

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Responsabilidade Civil média e a teoria da perda de uma chance, elaborado pelo aluno **Talita Fernanda de Assis Rosa** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

\_\_\_\_\_

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 07 de dezembro 2017

  
Prof. Orientador

  
Prof. Avaliador 1

  
Prof. Avaliador 2

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

**TALITA FERNANDA DE ASSIS ROSA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

FIC CARATINGA

2017

**TALITA FERNANDA DE ASSIS ROSA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MSc. Daniel de Araújo Ribeiro

FIC CARATINGA

2017

## DEDICATÓRIA

A minha amada mãe “**Imaculada**” e ao meu pai “**Anésio**” pelos conselhos, orações, e apoio sempre, a minha irmãzinha do coração **Raquel** por ter suportado meus surtos e os momentos de ausência e mesmo assim me incentivando a prosseguir em busca deste sonho.

Ao meu queridíssimo Pastor e meu segundo paizão Jaider pelo incentivo em começar esse curso e continuar na luta durante esse tempo demonstrando sempre que conhecimento não ocupa espaço muito obrigada sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, pela oportunidade de viver, e pela força interior e motivação para realizar este estudo, aos meus queridos familiares que contribuíram de alguma forma para que eu pudesse realizar esse sonho. Aos meus amigos que aguentaram meus momentos de surto e minha ausência. Agradeço também à aqueles que não acreditaram em mim vocês foram combustíveis para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço aos meus professores por serem sempre prestativos e me ajudar sempre que eu precisei, ao meu orientador Daniel Araújo pelo apoio e paciência. Meus agradecimentos a todos vocês de coração.

Um sonho sonhado sozinho é um sonho. Um sonho sonhado junto é realidade.

**Raul Seixas**

## RESUMO

A presente pesquisa explora a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica. O estudo desse tema se mostra relevante, vez que é crescente a incidência de demandas dessa natureza. Esta monografia objetiva, sem a pretensão de esgotar o assunto, averiguar as possibilidades de imputação do dever de reparar eventuais danos decorrentes da aniquilação de uma chance. Para tanto, buscou-se análise da doutrina especializada, bem como pesquisa na jurisprudência pátria a fim de constar sob quais fundamentos tem de decidido pela ocorrência ou não do dano. Através da pesquisa desenvolvida, conclui-se que chance séria e real integra o patrimônio da pessoa e, uma vez retirada, dá ensejo à obrigação de reparar.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil; Perda de uma chance; nexo causal; dever de indenizar.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1: Da responsabilidade civil: noções gerais.....</b>	<b>10</b>
1.1 Conceito de responsabilidade civil .....	11
1.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	12
1.2.1 Ação ou Omissão.....	12
1.2.2 Culpa ou Dolo.....	13
1.2.3 Nexo de Causalidade.....	14
1.2.4 Dano.....	15
1.2.4.1 Dano Material Reflexo.....	16
1.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	16
1.3.1 Responsabilidade contratual.....	17
1.3.2 Responsabilidade extracontratual ou Aquiliana.....	17
1.4 Obrigação de meio e de resultado.....	18
1.5 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	19
<b>CAPÍTULO 2: Teoria da perda de uma chance.....</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO 3: A responsabilidade civil médica.....</b>	<b>28</b>
3.1 Responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma chance .....	31
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>35</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>36</b>
<b>ANEXO INTEIRO TEOR.....</b>	<b>37</b>





## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como propósito analisar o tema da responsabilidade civil médica pela perda de uma chance, buscando também analisar que o erro profissional que em certos casos, podem ser fatais. Razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para o exercício de determinadas atividades laborativas. Sendo assim a responsabilidade civil parte do posicionamento de que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato ilícito tem o dever de reparar.

A Responsabilidade Civil está baseada na prática de uma atividade ilícita, ou seja, contrária à ordem jurídica. Assim, quando alguém fere um dever imposto pelo direito (dever jurídico primário), causando danos a outrem, surge a obrigação de reparar o prejuízo sofrido por um terceiro (dever jurídico secundário ou responsabilidade civil). Portanto, aquele que age ilícitamente assume a sanção de responder por seus atos. Silvio Rodrigues entende a responsabilidade civil como sendo “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”<sup>1</sup>. Desse modo, a responsabilidade civil surge como um dever de reparar o dano causado a terceiro, ou seja, trata-se de uma consequência em razão de um mau comportamento.

É necessário ressaltar 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 uma chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo.

O primeiro capítulo abordará o instituto da responsabilidade civil, delimitará as espécies de responsabilidade civil, delimitará as espécies de responsabilidade civil concebidas em nosso ordenamento pátrio. Objetiva-se com esse capítulo, esclarecer ao leitor as peculiaridades de tal instituto, para que mais adiante ela possa melhor compreender a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

No segundo capítulo, será conceituada a perda de uma chance, bem como será feita a análise do referencial histórico instituto, cujas raízes surgiram a partir da

---

<sup>1</sup>RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume IV. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

década de 60 na França. Por fim, no terceiro capítulo faremos a responsabilidade civil médica e a teoria da perda de uma chance. Diante do exposto seria aplicável a teoria da perda de uma chance às ações médicas diante dos pressupostos da responsabilidade civil prevista no direito brasileiro?

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a possível apuração da responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que venha falecer um possível paciente, ou até mesmo que ocorra a perda de uma chance de algum tipo de tratamento eventual que poderia trazer cura desse paciente e que por alguma razão, houve negligência, imperícia ou imprudência em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico, e com isso acarreta a responsabilidade civil do mesmo, enquanto possibilidade de resolução do próprio problema.

Buscando a resolução na hipótese de pesquisa, levanta-se como marco teórico Sergio Cavalieri Filho que diz:

Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática. É o que a doutrina convencionou chamar de dano reflexo, dano em ricochete ou, ainda, como querem outros, dano indireto. O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. Sendo assim, somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance.<sup>2</sup>

A partir do momento em que se tornou pacífico o ressarcimento do dano moral, alguns julgados, com absoluta correção, passaram a conceder indenização aos pais pela morte de filho, mas só a título de dano moral.

---

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 6ª ed. Malhães, 2005. p.110/113.

## **CAPÍTULO I- DA RESPONSABILIDADE CIVIL :NOÇÕES GERAIS**

Neste capítulo abordaremos os pressupostos da responsabilidade civil e as espécies de responsabilidade civil, com objetivo de apresentar noções gerais sobre o tema que auxiliarão na compreensão da pesquisa.

Sobre os pressupostos abordaremos a conduta externalizada por atos de imprudência, negligência ou imperícia; o nexos causal, e as diversas teorias que sustentam e o dano, tratado nos dias de hoje como a possibilidade de se concretizar em várias espécies.

Estes pressupostos devem ser verificados na responsabilidade civil contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva. Na responsabilidade civil subjetiva aplica-se no disposto no art.186, do Código Civil,“Art. 186 Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A imputabilidade é um fator muito importante para determinar a responsabilidade do agente. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa”<sup>2</sup>. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de seus próprios atos. “Imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”<sup>3</sup>. Desse modo, não há como responsabilizar alguém pela prática de um ato danoso, se no momento da prática do ato, o agente não tem capacidade para compreender o caráter reprovável de sua ação. Assim, percebe-se que o agente imputável é aquele mentalmente são e capaz de entender o caráter de sua conduta.

É fundamental a existência de dano para que haja a configuração da responsabilidade civil. Na ausência deste requisito, não há o que indenizar e, portanto, não há responsabilidade. Desse modo, seja qual for a natureza da responsabilidade (contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva), o dano é um elemento indispensável para a sua configuração. Assim, dano é o prejuízo sofrido

---

<sup>3</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. p. 44.

<sup>4</sup>Idem.

pela vítima em razão de uma ação ou omissão por parte do agente. A doutrina estabelece as seguintes espécies de dano: o dano patrimonial, o moral e o estético.

### 1.1 Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil tem sido muito utilizada para conduzir grande parte dos conflitos patrimoniais e morais. Mas a doutrina tem grande repercussão que vem causando no ordenamento jurídico.

Segundo Rosário, a responsabilidade civil surge quando o dever jurídico primário é violado, gerando o dever jurídico secundário, que é indenizar o prejuízo causado a vítima. As obrigações contraídas por uma pessoa devem ser cumpridas, caso contrário, nascerá a responsabilidade<sup>4</sup>.

Mas Diniz conceitua a responsabilidade civil dizendo que:

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.<sup>5</sup>

Conceito este que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência do ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).<sup>6</sup>

A palavra responsabilidade segundo Gagliano e Pamplona Filho:

Tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda a raiz latina de *spondeo*, formula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.<sup>7</sup>

A responsabilidade civil, conforme será visto a seguir, está atrelada à ocorrência de alguns requisitos, quais seja: conduta, dano, nexo causal e culpa. Sendo que a culpa somente terá que ser demonstrada quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva conforme será exposto. O dano patrimonial

---

<sup>4</sup>ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda de uma chance de cura na responsabilidade civil médica**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

<sup>5</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, p.35.

<sup>6</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.36.

<sup>7</sup>GAGLIANO. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil, p.15

é traduzido pela lesão aos bens de ordem econômica. O dano moral é a lesão dos valores internos do ser humano (direito à honra, à imagem, ao nome e à privacidade). Já o dano estético é a lesão à beleza física da pessoa, causando uma deformação duradoura ou definitiva na vítima.

## 1.2. Pressupostos da responsabilidade civil

Segundo Diniz, para caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil é bastante difícil, ante a grande diferença e imprecisão doutrinária a respeito.<sup>8</sup>

O código civil em seu art. 186<sup>9</sup> consagra uma regra universalmente aceita pelos doutrinadores que 'Aquele que por, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'<sup>10</sup>.

Analisando o artigo supracitado, verifica-se que são quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima<sup>11</sup>.

### 1.2.1 Ação ou Omissão

Primeiramente, cabe ressaltar que a lei se refere a qualquer pessoa que por ação ou omissão, venha causar dano a outrem. A responsabilidade civil pode-se derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a sua guarda, e ainda pode de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.<sup>12</sup>

A propósito, ensina Diniz:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.38

<sup>9</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/legis.htm>> Acesso em 26 set.2017.

<sup>10</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.51.

<sup>11</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.52.

<sup>12</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.53.

<sup>13</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, p.38.

Nesse contexto, Gonçalves leciona sobre os outros tipos de responsabilidade que a legislação ainda prevê, entre ela:

Por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.<sup>14</sup>

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis pela reparação os pais, tutores e curadores. O empregador também responde pelos atos de seus empregados. Os educadores, hoteleiros e estalajadeiros, pelos seus educandos e hóspedes. Os farmacêuticos, pelos seus prepostos. As pessoas jurídicas de direito privado, por seus empregados, e as de direito público, por seus agentes. E, ainda, todos aqueles que participarem do produto de crime.<sup>15</sup>

### 1.2.2 Culpa ou Dolo

A Culpa em sentido amplo é como violação de um dever jurídico imputável a alguém, em face de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela. Já em sentido estrito se caracteriza pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer determinação de violar um dever.<sup>16</sup>

Para Capitantapud Rizzardo, a culpa consiste no

ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incube ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes.<sup>17</sup>

Segundo a teoria subjetiva existem várias distinções sobre a natureza e a extensão da culpa, entre elas:

Culpa "grave" é quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevenindo aquilo que é previsível ao comum dos homens, ou seja, é a modalidade que mais se aproxima do dolo. Culpa "leve" ocorre quando a lesão do direito pode ser evitada com atenção ordinária. Culpa "levíssima" ocorre se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular.<sup>18</sup>

<sup>14</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil,p.35.

<sup>15</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.36

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.22.

<sup>17</sup>RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.01.

<sup>18</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil.p.40.

Vale ressaltar, que ainda que seja a culpa levíssima obriga o lesante a indenizar o lesado. E, para a grande maioria dos juristas, a gravidade da culpa o não influência na reparação do dano.

Quanto ao dolo segundo Diniz “é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito”.<sup>19</sup>

Para uma melhor compreensão a respeito do dolo, Gonçalves ainda conceitua que o dolo “consiste na vontade de cometer uma violação de direito, dolo, portanto, é a violação deliberada consciente intencional do dever jurídico”.<sup>20</sup>

Contudo, para efeitos da responsabilidade civil não haverá ato punível, sem o dano ter sido causado, por isso a sua importância dos aspectos analisados.

### 1.2.3 Nexo de Causalidade

A responsabilidade civil não decorre sem o nexos de causalidade entre o dano e a ação que provocou. A relação entre o dano e a culpa que gerou, denomina-se nexos de causalidade. Portanto é necessário que o fato lesivo deve estar relacionado com a ação diretamente ou como uma consequência previsível.

Nos ensinamentos de Serpa Lopes *apud* Gagliano e Pamplona Filho assevera que:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.<sup>21</sup>

Se houve o dano, mas o motivo do dano não está relacionado com o comportamento do lesante, não existe a relação de causalidade e no mesmo sentido, não existe o dever de indenizar.

---

<sup>19</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, p.41.

<sup>20</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, p.35.

<sup>21</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil, p.85.



Segundo Venosa o nexo de causalidade “é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”<sup>22</sup>.

Ainda segundo os seus ensinamentos, Venosa deixa vigente que “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal”<sup>23</sup>. Esclarece ainda, se uma vítima, sofreu um dano, e não conseguir identificar o nexo causal que dirige o ato danoso ao lesante não há como ser ressarcida do prejuízo<sup>24</sup>.

Existem situações em que a responsabilidade civil pode ser excluída, uma vez que não caracterize o nexo de causalidade. Portanto, uma das várias formas de exclusão da responsabilidade civil está a por culpa exclusiva da vítima, caso em que se exclui qualquer responsabilidade do agente causador<sup>25</sup>.

Estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento legal, caso fortuito e força maior e fato de terceiro, figuram como formas de excludentes de responsabilidade<sup>26</sup>.

Segundo os ensinamentos de Venosa, “o caso fortuito e a força maior, são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou interrompem. Na verdade, no caso fortuito e força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso”<sup>27</sup>.

#### 1.2.4 Dano

É o mal, prejuízo, ofensa material ou moral causada por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente protegido. O dano ocorre quando esse bem é diminuído, inutilizando ou deteriorado, por ato nocivo e prejudicial, produzido pelo delito civil ou penal.

Em tema de dano moral a questão que se coloca atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem ainda, se pode ou não ser cumulado com

---

<sup>22</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**.4 V.7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.45.

<sup>23</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**, p.45.

<sup>24</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**.p.46

<sup>25</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**.p.47

<sup>26</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**.p.86

<sup>27</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**, p. 45.

dano material, mas sim o que venha a ser o próprio dano moral. Esse é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com o dano moral, inclusive quanto à sua valoração.

Nesse particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material.

Segundo Sergio Cavalieri:

Dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo dano moral é lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.<sup>28</sup>

Ainda diz:

Dano Moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts.1, III, e 5º,V e X, da Constituição Federal, e que acarreta o lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação<sup>29</sup>.

Como se vê, hoje o dano moral não, mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, os complexos de origem ética, razão pela qual revela-se mais apropriado chama-lo de dano imaterial.

---

<sup>28</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros,2005, .6 ed. Revista atualizada p.116.

<sup>29</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros,2005, .6 ed. Revista atualizada p.94.

#### 1.2.4.1 Dano Material Reflexo

Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática.

No que tange ao fato gerador da responsabilidade civil, pode-se abordar a responsabilidade contratual (aquela proveniente de conduta violadora de norma contratual) ou responsabilidade extracontratual ou aquiliana (resultante de um dever geral de respeito aos direitos alheios e legalmente previstos).

Quanto ao agente, poderá ser responsabilidade direta (proveniente de ato do próprio responsável) e responsabilidade indireta (provém de ato de terceiro, vinculado ao agente ou fato de animal ou coisa inanimada sob guarda).

Quanto ao seu fundamento, poderá ser responsabilidade subjetiva (presente sempre o pressuposto culpa ou dolo, devendo coexistir, para sua caracterização, a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre conduta e o dano) e responsabilidade objetiva (não há necessidade de prova da culpa, bastando a existência do dano, a conduta e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente)

Em razão da morte da vítima, seu esposo e filhos ficam sem pensão que aquela lhes pagava; os credores ficam sem receber seus créditos, e assim por diante. É o que em doutrina se convencionou chamar de *dano reflexo em ricochete* ou, ainda como querem outros, dano indireto.<sup>30</sup>

Segundo abordado por Sergio Cavalieri a problemática nesta questão, tal como relação ao dano material reflexo, é saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano patrimonial causado a outra pessoa.

---

<sup>30</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005, 6 ed. Revista, aumentada e atualizada. p.116.

Sendo assim, somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance.

### 1.3.1 Responsabilidade contratual

A contratual é a que se situa na inexecução obrigacional, ocorre por infração a uma obrigação assumida com base em autonomia de vontade. O dever jurídico violado tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. Está disciplinada nos artigos 389 e seguintes do Código Civil.

Conceitua Cavalieri Filho “é infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente”<sup>28</sup>.

Na responsabilidade contratual, a culpa é presumida e, dessa forma, cabe ao autor demonstrar apenas o descumprimento contratual. Ficando a cargo do devedor o *ônus probandi*, o devedor terá que provar que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente admitida na lei, que falarei mais a diante.

Segundo Cavalieri Filho:

Temos, além dos pressupostos já mencionados, mais dois para que ocorra a responsabilidade contratual: existência de contrato válido e inexecução do contrato. Tem que existir um contrato válido (com agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado – art. 104/CC) entre o devedor e o credor, ou seja, não pode ser nulo nem possuir vícios que alterem sua validade. Além do contrato válido, para que ocorra a responsabilidade contratual é necessária inexecução do contrato em todo ou em parte, através do inadimplemento ou da mora. Inadimplemento é quando a obrigação não foi cumprida, nem mais existe para o credor a possibilidade de receber a prestação, já a mora é quando, embora não cumprida a obrigação na forma convencionada, ainda existe a possibilidade de cumprimento, ou seja, o devedor pode cumprir a obrigação, com proveito para o credor.<sup>29</sup>

### 1.3.2 Responsabilidade extracontratual ou Aquiliana

Responsabilidade extracontratual é aquela em que o agente infringe um dever legal, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação

---

<sup>29</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005, 6 ed. Revista, aumentada e atualizada. p.302.

de um dever fundado em algum princípio geral de direito. A fonte desta inobservância é a lei.

É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido existia nenhum vínculo jurídico quando da prática do ato danoso.

A princípio a responsabilidade extracontratual baseia-se na culpa, o lesado deverá provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco.

Na responsabilidade extracontratual a ocorrência de um ilícito previsto na lei nos artigos 186 e 187 do Código Civil, independentemente da existência de um contrato estabelecido entre os envolvidos, surgem do mesmo modo o dever de reparar o prejuízo.

Segundo Diniz:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquilina decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um direito ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, da observância da norma jurídica ou da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém.<sup>30</sup>

Assim quando decorrer de uma responsabilidade extracontratual ocorre um ilícito, ou seja, uma violação de dever legal. Nesta violação infringiu uma norma jurídica, para que existia esta responsabilidade, não é necessário que existia um liame Jurídico, entre a vítima e o causador do dano. O que se faz necessário é que a vítima demonstre através de provas o prejuízo que sofreu.

#### **1.4 Obrigação de meio e de resultado**

A responsabilidade contratual pode ser subdivida em: obrigação de meio e obrigação de resultado.

Segundo Cavalieri Filho:

Obrigação de resultado, entendendo-se como tal aquela em que o devedor assume obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o quê haverá inadimplemento. Difere da obrigação de meio porque, nesta, o

---

<sup>30</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v. 7. 17. ed.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 459.

devedor apenas se obriga a colocar habilidade, técnica, prudência e diligência no sentido de atingir um resultado, sem contudo, se vincular a obtê-lo.<sup>31</sup>

Portanto, a *obrigação de meio* é a que o profissional se obriga a destinar seus melhores esforços e utilizar todos os meios disponíveis no sentido de obter o melhor sem, contudo se comprometer na obtenção determinado resultado específico.

No caso da *obrigação de resultado*, o profissional deve alcançar um determinado resultado, não o alcançando não terá cumprido sua obrigação, sobrevindo assim o dever de indenizar.

Maria Helena Diniz sobre obrigação de meio:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.<sup>32</sup>

E, ainda sobre obrigação de resultado:

A obrigação de *resultado* é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerará adimplida com efetiva produção do resultado colimado. Ter-se á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é o suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta que o resultado não seja atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente.<sup>33</sup>

## 1.5 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil subjetiva está fundada na Teoria da culpa, ou seja, se configura essa responsabilidade, se o causador do dano tenha agido com dolo ou culpa na prática do ato ilícito. Segundo os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho,

<sup>31</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005, 6 ed. Revista, aumentada e atualizada. p.366.

<sup>32</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v. 7. 17. ed.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003 p.247.

<sup>33</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v. 7. 17. ed.aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 248-249.

a responsabilidade civil subjetiva “é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”.

Já para Diniz, a responsabilidade civil subjetiva está “fundada na culpa ou dolo por omissão, lesiva a determinada pessoa”.

Mas segundo Gonçalves, “o fundamento que se dê a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano”.

A culpa era o fundamento da responsabilidade na teoria clássica. Que segundo essa teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva” pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Hora não havendo não há que se falar em responsabilidade.

Cavaliere Filho com suas palavras precisas corrobora dizendo que o Código Civil de 2002, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva.

Gonçalves ainda diz:

Pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.<sup>34</sup>

A culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano comete com negligência ou imprudência, conforme regra geral aperfeiçoada pelo art. 186 do Código Civil de 2002 que dispõe que (Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito).

Gagliano e Pamplona filho esclarecem ainda que “do referido dispositivo acima transcrito, verificamos que a obrigação de indenizar(reparar o dano) é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito”.

A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto (subjetivo) necessário do dano indenizável, tendo a vítima de provar o nexo entre dano e a culpa do agente.

Desta forma, é subjetiva a responsabilidade quando se ampara na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano

---

<sup>34</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, p.35

indenizável. A responsabilidade do causador para que possa surgir a obrigação de indenizar do dano, apenas se configura se agiu com culpa ou dolo.

Ao contrário da responsabilidade subjetiva que é fundada na teoria da culpa, a responsabilidade objetiva tem fundamento Teoria do risco, ou seja, terá a obrigação de reparar o dano aquele que em razão de sua atividade criar algum tipo de risco que possa vir causar dano a outrem, independente de culpa (responsabilidade sem culpa).

Quem cria um risco deve responder por suas consequências, não havendo aqui a busca da culpa, mas sim, a demonstração do dano e do nexo de causalidade.

Além dos casos específicos estabelecidos em lei, o Código Civil tem uma cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, conforme dispõe o art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva a vítima assume o ônus de provar que o “agressor” agiu com culpa ou dolo, no caso da responsabilidade objetiva a questão da prova incumbirá ao réu, o qual, para fugir à responsabilidade, poderá, em alguns casos, alegar culpa exclusiva da vítima, ausência de nexo causal, caso fortuito ou qualquer outra causa de irresponsabilidade.



## CAPITULO II -TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Feitas as considerações nos capítulos antecedentes, tanto sobre o instituto da Responsabilidade civil quanto nesse especificamente da Teoria da Perda de uma Chance, sem as quais não abordaríamos com clareza o tema principal, passamos a análise do Recurso Especial 1.254.141-PR.

É sabido que no direito brasileiro, a reparação civil possui em qualquer de suas vertentes, objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual, o dano como pressupostos para seu acolhimento.

O dano conforme visto no capítulo I, pode ser moral material, ou estético. O direito brasileiro repudia qualquer forma de dano hipotético, o que implica dizer que não se indeniza mera suposição, mas sim o que de concreto se comprova.

A teoria da perda de uma chance teve sua origem na França, mas foi em 1940 objeto de estudo na Itália pelo professor Giovanni Pacchioni da Università di Milano<sup>35</sup>.

Mas segundo a doutrina o exemplo mais antigo da utilização da teoria da perda de uma chance foi no século XIX, mas precisamente em 1889<sup>36</sup>.

Portanto, foi no sistema da Common Law em 1911, o primeiro surgimento da teoria da perda de uma chance com o inglês Chapin v. Hicks, onde cuja autora era uma das 50 finalistas do concurso de beleza conduzido pelo réu, na qual impediu a autora de participar da fase final do concurso que consistia em uma apresentação perante o júri. As finalistas estavam concorrendo a doze prêmios distintos, sendo que um dos juízes de apelação argumentou que, diante da doutrina de probabilidades, a autora teria vinte e cinco por cento (25%) de chances de ganhar um dos prêmios.<sup>37</sup>

### Segundo Pacchioni *apud* Savi

comparando alguns exemplos clássicos de responsabilidade civil por perda de uma chance mencionada pela doutrina Francesa, questionava o que aconteceria nos casos em que alguém mediante culpa, fizesse com que a outra pessoa ficasse privada de uma probabilidade de lucro.<sup>38</sup>

<sup>35</sup>SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.p.59.

<sup>36</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007.p.36.

<sup>37</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro.p.37

<sup>38</sup>SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance.p.60.

Ao analisar o conceito de perda de uma chance por parte da doutrina, verifica-se que os termos utilizados nos conceitos são semelhantes, mudando apenas os sinônimos.

Vários são os exemplos citados por Pacchioni *apud* Savi, que são:

Um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do grande prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa dos correios ou de outros, seu quadro é destruído ou não entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou cassação da sentença que lhe é favorável.<sup>39</sup>

Portanto, para o professor Pacchioni *apud* Savi:

todos os exemplos citados, teria, sem sombra de dúvidas o direito de reclamar. Mas, afirma que seria controverso se todas as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, lembrando que não se poderia falar em um dano certo.<sup>40</sup>

A partir de alguns exemplos citados segundo Peteffi:

os juízes franceses começaram fortemente a alargar o campo de aplicação de teoria, estendendo-se para vários campos da responsabilidade civil. No momento, a teoria da perda de uma chance é analisada tanto nos danos do inadimplemento contratual, quanto dos ilícitos absolutos, bem como na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva.<sup>41</sup>

A natureza jurídica de um instituto ensina José Carlos Moreira Alves *apud* Peteffi, é situar o seu enquadramento dentro de uma das categorias admitidas no sistema jurídico.<sup>42</sup>

Segundo o doutrinador Peteffi, “fixar-se- à natureza jurídica das espécies de perda de uma chance, no sentido de caracterizá-las como espécies de dano autônomo ou de causalidade parcial do dano”<sup>43</sup>.

Ainda no mesmo raciocínio, Peteffi afirma que partindo do princípio há de se considerar que algumas aplicações da teoria da perda de uma chance constituem

<sup>39</sup>SAVI, Sérgio. Responsabilidade por perda de uma chance.p.60.

<sup>40</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance:análise do direito comparado e brasileiro.p.55.

<sup>41</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance:análise do direito comparado e brasileiro.p.56.

<sup>42</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance:análise do direito comparado e brasileiro.57.

<sup>43</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance:**uma análise do direito comparado brasileiro.

danos independentes, e quanto as classificações das chances perdidas em outras categorias do sistema jurídico, tais como dano presente e dano futuro.<sup>44</sup>

Eduardo Abreu Biondi ensina que a natureza jurídica da perda de uma chance figura na “equivocada a afirmativa de vincular a chance perdida com o eventual resultado final”. Acentua-se que a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, por si só, já é incorporada no patrimônio jurídico do indivíduo, sendo assim, a sua violação ensejará indenização<sup>45</sup>.

Por fim, se conclui que a teoria da perda de uma chance não se enquadra no dano emergente nem nos lucros cessantes, porque temos a probabilidade não a certeza absoluta do resultado esperado. “Entretanto que se trata de uma terceira espécie intermediária de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante<sup>46</sup>”.

Em resumo, verifica-se que em muitos casos quando ocorre a ação e o dano, por muitas vezes não consegue ser observado o nexo causal entre os dois pressupostos, ocorrendo assim um vasto campo fértil para apreciação.

A teoria da perda de uma chance teve suas bases lançadas no direito norte-americano pelo professor Joseph King Jr., sendo que após 17 anos publicou outro artigo, sendo lançada a defesa mais determinante da teoria da perda de uma chance como espécie de dano<sup>47</sup>.

Conforme o professor Joseph King Jr. *apud* Peteffi “vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade<sup>48</sup>”.

Cavaleri Filho esclarece que “há forte concorrente doutrinária que coloca perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante<sup>49</sup>”.

---

<sup>44</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro, p.101.

<sup>45</sup>BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**.

<sup>46</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro, p.102.

<sup>47</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro.

<sup>48</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro.p.75

<sup>49</sup>FILHO, Sérgio Cavaleri. **Programa de responsabilidade civil**, p.77.

Já para o doutrinador Savi o lucro cessante e a perda de uma chance, existem características comuns entre elas, em ambos os casos, enquanto a primeira subtrai da vítima uma importância que conseguiria no momento do fato danoso, a segunda impede a vítima de adquirir novos elementos, lucrar e usufruir utilidades patrimoniais<sup>50</sup>.

Para Savi, a teoria da perda de uma chance deve ser considerada em nosso ordenamento jurídico brasileiro, como uma subespécie de dano emergente. Analisando os últimos dois parágrafos anteriores, conclui-se que o doutrinador Savi adicionou a teoria de Adriano De Cupis.

Ao analisar a doutrina verifica-se que o dano patrimonial ou material, classifica-se em dois aspectos, ou seja, dano emergente e lucro cessante, mas primeiramente vamos analisar nesse sub-item o dano emergente.

Segundo o doutrinador Gonçalves, conceitua dano emergente como sendo:

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 o que passou a ter depois<sup>52</sup>.

Já os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho são mais objetivos no conceito descrevendo que o dano emergente é “ correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “o que ela perdeu”<sup>53</sup>.

Diniz esclarece que tais perdas se revelam num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo do seu patrimônio existente no momento do fato danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve que realizar. <sup>54</sup>

Analisamos no item anterior que o lucro cessante trata-se de um dano patrimonial ou material, mas a propósito vamos analisar como as doutrinas o conceituam.

Segundo Gonçalves lucro cessante “é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado”<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup>SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance.

À guisa de exemplo, confere-se os seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em Princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.<sup>51</sup>

Prossegue o MM. Julgador

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.<sup>52</sup>

Assim sendo, vê-se que a indenização na perda de uma chance deve pautar-se em juízo de probabilidade e razoabilidade, a ser analisado minuciosamente no caso concreto.

---

<sup>51</sup> Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. acesso em 12/12/2017 AS 15:32 horas.

<sup>52</sup> Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. acesso em 12/12/2017 AS 15:32 horas.

Como já vimos no item anterior, a teoria da perda de uma chance se relaciona com caráter de certeza, ou seja, deve apresentar o dano reparável.

Mas, para que uma demanda seja digna de procedência, a chance perdida deve proporcionar muito mais de que uma simples expectativa subjetiva.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes *apud* Savi asseveram:

Que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, haja uma "probabilidade suficiente". Ou seja, exigem, assim como os adeptos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, que a possibilidade perdida seja real e séria<sup>53</sup>.

O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda e de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quando ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação e incerteza quanto a respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não esta no dano experimentado, notadamente, nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

---

<sup>53</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance, p.41.

### CAPITULO III- A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Algumas profissões, pelos riscos que representam para a sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. O erro profissional, em certos casos, pode ser fatal, razão pela qual é preciso preencher requisitos legais para exercício de determinadas atividades laborativas, que vão desde a diplomação em curso universitário, destinado a dar ao profissional habilitação técnica específica, até a inscrição em órgão especial. Estão nesse elenco médicos, dentistas, farmacêuticos, engenheiros etc.

A responsabilidade civil médica, segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, *“decorre da presença de um risco que determinadas profissões, em função de qualidade especial, representam na sociedade”*<sup>54</sup>

Prossegue o mesmo doutrinador afirmando que tal responsabilidade, em regra, é subjetiva, uma vez decorre de uma obrigação de meio e não de resultado. É que nesse caso,

A obrigação que o médico assume, á toda evidencia, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se da formula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e métodos da profissão, incluindo ai cuidados e conselhos.<sup>55</sup>

Tratando-se, portanto, de responsabilidade civil subjetiva, que, conforme visto anteriormente necessita da comprovação do elemento culpa para sua configuração.

---

<sup>54</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7ª Ed. Revista e atualizada, São Paulo:Atlas, 2007, p. 49.

<sup>55</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 7ª Ed. Revista e atualizada, São Paulo:Atlas, 2007, p. 360.

O caráter de fundamentalidade dessa profissão resta reconhecido por todos e se mostra destacado no próprio preâmbulo de seu Código e Ética.

Divergem, ainda, os doutrinadores sobre a natureza da avença celebrada entre médico e o paciente, sendo para alguns um contrato de prestação de serviços, e para outros um contrato. Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha.

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salva-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir.

Sergio Cavalieri diz que:

A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete curar, mas a prestar serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.<sup>56</sup>

Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual.

Fazendo um estudo de caso pode constatar, que a culpa e o erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta.

---

<sup>56</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**, p.373.



Destarte, o fato de não sobrevir a cura apetejada não implica no imediato reconhecimento de inexecução de uma obrigação, isso porque tais profissionais assumem obrigação de meio e não de resultado.

À luz da teoria da perda de uma chance, temos que a conduta, frequentemente omissiva, do profissional médico não causa a doença ou a morte do paciente, faz sim com que este perca a possibilidade de curar a moléstia ou chance de sobreviver. Ainda que culposa, a omissão médica não é a causa do dano, tão somente retirar do paciente a possibilidade, dando, na espécie, lugar a aplicação da responsabilidade pela chance perdida. Diferentemente, se o erro médico for o provocador *aborigedo* fato danoso, tem-se o dano causado diretamente pelo profissional, hipótese em que não há que se falar em perda de uma chance<sup>57</sup>.

Por seu turno, Sergio Savi, assim se manifesta:

Suponha que um doente tem a possibilidade de sarar sob a condição de que o médico trate corretamente e que reste provado que o erro médico é considerado causal. Contudo, tal erro não causa a doença, mas tão somente faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada<sup>58</sup>.

Conquanto seja viva a controvérsia, sobre tudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação ode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo, do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

<sup>57</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.2003.p.27

<sup>58</sup> SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.p.24.

### 3.1 Responsabilidade Civil Médica e a Teoria da Perda de Uma Chance

O tema da responsabilidade civil do médico ganha, nos dias atuais, contornos de complexidade proporcionais ao próprio grau de especialidade e também caracteriza a ciência contemporânea, de modo que as regras gerais da responsabilidade civil mostram-se, numerosas vezes, suficientes para regular de modo satisfatório a multiplicidade de demandas decorrentes de atuação dos médicos nas sociedades.

Á semelhança da responsabilidade de outros profissionais liberais e de outras atividades exercida no cotidiano das sociedades de massas, a responsabilidade do médico se determina, em princípio, no ramo magistral do direito civil, sem prejuízo de eventual conduta médica constituir ilícito sujeito a normas alojadas em outros ramos da ciência jurídica, como o direito penal e o direito administrativo<sup>59</sup>.

A par da situação de a responsabilidade médica se emoldurar nos horizontes de estudo do Direito Civil, não faltam aqueles que defendem por uma necessária autonomia didática e científica desta matéria. Não obstante essa constatação em derredor do duplice regime de responsabilidade civil do médico, Ruy Rosado, evocando a doutrina de Clóvis do Couto e Silva, assevera que: “Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes consequências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contato social.”<sup>60</sup>

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, mas sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma oportunidade de ganho em favor do lesado, a chamada perda de uma chance clássica.

---

<sup>59</sup>SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.p.96.

<sup>60</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro.2013.p.7.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.p.27.

Nas hipóteses de Perda de uma Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso participasse até o fim.

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte. Aqui, a extensão do dano já está definida, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta.<sup>61</sup>

Sem descuidarmos dessa observação, é preciso afirmar que, no plano do jus positum, ainda se convive com um sistema dual de responsabilidade, persistindo válidas e vigentes as regras da responsabilidade contratual, que tem especial aplicação na esfera privada, onde os profissionais são criteriosamente escolhidos pelos pacientes/contratantes, que se vale da autonomia da vontade para contratar profissional que lhe inspira confiança, e também da responsabilidade aquilina, a qual prescinde de um liame jurídico preexistente para a sua caracterização.<sup>62</sup>

Esculpido na França (perte d' une chance), esse instituto tem se demonstrado como uma vertente da responsabilidade civil, visto que consubstancia a possibilidade de exigir indenização por conta da aniquilação da chance de se conquistar algo ou repelir algum prejuízo.

---

<sup>61</sup>Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. acesso em 12/12/2017 AS 22:38horas.

<sup>62</sup>Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. acesso em 12/12/2017 AS 22:38horas.

Nesse país se verificou, inicialmente, a maior dedicação doutrinária e jurisprudencial no tocante a temática da perda de uma chance. Em virtude dos estudos desenvolvidos na França, passou-se a defender a existência de um dano que decorreria do resultado final.

A doutrina debruçou-se, então a desenvolver uma teoria específica para tais situações, no intuito de defender a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, distinguiu-se o resultado perdido da possibilidade (chance) de uma chance.

Antes disso, o Direito ignorava o dano decorrente da perda de uma oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, visto que não era possível afirmar, com certeza, que sem o ato lesivo a benesse seria atingida. Ou seja, ignorava o dano diverso da perda da vantagem, consiste na perda da oportunidade de se obter aquela vantagem, consistente na perda da oportunidade de se obter aquela vantagem

Inobstante, a dinamicidade do cotidiano hodierno projetou luzes na necessidade de se reparar danos que possuem causas intangíveis, fazendo com que fatos como quebra de expectativa ou confiança, avilte à privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha fossem considerados plenamente reparáveis. Face essa perspectiva de modificação e evolução na aplicação da responsabilidade civil, é a teoria da perda de uma chance, o campo de observação mais fértil e sofisticado para uma nova análise dos requisitos clássicos da responsabilidade civil.

Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da “*conditio sine qua non*”, que é pressuposto infestável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

De acordo com o Acórdão em anexo a solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização,

passível se ser invocada nas hipóteses em que não se pode apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual a conduta pode ter contribuído, mas apenas chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido “risco sistemático” não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.<sup>63</sup>

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que “ não se pode afirmar a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo ocorrido, embora numa incidência menor”. Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, havia possibilidade de cura para a paciente. A diferença é que o médico optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída” mas isso não faz com que ele possa assumir a culpa de uma chance perdida por uma possível cura.

Assim, a apuração da responsabilidade por erro médico depende do exame do caso concreto.

---

<sup>63</sup>Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. acesso em 12/12/2017 AS 18:00horas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve por objetivo, o estudo de caso da responsabilidade civil médica pela perda de uma chance. O interesse pelo tema abordado deu-se em razão do escasso conhecimento na atualidade e, principalmente por compor um dos quadros de dano indenizável na responsabilidade civil.

Analisando esses fatores, o TJ/PR, inicialmente, pondera que na decisão acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido a paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que o procedimento correto, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica. Vale dizer: ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência.

Os limites deste trabalho só nos permitem ligeiras considerações sobre a responsabilidade daquelas profissões que mais atuam na área social e que, conseqüentemente, mais repercutem na área jurídica.

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, ela é aferível, sim pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

Conclui segundo esse estudo de caso que a condenação do médico não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da perda de uma chance porquanto restaria ausente o indispensável nexos causal, como pressuposto do dever de indenizar. Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda de uma chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitara a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/legis.htm>> Acesso em 26 set.2017.

Brasil. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe20/02/2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 12/12/2017.

BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.**

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil.** 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.2003.

GAGLIANO. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda de uma chance de cura na responsabilidade civil médica,** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume IV. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance:** uma análise do direito comparado brasileiro.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil.4 V.7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : **JOÃO BATISTA NEIVA**  
**ADVOGADOS** : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)**  
**JOSEMAR PERUSSOLO**  
**RECORRIDO** : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**  
**REPR. POR** : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO** : **MANOEL DINIZ NETO**

**EMENTA**

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs.



# *Superior Tribunal de Justiça*

Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
Relatora



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)**

RECORRENTE : JOÃO BATISTA NEIVA  
ADVOGADOS : HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)  
JOSEMAR PERUSSOLO  
RECORRIDO : VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS  
REPR. POR : WILSON ROCHA DE OLIVEIRA  
ADVOGADO : MANOEL DINIZ NETO

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):**

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO BATISTA NEIVA, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/PR no julgamento de recurso de apelação.

**Ação:** de indenização por dano causado em virtude de erro médico, ajuizada pelo espólio de VILMA DE LIMA OLIVEIRA, pelo viúvo da *de cujus*, WILSON ROCHA DE OLIVEIRA e por seus filhos, em face do médico JOÃO BATISTA NEIVA. Alegam os autores na inicial que o réu tratou a falecida VILMA por força de um câncer de seio. Durante o tratamento da doença, alegam terem sido cometidos uma série de erros, entre os quais se destacam os seguintes: após o tratamento inicial da doença não foi recomendada quimioterapia; a mastectomia realizada foi parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical; não foi transmitida à paciente orientação para não mais engravidar; com o reaparecimento da doença, novamente o tratamento foi inadequado; o aparecimento de metástase foi negado pelo médico; entre outras alegações.

Houve prévio ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de provas, na qual o erro foi confirmado.

Em contestação, o réu negou todos os fatos, defendendo a adequação do tratamento por ele prescrito. Impugnou o laudo pericial. Também apresentou reconvenção, alegando que o processo conteria uma apologia ao suposto erro médico e

que a ele seria devida indenização, tanto pelo abalo psicológico, como pelo suposto dano de imagem decorrente da acusação de erro contra ele aviada.

**Sentença:** julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido formulado na reconvenção, condenando o réu a uma indenização de R\$ 120.000,00 pelo dano moral causado, mais a reparação do dano material alegado na inicial.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto pelo réu.

**Acórdão:** negou provimento ao recurso, aplicando à hipótese a teoria da Perda da Chance (fls. 1.069 a 1.093, e-STJ). Eis a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. CULPA DO MÉDICO AO ESCOLHER TERAPÊUTICA CONTRÁRIA AO CONSENSO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA. DEVER DE DISPENSAR AO PACIENTE A MELHOR TÉCNICA E TRATAMENTO POSSÍVEL. CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS. ERRO TAMBÉM NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

**Embargos de declaração:** interpostos, foram rejeitados (fls. 1.123 a 1.129, e-STJ).

**Recurso especial:** interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional (fls. 1.137 a 1.169, e-STJ). Alega-se violação dos arts.: (i) 131 e 458, II, do CPC, por deficiência de fundamentação do julgado; (ii) 145, §2º, do CPC, por impossibilidade de acolhimento de laudo pericial elaborado por profissional não especializado; (iii) 186 a 927 do CC/02 pela ausência de nexos causal que permitisse a condenação; (iv) 14, §4º do CDC que impede a responsabilização objetiva de profissionais liberais.

**Admissibilidade:** o recurso não foi admitido na origem, por decisão exarada pelo i. Des. Fernando de Oliveira, 1º Vice-Presidente do TJ/RS, à época, motivando a interposição do Ag 1.317.114/PR, a que dei provimento para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**  
**RECORRENTE** : **JOÃO BATISTA NEIVA**  
**ADVOGADOS** : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)**  
**JOSEMAR PERUSSOLO**  
**RECORRIDO** : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**  
**REPR. POR** : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**  
**ADVOGADO** : **MANOEL DINIZ NETO**

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):**

Cinge-se a lide a estabelecer, entre outras questões de natureza processual, se é razoável o critério adotado pelo TJ/PR ao apurar, com fundamento na teoria da Perda da Chance, a responsabilidade civil de um médico oncologista em hipótese em que a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer por ele adotado em paciente que, posteriormente, veio a óbito.

**I - Ausência de motivação do acórdão recorrido. Violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.**

O recorrente afirma que o acórdão recorrido é nulo por falta de fundamentação, já que acolheu "decisão do Juízo Monocrático, apesar de reconhecer que a sentença de 1º Grau obrou em equívoco ao deixar de indicar os motivos que levaram a prova pericial a ser rejeitada".

Contudo, não foi isso que ocorreu. O que o acórdão fez foi declarar válida a sentença que, para a rejeição da prova testemunhal, reportou-se ao parecer exarado pelo MP, na origem. A ressalva feita pelo acórdão foi de que teria sido mais adequado, ainda que não fosse imprescindível, que o juízo monocrático tivesse reproduzido os argumentos do referido parecer. Mas o próprio Tribunal, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito, reforça sua argumentação observando, em raciocínio correto, que "para as questões essencialmente técnicas o Código de Processo Civil admite um único meio de prova: a

pericial (arts. 400, II, 420, I), sem que as testemunhas, por mais conhecimentos que possuam na área, possam substituir o perito".

Com isso, a fundamentação do julgado tornou-se completa e não há, portanto, violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

**II - A necessidade de especialização do perito. Violação do art. 145, §2º, do CPC.**

Para o recorrente o TJ/PR violou o art. 145, §2º, do CPC, ao permitir que a perícia, relativa aos procedimentos a serem adotados para o tratamento de Câncer de Mama, fosse conduzida, não por oncologista, mas por médico com especialização em Ginecologia, Obstetrícia e Mastologia. Para o recorrente haveria, inclusive, uma incoerência séria no julgado, porquanto o TJ/PR afirma no acórdão, referindo-se à decisão quanto à mastectomia realizada, que "somente um médico com especialização na área poderia (...) dizer se o tumor tinha 2, 5 ou mais centímetros". Contudo, para a realização da perícia ele admite que um médico sem tal especialização dê a palavra final sobre a adequação do procedimento.

A matéria, contudo, não está prequestionada, ao menos com o enfoque pretendido pelo recorrente. Com efeito, ao julgar os embargos de declaração, o TJ/PR ponderou que a suposta falta de qualificação do perito não poderia ser impugnada naquela sede porquanto a questão "foi anteriormente resolvida em primeiro e em segundo grau - por este Tribunal no agravo de instrumento n. 281.212-2/00 (fls. 542 e seguintes) -, desfavoravelmente ao réu, reputando-se então sem vícios a prova pericial e dispensável a realização de uma segunda perícia".

Portanto, ao recorrente de pouco serviria impugnar diretamente o mérito da suposta violação à regra do art. 145, §2º, do CPC, que não foi abordado. Ele deveria ter impugnado o acórdão com o fundamento na suposta inexistência de coisa julgada acerca da matéria, que pudesse impedir sua reapreciação, solicitando, inclusive, conforme o caso, a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535 do CPC. Essa providência não foi tomada, o que leva à rejeição deste capítulo do recurso, seja por força do óbice do

Enunciado 283 da Súmula/STF, já que a decisão se sustenta por fundamento inatacado, seja por ausência de prequestionamento, atraindo o óbice dos Enunciados 282 e 356/STF, bem como 211 da Súmula/STJ.

### **III - Da indenização fixada. Perda da chance. Nexo causal.**

#### **III.a) A aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance na seara médica.**

O recorrente afirma que sua condenação não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da Perda da Chance porquanto restaria ausente o indispensável nexos causal, como pressuposto do dever de indenizar (arts. 186 e 927 do CC/02). Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta Corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da Perda da Chance, mas aqui sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma *oportunidade de ganho* em favor do lesado, a chamada *perda da chance clássica* (Fernando Noronha, *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*, Vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669) como ocorreu nos julgamentos: do EREsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

# Superior Tribunal de Justiça

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre *certeza* quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e *incerteza* quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma *redução percentual* do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia *interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte*. Aqui, a extensão do dano *já está definida*, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência denexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas *frustrou a oportunidade de uma cura incerta*. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada vem mencionando que a Teoria da Perda da Chance nas hipóteses de erro médico *não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado*. Tanto Fernando Noronha (op. cit.), como Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise de direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, p. 222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud*

Fernando Noronha, op. cit., 678), afirma que as situações de certeza quanto ao *resultado* e incerteza quanto à *causa* não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um *processo regular de produção de provas*, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização *integral*, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, *o critério seria de tudo ou nada*.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria "cessar de se lançar em acrobacias intelectuais - que são a porta aberta a todos os arbítrios - nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário".

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar ao julgamento de *improcedência do pedido*. Apenas nas hipóteses em que tal nexo estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o "paraíso de juízes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier". A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre "o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade". No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, op. loc. cit.)

Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocadamente, num processo de *mitigação do nexo causal*. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da "conditio sine qua non", que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.



A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexo causal*. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op. Cit., págs. 71 e ss) – conquanto esse autor não advogue a independência *chance*, como dano autônomo:

A disciplina do 'Law and Economics', tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como 'commodities', avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: 'a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo'.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexos de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma modalidade autônoma de dano. Nas palavras de Rafael

Peteffi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexos de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável." (págs. 75 e 76).

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a *chance*, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexos causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se *direto*. Não há necessidade de se apurar se o *bem final* (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a *chance de viver* lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas *quantificar esse dano*, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

Esta relatora não desconhece as graves críticas que esta posição pode suscitar. Os doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do tema manifestam justa preocupação com o "risco sistemático" inerente ao tema, receosos quanto à ampliação das possibilidades de relativização do nexos causal. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes considerações de Rafael Peteffi sobre o assunto:

(...) Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao '**perigo sistemático**' engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório.

Como a certeza absoluta em termos de nexos de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de

improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexó de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, 'medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz'. É por esta razão que René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso.

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexó causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido "risco sistemático" não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

"Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexó de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.

Em *Mckellips v. Saint Francis Hosp* e em *Roberson v. Counselman*, a Suprema Corte de Oklahoma e a Suprema Corte do Kansas, respectivamente, absorveram bem a matéria, afirmando, ao fundamentar as decisões, que os profissionais da saúde estariam totalmente livres de sua responsabilidade, mesmo em se tratando do erro mais grosseiro, se o paciente apresentasse poucas chances de viver.

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da

perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos."

Há, por derradeiro, uma última crítica à qualificação da perda da chance como direito autônomo à reparação civil. Trata-se da seguinte objeção, formulada por Rafael Peteffi (op. Cit., pág. 106 e 107):

“A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. Essa impossibilidade é cabalmente verificada pelo já comentado exercício de argumentação, efetuado por autores franceses e norte-americanos. Nesse sentido, se um médico comete um terrível erro técnico, aumentando o risco de morte de uma paciente (ou diminuindo as suas chances de viver) e, mesmo assim, o paciente recupera a sua saúde perfeita, a maioria da doutrina acredita que não há dano passível de reparação. Portanto, esse 'prejuízo distinto do benefício esperado' parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima”. (págs. 106 e 107)

Essa crítica, contudo, também não se sustenta. No exemplo fornecido por Peteffi não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Vale lembrar que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de “perda de chance clássica”, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência

mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

### **III.b) O preenchimento dos pressupostos da aplicação da Teoria da Perda da Chance na hipótese dos autos e a respectiva consequência.**

#### **III.b.1) Os pressupostos**

Definida a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance para a solução da hipótese dos autos, resta analisar, por um lado, o preenchimento de seus pressupostos, e por outro, a adequação das consequências extraídas a partir desses pressupostos pelo TJ/PR. Essa atividade, tendo em vista o óbice do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, tem necessariamente de partir das conclusões, quanto à prova, a que chegou o acórdão recorrido. Ou seja: não pode ser discutido nesta sede o fato, já reconhecido na origem, de que o tratamento dispensado à *de cuius* foi inadequado.

Importante ressaltar que esta discussão não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdadeiro, por um lado, que a *oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável* é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica a transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o 'de cuius' mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer

em todas as situações em que se pleiteia indenização por força do falecimento de um ente querido.

Estabelecido esse pressuposto, para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Analisando esses fatores, o TJ/PR, inicialmente, pondera que na decisão acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido a paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que *o procedimento correto*, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados *ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica*. Vale dizer: ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, *ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência*. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Da leitura do acórdão recorrido pode-se extrair que: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até a cura da paciente era real e concreta; (ii) que há uma relação direta entre o tratamento inadequado e a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompe o referido nexo de causalidade, entre o tratamento inadequado e a chance perdida; (iv) o dano final está provado, com a morte da vítima.

Analisando a prova dos autos, o TJ/PR concluiu que o procedimento adotado pelo réu não foi adequado porque, em primeiro lugar, a melhor decisão acerca da cirurgia a ser feita para tratamento de câncer de mama depende essencialmente do tamanho do tumor. Na hipótese dos autos, segundo se apurou na perícia, não era possível afirmar com certeza qual o tamanho do tumor que vitimava a paciente, de modo que a sua

classificação deveria ter sido estabelecida, necessariamente, como de tamanho *não definido*. Para hipóteses de tumores de tamanho não definido, a comunidade médica, segundo se apurou na perícia, jamais recomenda a cirurgia de quadrantectomia, mas a mastectomia radical.

Em segundo lugar, ficou estabelecido que a recomendação de quimioterapia e a radioterapia feita pelo réu, antes e depois da cirurgia, não observou o protocolo mais adequado, segundo a literatura médica atualizada, sendo que "na doença neoplásica a escolha do tratamento ideal se baseia em dados estatísticos mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento em que a chance de êxito ficou diminuída" (fl. 1.087, e-STJ).

Em terceiro lugar, "houve também culpa no acompanhamento pós-cirúrgico", uma vez que "o réu deveria ter solicitado outros exames" (fl. 1.088, e-STJ), como cintilografia óssea, mamografia, ultrassonografia de abdômen, raio-x de tórax. O médico, contudo, não seguiu esse procedimento.

Em quarto lugar, as chances de melhora ou mesmo de cura foram consideradas, pela análise do conjunto fático-probatório dos autos, *sérias e objetivas* pelo TJ/PR, uma vez que a perícia estabeleceu que "se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, as metástases poderiam ter surgido, mas com probabilidade menor que com o tratamento utilizado" (fl. 1.086, e-STJ). A vítima, assim, teria "chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevida menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva" (fl. 1.088, e-STJ). Nesse sentido, podem ser destacadas os seguintes trechos do laudo pericial, inteiramente acolhido pelo TJ/PR:

“11 – Se o requerido tivesse adotado outro tratamento desde o início, a metástase teria aparecido? Quais as probabilidades?

**Resposta:** Poderia ter aparecido. Mas, com uma probabilidade menor do que com o tratamento que foi utilizado.

12 – Se a requerida tivesse recebido o tratamento específico para a doença quando dos primeiros exames, quando apareceram as dores e as primeiras lesões, qual a probabilidade de cura?

**Resposta:** Probabilidade de cura muito baixa, porém, com melhor qualidade de vida.

13 – Após doze sessões de quimioterapia, com 03 diferentes drogas, os exames ainda revelam a doença em evolução. Se outro fosse o tratamento, quais as chances de ter sido controlada a doença?

**Resposta:** Depois do aparecimento das metástases, as chances de controlar a doença são poucas e difíceis.

14 – Queira o Sr. Perito prestar outros esclarecimentos que entender necessários.

**Resposta:** Sim, deveriam ter sido realizadas mamografias.  
(fls. 266 a 268, e-STJ)

Disso decorre que o pedido de dano moral formulado e deferido pelo TJ/PR teve como causa de pedir a imperícia médica que resultou numa verdadeira 'via crucis' para a vítima, especialmente no período de aparecimento da metástase e a sua morte. Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la.

### **III.b.2) As consequências - o valor da indenização**

Como dito acima, a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado.

O TJ/PR não desconhece esse fato. Contudo, não o aplica, ponderando que "para a indenização do dano moral" (...) "esse não pode ser o único critério a ser considerado pelo Juiz, exatamente pela característica do dano extrapatrimonial que o tornam de difícil mensuração". Segundo o acórdão recorrido, as peculiaridades da reparação por dano moral determinam que o "o número de chances perdidas passa a ser mais um critério dentre outros" (fl. 1.091, e-STJ).

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento



# Superior Tribunal de Justiça

em que a Perda da Chance leva a uma indenização "não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida", de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que "não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevivência previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade".

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfoury Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - "Responsabilidade Civil do Médico", Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), "em se tratando da perda de uma chance, a indenização já jamais poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida".

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a *redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil*. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede.

É, portanto, necessário dar solução à causa aplicando o direito à espécie, conforme determina o art. 257 do RI/STJ.

Na hipótese dos autos, há diversos momentos do tratamento em que podem ser identificadas falhas do médico responsável.

No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no

protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que "não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor" (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, ' e-STJ) e que "na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída".

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos *da sentença*, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, exclusivamente para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR, com correção monetária a partir da publicação da sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Sr. Presidente, também parabenizo a Sra. Ministra Nancy Andrichi pelo cuidadoso trabalho de pesquisa e de fundamentação.

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com o resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, e ela é aferível, sim, pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

No caso, de fato, houve imperícia. A fundamentação das decisões, na origem, é impecável. Todos os requisitos da teoria da perda de uma chance foram observados e graduados, de modo que, também no que tange à fixação da indenização, concordo com a eminente Relatora por entender que ali se encontram algumas características que agravam a conduta do médico. Os procedimentos corriqueiros não foram adotados por ele e houve algumas circunstâncias que demonstram que ele poderia ter informado à paciente mais adequadamente sobre aqueles riscos e sobre as possibilidades de sucesso que ela teria, caso adotasse uma outra terapêutica.

Então, concordo inteiramente com a eminente Relatora.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0078939-4

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.254.141 / PR**

Números Origem: 11642002 3595820028160001 415873402

PAUTA: 04/12/2012

JULGADO: 04/12/2012

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : **JOÃO BATISTA NEIVA**

ADVOGADOS : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)  
JOSEMAR PERUSSOLO**

RECORRIDO : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**

REPR. POR : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**

ADVOGADO : **MANOEL DINIZ NETO**

ASSUNTO: **DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil**

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.