mesmo utilizou-se do exame que lhe fora apresentado para diagnosticar a situação favorável da saúde da autora naquele momento, outrossim, é importante destacar a responsabilidade objetiva da clinica aonde o exame foi feito, porém em acertada decisão apreciou o julgador pela falta de nexo causal, visto que àquele momento o exame foi correto, ocorrendo a evolução de seu estágio no lapso temporal entre o primeiro e o segundo exame, não havendo motivação para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

Outra hipótese de cabimento da teoria da perda de uma chance no erro de diagnóstico pode ser analisada a seguir:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. Tratando-se de fato danoso atribuível ao hospital demandado, na condição de prestador de serviço público, por conduta de seus agentes, incide o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilidade civil objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo. Na hipótese dos autos, restou provado que os profissionais de medicina de ambos os hospitais demandados falharam na investigação clínica do quadro que apresentava o paciente, que havia se engasgado com alimento, inviabilizando o diagnóstico da moléstia que lhe acometia e tolhendo as chances de tratamento e cura. Os médicos dos nosocômios demandados ignoraram completamente a possibilidade de aspiração de corpo estranho e passaram a um diagnóstico equivocado de tuberculose e/ou brocopneumonia. Erro de diagnóstico configurado. Aplicação da teoria da chance perdida, porquanto o erro de diagnóstico contribuiu para o agravamento do estado de saúde do paciente, contribuindo para a evolução do quadro, que culminou na perda de volume do seu pulmão direito. Configurada a responsabilidade solidária dos demandados devido às suas condutas, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o evento danoso, deve ser reconhecido o dever de indenizar. Inegável a ocorrência do dano moral, que é in re ipsa, porquanto decorrente do próprio fato, em virtude da falha no serviço prestado pelos demandados. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso

concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação e dos parâmetros adotados por esta Corte em casos semelhantes ao dos autos. PENSÃO MENSAL. INCAPACIDADE LABORAL NÃO COMPROVADA. O autor não logrou comprovar sua incapacidade laborativa, de sorte que é incabível o pensionamento postulado. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. RESSARCIMENTO DEVIDO. O desembolso realizado pelo autor com os medicamentos necessários para o seu tratamento médico constitui dano emergente que deverá ser ressarcido pelos réus à razão de 50%, considerando-se que a responsabilidade está consubstanciada na perda de uma chance. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052760782, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 14/08/2013)

Observa-se, neste caso em especial, menção à teoria da perda de uma chance em sua ementa, entretanto, por inexistência de legislação específica, os argumentos aplicados sobre esta teoria são aplicados como danos materiais emergentes, implicando assim em sua aplicação errônea, visto que, no caso analisado, os danos emergentes existiram, simultaneamente com a perda de uma chance.

Desta forma, visualiza-se que mesmo tendo conhecimento da existência da teoria, por sua carência de normatização, inexistência de legislação específica, divergência doutrinária e jurisprudencial, torna-se difícil aplicá-la de forma acertada, caracterizando-a e nomeando-a de acordo com os argumentos por ela defendidos, possibilitando, assim, a indenização da vítima do erro de diagnóstico efetivamente pela perda de uma chance.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todo o exposto, é possível observar que desde o início das sociedades juridicamente organizadas o tema da responsabilidade civil é assunto passível de debate, se analisados os casos em que são necessários encontrar o agente infrator. Observou-se porém que a responsabilidade civil possui pressupostos necessários para que se possa configurar o instituto, requisitos estes que servem como embasamento para grande divergência doutrinária, visto que alguns autores consideram a culpa em seu sentido *stricto sensu* e outros autores consideram-na em sentido *latu sensu*, entretanto é acertado o pensamento que define como os pressupostos da responsabilidade civil a conduta, independente de comissiva ou omissiva, o dano, que sem ele não há que se falar em indenização e o nexo causal, responsável pela ligação entre o dano e a conduta.

Seguindo a linha de raciocínio, compreendemos os tipos de culpa quanto ao fato gerador, que subdivide-se em contratual, aquela que ocorre pela existência de um contrato efetivo entre agente e vítima e a modalidade extracontratual, definida basicamente pela infração de um dever legal.

Ademais, vislumbra-se a teoria da perda de uma chance, que tem como objetivo a indenização da vítima restritamente pela chance que se perdeu, não pelo resultado da ação que não foi produzida por intervenção de terceiro. Nos casos em que se analisa essa teoria associada a responsabilidade médica, faz-se importante lembrar que a responsabilidade do médico é de meio e não de fim, uma vez que o profissional da saúde tem a possibilidade de tratar e possivelmente aumentar a expectativa de vida saudável do indivíduo.

Nesse diapasão, ao avaliar a teoria da perda de uma chance aliada ao erro de diagnóstico, compreende-se que a indenização só é devida pelo médico, se o mesmo agir com negligência, imprudência ou imperícia, dessa forma não há que se falar em indenização por erro de diagnóstico quando o médico exaurir todas as formas possíveis para conhecer a enfermidade que acometer seu paciente, fugindo de sua capacidade humana o tratamento e a certeza de cura de seu cliente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível N°. 70057772527**.

Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2014&codigo=433115> Acesso em 28 de abril de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível N°. 70057818585**.

Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2014&codigo=349283> Acesso em 28 de abril de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Cível N°. 70052760782**.

Portal JusBrasil. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113108622/apelacao-civel-ac-70052760782-rs>>

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 7 v.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Kfoury Neto, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Responsabilidade Civil Contemporânea : em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa / Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladson Mamede, Maria Vital da Rocha coordenadores - - São Paulo : Atlas, 2011.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil médico & erro de diagnóstico**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 3.ed. Belo Horizonte, 2003.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.