

**UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ**

**SILVIO ATSUSHI OGATA**

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

**CURITIBA**

**2017**

**SILVIO ATSUSHI OGATA**

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná  
como requisito parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Artigas

**CURITIBA**

**2017**

**TERMO DE APROVAÇÃO**  
**SILVIO ATSUSHI OGATA**

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Esta monografia foi julgada e aprovada para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, \_\_\_\_\_ de 2017.

\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor Eduardo de Oliveira Leite  
Coordenador do Núcleo de Monografia Universidade Tuiuti do Paraná

\_\_\_\_\_  
Orientador: Prof. Doutor Marcelo Nogueira Artigas  
Universidade Tuiuti do Paraná

\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor  
Universidade Tuiuti do Paraná

\_\_\_\_\_  
Prof. Doutor  
Universidade Tuiuti do Paraná

## SUMÁRIO

<b>1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>4</b>
<b>2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>5</b>
<b>3 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>6</b>
<b>4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>7</b>
<b>5 EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL.....</b>	<b>9</b>
<b>6 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....</b>	<b>10</b>
<b>7 TEORIA DA PERDA DA CHANCE.....</b>	<b>14</b>
<b>8 TEORIA DA PERDA DA CHANCE E RESPONSABILIDADE MÉDICA.....</b>	<b>22</b>
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>34</b>

## 1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ser humano é um ente social que necessita viver em agrupamentos. A espécie humana sobreviveu em decorrência de sua capacidade de agir em grupo. Contudo, a convivência em sociedade origina inúmeros conflitos. No início o mais forte fisicamente impunha a sua vontade em oposição aos mais fracos. Como cita Diniz (2015, p. 27) “[...] nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracteriza pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.” Com a Lei de Talião iniciou-se a tentativa de uma proporcionalidade entre o mal causado e a sanção, sendo a vingança privada realizada conforme a célebre frase “olho por olho, dente por dente”. Na composição, o causador do dano poderia livrar-se do castigo imposto por meio de pagamento em pecúnia. A *Lex Aquilia de damno* criou determinados critérios para a indenização do prejuízo causado pelo ofensor, sendo uma evolução na reparação do dano criada pelo Direito Romano, que trouxe a noção da culpa como um dos pressupostos para a aplicação da sanção. A responsabilidade civil começa a ter os contornos atuais, a partir do século XIX, baseada nas obras do jurista francês Domat e com a introdução do Código de Napoleão, que no seu art. 1.382 prescreve a necessidade da culpa efetiva como pressuposto para a indenização do dano causado. No Brasil, o Código Civil de 1916, que no seu art. 159 assentava “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, insere de maneira expressa a responsabilização civil.

## 2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O vocábulo reponsabilidade provém do latim *respondere*, de *spondeo*, cuja tradução é garantir, responder por alguém, prometer. Cita Diniz (2015, p. 51) “A responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros” em decorrência de ilícito (responsabilidade subjetiva) ou do risco da atividade (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil pode advir de uma relação contratual ou extracontratual. Como cita Nader (2103, p. 8) “Dado o ato ilícito com todos os seus requisitos, inclusive o dano à vítima, têm-se de um lado o dever jurídico de reparação (*responsabilidade civil*) e, de outro, o direito subjetivo de à reparação”. Neste sentido:

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao *fundamento* (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa. (DINIZ, 2015 p. 29)

Nas palavras de Gonçalves (2016, p. 41) “[...] reponsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”.

A ideia correlaciona-se ao descumprimento de uma obrigação em que nasce a responsabilidade de restaurar, como na relação contratual, em que o inadimplemento resulta em responsabilidade do devedor. Outra origem da reponsabilidade é o ato ilícito, como cita o art. 186 CC “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nas palavras de Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 3) “É responsável todo aquele que está submetido a essa obrigação de reparar ou de sofrer a pena”.

Ainda temos os ensinamentos de Venosa (2010, p.1):

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

### 3 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A principal função da responsabilidade civil é a reparação do dano. Esta poderá ser de maneira específica ou *in natura* que representa ao retorno do *status quo* prévio de maneira idêntica antes do dano. Na maioria dos casos concretos, isto não ocorre, uma vez que efetuada a lesão, a probabilidade de retorno ao estado anterior é quase impossível. Sucede, portanto, a reparação por equivalente, estabelecendo-se um valor pecuniário que compense o dano imposto. O magistrado deverá valorar o dano emergente, lucro cessante e o dano moral, como cita o art. 944 do CC “a indenização mede-se pela extensão do dano” e determinar o *quantum* atualizado no momento da liquidação da sentença. Poderá ocorrer, também, a retratação nas situações fácticas em que for possível.

Nas palavras de Farias, Rosenvald e Braga Neto (2015, p. 37):

[...] o ordenamento jurídico tenderá a funcionar em uma ou mais dentre as seguintes direções: (I) repressão de comportamentos; (II) prevenção de comportamentos; (III) criação e distribuição de poderes; (IV) distribuição de bens. Especificamente, no setor da responsabilidade civil há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra. cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) *função reparatória*: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de equilíbrio patrimonial; (2) *função punitiva*: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) *função precaucional*: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.”

Desta forma a efetiva sanção civil do Poder Judiciário serve como prevenção geral negativa a fim de desestimular condutas nocivas à sociedade.

#### 4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O art. 186 do CC cita “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Temos, portanto, os elementos necessários para a responsabilização civil: ação ou omissão, culpa *latu sensu*, relação de causalidade e dano.

Na ação ou omissão, a responsabilidade é imputada, na maioria das vezes, por ato do próprio indivíduo. Desta maneira, segundo a responsabilidade subjetiva, mister a existência da culpa *latu sensu*, ou seja, do dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia ou imprudência). O dolo implica no ato voluntário e intencional de causar algum ilícito. Como alude o art. 186 do CC em um fazer, a ação, ou um deixar de fazer, a omissão. A ação é de fácil constatação, pois presume a intenção, dolosa ou culposa, de causar um dano ao bem alheio. A omissão, porém, é de maior complexidade, uma vez que se refere a um deixar de fazer, o qual dependerá da figura do garantidor, ou seja, o indivíduo que por imposição legal ou moral deveria ter atuado para evitar o ato ilícito.

A culpa *stricto sensu* relaciona-se à falta de diligência por negligência, imperícia ou imprudência. O agente não quer intencionalmente causar o ato, mas por não ter tomado as devidas precauções causa o dano. A negligência expressa falta de cuidado, desatenção ou preguiça. Imperícia é a incapacidade técnica, a carência de habilidade específica para a realização de uma atividade. Imprudência é atuar sem precaução, precipitadamente, sem ponderar pelo real resultado a ser obtido.

O legislador, contudo, adotou também, a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, na qual não há a necessidade da comprovação da culpa para a responsabilização civil. No parágrafo único do art. 927 temos *in verbis* “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. O Estado responde objetivamente, pois de acordo com o art. 37, § 6º da CRFB “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Nos casos



de acidentes aéreos com vítimas fatais, a doutrina e jurisprudência, também, adotam a responsabilização objetiva.

Pode existir a hipótese de responsabilização objetiva por ato de terceiro. Temos, por exemplo, o art. 932 do CC que estabelece a responsabilidade dos pais pelos atos dos seus filhos menores, o tutor ou curador pelo tutelado ou curatelado, o empregador por seus empregados e prepostos, os donos de hotéis pelos seus hóspedes, que como assenta o art. 933 do CC “[...] ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Nos casos de danos ao meio ambiente, aplica-se a Teoria do Risco Integral, não importando se o poluidor agiu com ou sem culpa ou se cometeu ato ilícito, bastando apenas à lesão ao meio ambiente. Sirvinkas (2016, p. 277) cita “A responsabilidade civil por dano causado por atividade poluidora também é objetiva. Tal responsabilidade está prevista no art. 14,§1º, da Lei n. 6938/81, c/c o art. 927, parágrafo único do CC [...]”.

A relação de causalidade refere-se ao liame entre o dano e sua causa. Se inexistente, não há a obrigação de indenizar. A causa determinante do dano seria a que tem maior probabilidade de produzir o resultado e/ou a do risco que é determinado pela lei.

O dano, que pode ser de origem material ou moral, deverá ser comprovado, pois como cita Gonçalves (2017, p. 61) “[...]nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”.

## 5 EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

Existem situações que possibilitam a exclusão do nexo de causalidade ou atenuação da responsabilidade, como por exemplo, quando o dano ocorre por culpa exclusiva da vítima, na culpa concorrente, culpa comum, culpa de terceiro, por motivo de força maior ou caso fortuito.

Na culpa exclusiva da vítima exclui-se toda a responsabilidade do causador do dano, pois nas palavras de Diniz (2015, p. 136) “[...] o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão”.

Na culpa concorrente a vítima colaborou de alguma forma no resultado danoso, permitindo que possa ser atenuada a responsabilidade do ofensor. Não há o desaparecimento do liame do nexo de causalidade, mas uma atenuação da responsabilidade que importará em redução do *quantum* indenizatório.

Trata-se de culpa comum quando ambos, ofensor e vítima, causaram culposamente o mesmo dano. Neste caso, poderá o juiz compensar as indenizações se as culpas forem iguais ou estabelecer a proporcionalidade da indenização se forem desiguais.

Se terceiro, isto é, qualquer pessoa além da vítima ou do agente, causar a lesão, o ofensor poderá solicitar a exclusão de sua responsabilidade.

O caso fortuito e a força maior necessitam que haja a ausência da culpa na produção dos acontecimentos e que sejam, também, inevitáveis.

## 6 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Existe uma crescente judicialização da medicina e o aumento exponencial dos litígios contra médicos. O exemplo mais pungente é o visto nos Estados Unidos, onde um grande número de pacientes pleiteiam indenizações milionárias, que em muitos casos estão inviabilizando diversas especialidades:

Existem fatores específicos responsáveis pela grande frequência de litígios contra médicos naquele país. E por isso já se chamou aquela nação de paraíso dos advogados. Esses profissionais encontram-se hoje em dia perfeitamente adestrados em conhecimentos médicos, uma vez que se publicam constantemente livros e revistas especializados para eles. Já começa a surgir uma nova classe de advogados – os juristas médicos. Desse modo, não se pode estranhar o aumento excessivo de processos nos Estados Unidos nestes últimos anos. Em 1998, chegaram a 60 mil demandas anuais. O custo da classe médica e seus seguros alcançaram uma cifra de 500 milhões de dólares por ano. No país inteiro, três de cada sete médicos já foram citados por responsabilidade médica [...]. (FRANÇA, 2017, p. 255-256)

A doutrina majoritária considera a atividade médica uma prestação de serviços de natureza contratual, embora alguns repute a sua natureza híbrida, *sui generis*, como afirma Oliveira (2007, p. 56) “[...] já que agrega à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais [...]”, como por exemplo o atendimento de alguém desmaiado na rua, caso em que não há um contrato, mas sim um dever moral solidário da prestação de atendimento. O exercício da medicina visa à cura das doenças, melhora da qualidade de vida do indivíduo e prolongar a existência humana de forma digna. A morte é um fato natural, cabendo ao profissional médico proporcionar condições de uma existência adequada ao enfermo até a ocorrência do curso final da vida.

A atividade médica, segundo Diniz (2105, p. 321), é uma obrigação de meios “[...] em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligências normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo”. Como afirma Kfoury (2003, p. 71) “o médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga”.

Assim, também, afirma Gonçalves (2016, p. 153) “O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”.

A responsabilidade médica é subjetiva. Existe a necessidade da comprovação da culpa, como podemos extrair do art. 14 § 4º do CDC “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Temos ainda o art. 951 do CC “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Na atividade médica são necessários alguns requisitos obrigatórios como o dever de informação que estabelece o esclarecimento ao paciente ou seu responsável sobre as condutas a serem tomadas para o tratamento, os riscos e possíveis consequências, como encontramos no Código de Ética Médica:

[...]

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

[...]

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

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

O termo de consentimento informado é um meio pelo qual o profissional de saúde presta os esclarecimentos necessários ao paciente, a fim de dirimir dúvidas quanto ao tratamento e condutas a serem empregadas para a cura de suas enfermidades. Neste sentido afirma Kfoury Neto (2003, p. 37) “Com efeito, o consentimento informado representa mais do que uma mera faculdade de escolha do médico, de dissenso (ou recusa) sobre uma terapia, ou mero requisito para afastar o espectro o espectro da negligência médica”.

O exercício da medicina requer atualização constante por meio de aprimoramento continuado, afim de que possa ser proporcionado o melhor e mais adequado tratamento ao paciente. Quando se alude à imperícia médica, deve ser avaliado este critério, como cita França (2017, p. 265):

Os erros de técnica são difíceis de serem apurados e, por isso, os magistrados devem se omitir dessa avaliação, valendo-se da experiência dos peritos, pois os métodos utilizados na prática médica são discutíveis e às vezes controversos. Por sua vez, *a culpa ordinária* não é difícil de

comprovação, como, por exemplo, a do médico que se ausenta do plantão, vindo um paciente sofrer dano pela sua omissão. A *culpa profissional*, esta não, traz certo grau de dificuldade na sua apreciação, pois nem sempre há consenso na utilidade e na indicação de uma técnica ou de uma conduta.

Na avaliação da conduta médica o paradigma a ser utilizado é o recomendado pelas comissões técnicas de cada sociedade nacional ou internacional, interessando o lapso temporal da ocorrência do fato jurídico, já que em decorrência da rápida evolução tecnológica, as condutas e tratamentos poderão ser diversos. Por exemplo, na década de 80 e 90, utilizava-se método cirúrgico, a vagotomia, como terapêutica da úlcera péptica. Atualmente são empregados medicamentos inibidores da bomba de cálcio. Como cita Coelho (1990, p. 266) “Há 10 ou mais anos, as operações para úlceras intratáveis ou complicadas eram frequentemente utilizadas”. A cirurgia trazia alguns efeitos indesejáveis ao paciente, mas era a eleita pela comunidade científica nesta época.

Os critérios adotados pelo profissional devem ser comparados com os do caso concreto e após avaliação de perito da especialidade, o juiz poderá utilizar as conclusões do laudo técnico para a sua convicção.

Além disto, deve o profissional prestar o devido acompanhamento do seu paciente, como, por exemplo, após uma cirurgia, como afirma o art. 3º do capítulo III do Código de Ética Médica onde é vedado “Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente”.

França (2017, p. 268) elenca os critérios necessários para a responsabilidade médica:

1. *O autor.* É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; se não além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
2. *O ato.* Deverá ser o resultado danoso de um ato ilícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
3. *A culpa.* Consiste na ausência de dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar: por negligência, imprudência ou imperícia.  
[...]
4. *O dano.* Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer, é condição indispensável.  
[...]
5. *O nexa causal.* É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado licitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente.

Venosa (2010, p. 146) afirma “[...] a responsabilidade do médico será, em regra, aferida mediante cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso. Em Medicina, como em Direito, há casos semelhantes, mas não idênticos”.

## 7 TEORIA DA PERDA DA CHANCE

A evolução da responsabilidade civil abarcando a ideia de reparação integral trouxe novas hipóteses de compensação do dano. Surge uma nova vertente que é a probabilidade da chance perdida ser causa de possível indenização. A sua origem remonta ao século XIX, por meio da doutrina francesa, que no ano de 1889, por uma decisão da Corte de Cassação condenou um funcionário ministerial, que impossibilitou um cidadão de propor uma demanda. No início do século XX, temos na jurisprudência inglesa, o caso *Chaplin versus Hicks*, em que a autora reclamava prejuízo por ser impedida de participar de determinada etapa de um concurso de beleza em que concorriam 50 pessoas. A autora poderia ganhar um dos 12 prêmios, com uma probabilidade de 24 por cento (12 prêmios divididos pelas 50 concorrentes) . Como afirma Nader (2013, p. 74) “A imputabilidade, nestes casos, exige que a perda de chance seja *real* e não de remota probabilidade. Há de trazer uma frustração patrimonial ou moral à vítima”.

A probabilidade da perda da chance deve ser analisada, portanto, dentro do curso natural de acontecimentos, que uma vez interrompido poderia levar a uma real vantagem à vítima do ocorrido. Como afirma Gondim (2013, p. 57) “[...] a aplicação da teoria percorre caminhos tortuosos que devem ser destacados e serão objetos de estudo no presente trabalho, seja para evitar a reparação indevida, seja para permitir que a efetiva chance perdida não deixe de ser reparada”.

A compensação baseada na perda de uma chance justifica-se na necessidade de ampliação dos danos reparáveis, que foram confirmados nos arts. 3º e 5º da CRFB e no basilar Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, houve um incremento no rol de possibilidades do ressarcimento da vítima.

A doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto à classificação da perda de uma chance. Alguns a consideram dentro do dano emergente. Contudo dano emergente é o efetivo e que de forma concreta diminui o patrimônio do lesado. Para outros é lucro cessante, entretanto nesta modalidade a previsibilidade de ocorrência é certa, existe o *an debeatur*. Pode-se ter dúvida quanto ao seu valor, o *quantum debeatur*, como no clássico exemplo do taxista que fica impossibilitado de trabalhar temporariamente em decorrência de acidente automobilístico causado por culpa de terceiro; nesta situação haverá a indenização pelo dano emergente gerado pelos estragos no seu carro e lucro cessante pelo tempo que deixou de atuar, cujo

valor deverá abarcar a totalidade do ganho. Na perda de uma chance o ressarcimento é relativo a uma probabilidade, uma expectativa de fato, que pode ou não ocorrer. Cita Amaral (2014, p. 115) que alguns a consideram uma terceira categoria, já que “[...] com a perda da chance não ocorre uma diminuição do patrimônio do lesado, de um bem já adquirido, nem se apresenta a hipótese de uma perda de vantagem futura e certa [...]”, mas “[...] a perda da possibilidade, da esperança de alcançar um incremento patrimonial”. Neste sentido temos a decisão do Ministro Luís Felipe Salomão “A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro [...]”:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010).

Ainda nesta linha de pensamento Venosa (2010, p. 40) afirma:

[...] O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior



obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano. Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes [...].

O exemplo mais notório da jurisprudência brasileira é o julgado pelo STJ do show do milhão, que reconheceu a possibilidade da aplicação da teoria de perda de uma chance, determinando a indenização do valor de 25 % da probabilidade do ganho de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), cuja ementa transcrevemos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA TELEVISIVO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS - BOA-FÉ OBJETIVA DO PARTICIPANTE - CONTRATO QUE ESTABELECEIA OBRA-BASE COMPOSTA DE DUAS PARTES, UMA REAL E OUTRA FICTÍCIA - CONTRATO QUE NÃO OBRIGAVA A RESPONDER ERRADO DE ACORDO COM PARTE FICTÍCIA DA OBRA-BASE - PERDA DE UMA CHANCE - PECULIARIDADES DO CASO - PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5, 7, 282 e 356 DO STF. 1. - Programa "Vinte e Um", de que participante candidato cujo contrato de participação com a emissora televisiva, como firmado pelo Acórdão, "continha cláusula expressa no sentido de que a bibliografia básica para a formulação da perguntas seria uma determinada obra - 'Corinthians é Preto no Branco', a qual continha uma parte verdadeira, de cor preta, e uma parte fictícia, de cor branca, tendo o candidato sido desclassificado por responder o resultado correto de uma partida, que não se encontrava na parte correta, de cor preta, mas que constava, com resultado errado diverso, na parte fictícia de cor branca. 2. - Acórdão que reconhece direito a indenização por perda de uma chance de passagem a etapa seguinte, sob o fundamento de que "o que está implícito na cláusula contratual, a ser interpretada segundo o princípio da boa-fé objetiva e a causa do negócio jurídico, é que os dados reais, contidos na parte preta do livro, é que seriam levados em conta para a aferição da correção das respostas", de modo que, não constando, a resposta correta, da parte verdadeira, "eventual dubiedade, imprecisão ou contradição da cláusula deve ser interpretada contra quem a redigiu, no caso o réu STB", sendo que o julgamento "somente admitiria a improcedência da ação caso constasse da cláusula contratual o seguinte: I) a bibliografia que serviria como base das perguntas e respostas abrangerá a parte branca e a parte preta do livro; II) o programa de televisão versasse sobre o livro, e não sobre a história real do Corinthians". 3. - Acórdão que, por fim, funda-se também em "direito difuso à informação exata, desinteressada e transparente", ao passo que, "no caso concreto, o que foi vendido ao público telespectador é que um candidato responderia questões variadas sobre o Corinthians, e não sobre uma obra de ficção sobre o Corinthians", de modo que, não constando regência contratual do caso pela parte ficcional do livro-base, "é evidente que se na parte ficcional do livro (parte branca) constasse que o Corinthians venceu por dez vezes a Taça Libertadores da América, e por dez vezes foi campeão do mundo" e se se "formulasse questão a respeito, a resposta do autor não poderia ser irreal, sob pena de comprometer o formato do programa e frustrar o próprio interesse do público". 4. - Inocorrência de violação do disposto no art. 859 e parágrafos do CC/2002 pela procedência da ação. 5. - Interpretação do contrato dada pelo Tribunal de origem, após julgamento em Embargos Infringentes, a qual não pode ser alterada por esta Corte, sob pena de infringência da Súmula 5/STJ; fatos ocorridos, que igualmente não podem ser reexaminados, por vedado pela Súmula 7/STJ; ausência, ademais, de prequestionamento, sem interposição de Embargos de Declaração, o que

leva à incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 6. - Recurso Especial improvido.(STJ - REsp: 1383437 SP 2012/0079391-7, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

A aplicação desta teoria deve considerar que a chance perdida é certa e impossibilitou de forma inequívoca a obtenção da vantagem esperada. Portanto, o resultado final poderá ser aleatório, ou seja, trazer ou não o benefício almejado pelo autor. Ocorre a perda da oportunidade, da probabilidade de algum proveito benéfico futuro. Desta forma teremos o dano, representado pela perda efetiva da chance, a conduta que causou este dano e o nexo causal entre a conduta e o prejuízo causado. A vítima tem uma expectativa de fato malograda pela interrupção da linha temporal natural dos acontecimentos que foi obstada por alguém. Como citam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2105, p. 231):

[...] o fato jurídico do dano retira de uma pessoa a oportunidade de obter uma situação financeira melhor. Por conseguinte, trata-se de uma projeção para o futuro sobre aquilo que aconteceria se não houvesse um comportamento antijurídico presente. Para abrir os horizontes, vamos supor que um candidato é aprovado em todas as fases de um concurso público e no dia do exame oral é atropelado no ponto de ônibus por um veículo, cujo condutor se encontrava visivelmente embriago. Podemos afirmar que o candidato foi despojado de uma chance. A chance de ser aprovado em um certame de provas e títulos era, naquele instante, uma legítima expectativa de acesso a uma função pública que já havia ingressado no patrimônio do ofendido. Com efeito, um patrimônio pode ser composto de bens materiais e imateriais. Naquela altura, a chance de aprovação era um bem jurídico intangível que já se encontrava na esfera subjetiva de titularidade da vítima.

O objeto de ressarcimento é a frustração que advém da não obtenção da vantagem esperada. Este prejuízo deve ser comprovado, não sendo suficiente apenas alegá-lo. O Desembargador Marcelo Lima Buhatem assim prolatou: “Oportuno sublinhar que o sentido jurídico de "chance" é a probabilidade real de alguém obter lucro ou evitar prejuízo. Ressarcimento não pela vantagem em si, que foi perdida, mas sim pela perda da oportunidade, o que é totalmente desvinculado do resultado final”, cuja ementa é:

DIREITO DO CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL EXTRAVIO DE BAGAGEM - RELAÇÃO DE CONSUMO RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FATO DO SERVIÇO TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO - DOCUMENTOS ACOSTADOS QUE RATIFICAM A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE E FUNDAMENTAM O PLEITO DE DANO MORAL TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - AUTOR, PROFISSIONAL NA MODALIDADE DE TIRO ESPORTIVO E COMPETIDOR DE ALTO NÍVEL, VIAJOU PARA PARTICIPAR DE CAMPEONATO MUNDIAL, COMO

INTEGRANTE DA DELEGAÇÃO DE ATLETAS BRASILEIROS - EXTRAVIO DA BAGAGEM CONTENDO SUAS ARMAS - REALIZAÇÃO DE PROVA COM USO DE PISTOLA SIMILAR - REDUÇÃO SIGNIFICATIVA NO DESEMPENHO DO AUTOR - REPARAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA - DANO MORAL IN RE IPSA - SÚMULA 45 DO TJRJ - PREJUÍZO DECORRENTE DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA - QUANTUM COMPENSATÓRIO CORRETAMENTE FIXADO E QUE MERECE SER MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Sentença de procedência, condenado a companhia aérea ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 99.520,00. Apelo da ré. 2. Relação Jurídica. A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio e perda de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, derogando-se as normas das Convenções Internacionais, mormente, aquelas relacionadas à indenização tarifada prevista na Convenção de Montreal. 3. Legitimidade passiva da ré. Celebração de contrato de transporte, sendo incontroverso nos autos que a apelante transportou o apelado do Rio de Janeiro a Lisboa, momento em que, segundo o autor, teria tido sua bagagem extraviada. Assim, portanto, deve ser refutada a alegação da apelante de ilegitimidade passiva ad causam. 4. Decadência do direito alegado. Inocorrência. A relação é consumerista, segundo se depreende do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Desta feita, para pretensão de ressarcimento do dano derivado de fato do serviço, o CDC estipula o prazo prescricional de cinco anos, a contar do "conhecimento do dano e de sua autoria" (art. 27 do CDC). Precedentes. 5. Teoria do risco do empreendimento. Todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa, pois a responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar a atividade de produzir, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. 6. Contrato de Transporte. Cláusula de incolumidade. O contrato de transporte traz implícito no seu conteúdo à chamada cláusula de incolumidade, segundo a qual o passageiro tem o direito de ser conduzido são e salvo, com seus pertences, ao local de destino. A responsabilidade do transportador de passageiros, portanto, não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de garantia. 7. Nexo de causalidade demonstrado através dos documentos acostados aos autos, tais como, a bilhete aéreo e e-mails trocados entre o autor e a companhia aérea, sendo fato incontroverso nos autos o extravio da bagagem, já que admitido pela ré. 8. Dano moral in re ipsa. Entendimento consolidado na Súmula 45 deste Tribunal, *ipsis litteris*: É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo. 9. Extravio e perda de bagagem que acarretam ao viajante transtornos e aborrecimentos incommensuráveis, que chega ao lugar de destino sem seus pertences e objetos pessoais, em nítida situação de vulnerabilidade. Registrem-se ainda, na hipótese em tela, além dos aborrecimentos inerentes ao infortúnio vivido por quaisquer passageiros em situação análoga, o caráter especial que reveste o conteúdo da bagagem extraviada - arma de competição que não pode ser substituída a contento - agrava ainda mais a situação vivenciada pelo apelado. 10. Teoria da perda de uma chance. Oportuno sublinhar que o sentido jurídico de "chance" é a probabilidade real de alguém obter lucro ou evitar prejuízo. Ressarcimento não pela vantagem em si, que foi perdida, mas sim pela perda da oportunidade, o que é totalmente desvinculado do resultado final. 11. Autor que realizou prova com equipamento emprestado, tendo seu desempenho significativamente reduzido, em importante campeonato mundial de tiro esportivo, que ocorre a cada 4 anos, no qual se disputavam vagas para os Jogos Olímpicos de Londres. 12. Prova da existência de possibilidade, real e séria, de conquista de uma situação futura melhor. Autor, militar da FAB, Tenente Coronel Aviador e profissional na modalidade de tiro esportivo, é competidor de alto

nível, ocupando excelentes lugares no ranking nacional, destacando-se a primeira colocação na modalidade de pistola de ar masculino, com medalhas conquistadas em Jogos Sul-Americanos e Pan-Americanos. 13. Prejuízo decorrente da legítima expectativa que o apelado possuía em angariar um benefício, qual seja, conquista de uma vaga para participar da Olimpíada de Londres, bem como de elevar seu nível para categoria mundial, aumentando assim o valor da ajuda financeira dada pelo COB. 14. Fixação do montante indenizatório que deve atender aos seus dois aspectos precípuos: o compensatório, nos limites da lesão suportada pela vítima; e o pedagógico-punitivo, cujo fim é inibir a contumácia do causador do dano. Soma-se a todo o exposto, o prejuízo para o apelado, decorrente da legítima expectativa que ele possuía em angariar um benefício. 15. Bagagem especial que restou extraviada em 25.07 e que somente foi entregue ao passageiro no dia 31.07 do mesmo ano, portanto, por cerca de 6 dias. Assim, no caso vertente, considerada a demora na devolução das armas, repercussão, os fatos e a lesão sofrida pelo apelado, afigura-se correta a verba compensatória arbitrada pelo juízo singular, merecendo, portanto, ser mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 04443167920108190001 RJ 0444316-79.2010.8.19.0001, Relator: DES. MARCELO LIMA BUHATEM, Data de Julgamento: 01/10/2013, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 22/01/2014)

Temos, ainda, a Apelação Cível n.º 471.982-0 da Quinta Câmara Cível, cujo relator o Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas decidiu “Autor com probabilidade efetiva de findar o concurso entre os três melhores trabalhos. Indenização calculada de acordo com a chance matemática de êxito” :

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE OBRA DE ARTE NO TRANSPORTE PARA UM EVENTO CULTURAL. (...) 2. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU EM PARTE DO PEDIDO. CONTRATO DE TRANSPORTE. Obras de arte que deixaram de chegar a tempo de concorrer a prêmios em mostra cultural. Ausência de responsabilidade da entidade realizadora do evento. Responsabilidade contratual somente da empresa transportadora. Indenização devida não só pelo valor do contrato (remessa e embalagem), mas também quanto aos insumos gastos para confecção da obra de arte. Concurso que exigia obra inédita. Imprestabilidade desta após a ocorrência da mostra. Indenização ainda pela ‘perda de uma chance’. Doutrina da ‘perte d’une chance’. Acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Autor com probabilidade efetiva de findar o concurso entre os três melhores trabalhos. Indenização calculada de acordo com a chance matemática de êxito. Majoração dos danos materiais e manutenção dos danos morais. Fixação razoável. Juros e correção tratados de forma correta. Reforma parcial da sentença, apelação da ré desprovida e apelação do autor provida em parte” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível n.º 471.982-0**. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008).

O autor da ação deve comprovar que o ato que interrompeu o curso natural dos acontecimentos efetivamente impediu a obtenção da vantagem pretendida. O cálculo da probabilidade desta deve ser verificado estatisticamente em comparação

com situações semelhantes ou assentado no senso comum da sociedade. Nas palavras de Kfoury (2003, p. 65) “[...] perda de uma chance indeniza-se, em realidade, a chance, a oportunidade subtraída à vítima”. Na decisão da Ministra Maria Isabel Gallotti, nos embargos de declaração no agravo regimental do agravo de instrumento nº 1.196.957 de 2012, reduziu para 1/30 o valor de indenização alusivo a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), que representaria a probabilidade de ganho no sorteio referente a uma casa, cuja ementa é:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE. 1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vales-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes. 2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas. 3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no hipermercado, não exime os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam. 4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado. 5. Ausência de publicidade enganosa ou fraude a justificar indenização por dano moral. O hipermercado sorteu as trinta casas prometidas entre os participantes, faltando apenas com o dever contratual de informar, a tempo, a autora do segundo sorteio. Não é consequência inerente a qualquer dano material a existência de dano moral indenizável. Não foram descritas nos autos consequências extrapatrimoniais passíveis de indenização em decorrência do aborrecimento de se ver a autora privada de participar do segundo sorteio. 6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (STJ - EDcl no AgRg no Ag: 1196957 DF 2009/0104129-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 10/04/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2012)

Afirmam Farias, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 233) “A doutrina preconiza que a perda de uma chance será indenizável quando a probabilidade de conseguir a vantagem esperada fosse superior a 50% (cinquenta por cento). Só assim demonstrado restará o *an debeatur*, faltando, somente, quantificar esse dano

(*quantum debeat*)". Contudo, como verificamos na jurisprudência, a fração indenizável da perda da chance é muito variável.

A perda da chance poderá ser a de evitar um prejuízo. A frustração causada é pela ausência ou falha na atuação que permitiu que um dano em curso ocorresse.

## 8 TEORIA DA PERDA DA CHANCE E RESPONSABILIDADE MÉDICA

O ato ilícito refere-se a não interrupção do processo que culminou com o dano:

Aqui, já está em andamento o processo causal que resultaria no dano final, que deixou de ser interrompido por um fato imputável ao agente. Em outras palavras, na perda de uma chance de obtenção de um proveito, há a certeza quanto à identificação do causador do dano, porém incerteza somente no tocante à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante a ser fixada. Todavia, nas situações em que a perda de uma chance se vincula ao erro médico, a incerteza não mais se localizada no dano experimentado, especialmente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza reside na própria contribuição causal do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força do curso normal da doença em si, e não pela falha de tratamento. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015 p. 236)

Estas hipóteses estão ligadas a responsabilidade civil em que se discute o erro médico. A incerteza não está no dano experimentado como, por exemplo, a morte do paciente. Aquela reside na participação do médico neste resultado (morte), uma vez que o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. A Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.254.141, assim se manifestou:

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. (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012)

Neste julgado reconheceu-se a autonomia do dano em relação a conduta do médico que, em tese, permitiu que o paciente tivesse a sua chance perdida em relação ao tratamento do câncer.

No caso da responsabilidade civil médica a frustração de obtenção da vantagem está na real possibilidade de perda da cura. A escolha de um tratamento equivocado ou a falha de um diagnóstico poderá acarretar a perda da chance de resolução da doença. Como afirmam Farias, Rosevald e Braga Netto (2015, p. 236):

Não se confunde esta variação da perda da chance com o erro médico clássico. Aqui, todo o processo patológico que conduzirá o paciente até a morte foi adequadamente causado pela conduta comissiva ou omissiva do profissional da medicina.

[...]

Contudo, cenário diverso se dá em casos nos quais não há como imputar de forma direta o evento morte ou lesão corporal ao comportamento do médico, pois o processo patológico que conduziu a um daqueles resultados já estava em andamento no momento da intervenção do profissional sobre o corpo do paciente.

A Ministra Nancy Andrighi manteve a decisão do Tribunal do Mato Grosso do Sul, que condenou médico ortopedista ao pagamento de indenização, acolhendo a aplicação da teoria de perda de uma chance, em decorrência da falta de acompanhamento adequado do paciente após a cirurgia realizada:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA. ACOMPANHAMENTO NO PÓS-OPERATÓRIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73. 2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. 4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo



legal a que teria sido dada interpretação divergente. 7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 10. A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada "ausência de tratamento em momento oportuno" (e-STJ fl. 519). 11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido. (STJ - REsp: 1622538 MS 2016/0065270-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2017)

Neste caso manteve-se a condenação do médico que efetuou a ressecção de um tumor na perna deste paciente, diagnosticado como benigno (encondroma). Passado alguns meses após a cirurgia, ocorreu a transformação maligna para o tipo histológico condrossarcoma no local da ressecção. Este fato pode ocorrer neste tumor ósseo, não sendo, portanto, erro de tratamento. Contudo, a paciente relatou fortes dores ao médico, que como consta nos autos só a atendeu meses depois, quando a doença estava em estágio avançado. Em decorrência disto, a aplicação da teoria da perda da chance é cabível. Reconheceu-se que houve falta do médico em não prestar o devido acompanhamento pós-cirúrgico.

Ainda temos outras decisões conflitantes quanto a utilização dos termos erro médico e a teoria da perda da chance dos tribunais pátrios:

RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - MORTE POR COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ÚLCERA GÁSTRICA - ERRO DE DIAGNÓSTICO - ATENDIMENTO MÉDICO QUE RESULTOU EM SIMPLES MEDICAÇÃO E LIBERAÇÃO DO PACIENTE POSTERIOR AGRAVAMENTO DO QUÁDRO CLÍNICO - ÓBITO SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - PLEITO REPARATÓRIO MOVIDO POR IRMÃ DA VÍTIMA - DANO MORAL EM RICOCHETE (PRÉJUDICE D'AFFECTION) - PARTE AUTORA QUE SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA - DANO MORAL CONFIGURADO - APELO DAS PARTES - FALHA DE DIAGNÓSTICO - CARACTERIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO - PROVA DE ERRO NO ATENDIMENTO QUE RESULTOU EM ÓBITO DA VÍTIMA - PERDA DE UMA CHANCE DE EVITAR-SE O INFAUSTO MAIOR RUPTURA DE ÚLCERA GÁSTRICA - PRESENÇA DE NEXO DE CAUSALIDADE - DEVER DE REPARAR CONFIGURADO MAJORAÇÃO - PARCIAL REFORMA DA SENTENÇA

PROVIMENTO DO RECURSO AUTORAL 1. Ação de indenização por danos morais sofridos em razão de alegado erro médico cometido em atendimento médico realizado por profissional da casa de saúde ré. 2. Narrou a parte autora, em síntese que seu irmão, apresentando quadro de palidez, inchaço abdominal fortes dores na região abdominal, sem urinar direito e cuspidando sangue quando procurou a casa de saúde ré, sendo atendida por um de seus médicos, deixando de ser internada, conforme exigia o caso, em razão da alegada falta de vagas. 3. Afirma que, no dia seguinte, voltou ao hospital, aonde seu irmão veio a falecer, após tentativa de malograda cirurgia, atribuindo tal fato às inadequadas condições de atendimento assim também à imprudência de lhe ter sido prescrito medicamento contraindicado para paciente portadoras de úlcera gástrica 4. A autora afirma que a ré descuroou-se no dever de diagnosticar corretamente o mal que a acometia devendo, pois, responder pelos danos por ela experimentados. 5. Sentença de procedência fundamentada no laudo médico do perito do juízo. 6. Condenação da ré ao pagamento das custas do funeral e à reparação pelos danos morais experimentados, fixados no valor de R\$20.000,00 7. Apelo autoral, pugnando a parcial reforma do decisum, sendo majorado o quantum indenizatório. 8. Apelo da ré, visando a exclusão de sua responsabilidade ou, ao menos, a redução da verba fixada a título de reparação por danos morais. 9. Resta evidente a presença dos elementos da relação de consumo. O irmão da autora se apresentava como consumidor padrão, nos termos do artigo 2º, caput, da Lei n.º 8.078/90 e, por sua vez, as ré como fornecedoras de serviços, nos termos do art. 3º, caput, do Código de Proteção e Defesa do Consumido. 10. Em regra, a titularidade à pretensão indenizatória pertence a quem diretamente suportou o prejuízo, o que na doutrina alemã é chamado de "Anspruch". No entanto, esta regra comporta exceções. 11. Segundo a teoria do dano em ricochete ("Reflexschaden" ou "Préjudice d'affection"), embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros, ensejando que a reparação possa ser reclamada não só pela vítima direta, mas também pelos ascendentes, descendentes e aqueles que se encontram em um círculo mais próximo de parentesco, guardando relação estreita de afeto com a vítima. 12. A relação de parentesco resta incontroversa, patente, pois a legitimidade ativa. 13. O ponto central da quaestio, tal como veio a lume do material probatório aqui produzido, consiste em se analisar a conduta da ré no Hospital onde se submeteu a procedimento cirúrgico e determinar se, a partir da apresentação clínica do irmão da parte autora na ocasião, havia evidências clínicas objetivas que indicassem a gravidade de seu quadro, de sorte a se configurar falha na prestação do serviço médico. 14. Neste passo, o laudo pericial foi enfático no sentido de não terem sido devidamente valorizados diversos dados de especial relevo na espécie, sendo, pois razões, possível atestar que houve falha de diagnóstico no momento em que prestado o atendimento realizado pelo médico preposto da ré, sendo correta sentença no que resolveu a lide a favor da autora. 15. Agregue-se, nesse sentido, a afirmação do douto expert, no sentido de que "Em nosso entender, pelo quadro apresentado e pelos resultados de exames clínico e complementares descritos no boletim do primeiro atendimento de pronto-socorro, o Sr. Mezaque deveria ter sido internado, com controle laboratorial e radiológico visando estabelecer diagnóstico definitivo e instituição de tratamento efetivo.". 16. Falha no dever de cautela. Necessidade de acompanhamento da paciente mediante a realização de novos e posteriores exames. 17. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Cabe ao consumidor provar, além do fato e do dano, que o serviço foi mal prestado, ônus que foi devidamente cumprido na presente causa. Inexistência de qualquer comprovação de que o mal que efetivamente atingia a autora estivesse fora do âmbito de previsibilidade clínica da ré. 18. Configurado, de modo inegável, o dano moral aqui reclamado pela parte autora, que devido à conduta aqui reclamada perdeu a

chance de ter um diagnóstico correto, o que poderia ter evitado o agravamento do estado de saúde do irmão da autora, ocasionando seu óbito. 19. Quadro fático que, por certo, abalou o seu estado emocional, sendo mais do que evidente a angústia e a aflição vivida pelo espírito da parte autora, que viu seu irmão recorrer aos serviços da ré, por acreditar em sua eficiência e credibilidade, atendimento este que acabou a causa para o evento morte. 20. Levando-se em conta o caráter pedagógico-punitivo, na linha de precedentes jurisprudenciais, é de se fixar o valor da compensação de forma prudente, isto é, afastando o enriquecimento sem causa, mas, sem olvidar da fixação de valor que cumpra a finalidade de ordem psíquica, a transparecer que o dano moral foi devidamente compensado, e atentando-se para os critérios acima mencionados, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não se mostra adequado e suficiente para a reparação devida. 21. Provimento do recurso autoral. Majoração do quantum indenizatório para R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), como mais adequados aos reclamos de proporcionalidade e razoabilidade aplicáveis à espécie. 21. Sentença que se reforma parcialmente. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO AUTURAL (TJ-RJ - APL: 00031107220078190061 RJ 0003110-72.2007.8.19.0061, Relator: DES. MARCELO LIMA BUHATEM, Data de Julgamento: 04/09/2013, QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/11/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. PACIENTE COM LESÃO NO HEMITÓRAX. FACADA. DIAGNÓSTICO. LESÃO CARDÍACA NÃO CONSTATADA. RECURSOS TÉCNICOS NÃO DISPONÍVEIS NA LOCALIDADE. FALHA NO DEVER DE INFORMAR AOS EFETIVOS RESPONSÁVEIS SOBRE A CARÊNCIA E RISCOS DA LESÃO NÃO EVIDENCIADA A NÍVEL CLÍNICO, EM QUE PESE POSSÍVEL. SOLICITAÇÃO DOS FAMILIARES A RESPEITO DE REMOÇÃO. NEGATIVA DE NECESSIDADE. MORTE QUE SOBREVÉM, POR PROBLEMAS CARDÍACOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS TIPIFICADOS. TJ-RS - AC: 70037818341 RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Data de Julgamento: 15/12/2010, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/01/2011)

RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO - ATENDIMENTO MÉDICO ACUSANDO INFECÇÃO URINÁRIA - POSTERIOR AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO DA PACIENTE QUANDO FOI CONSTATADA APENDICITE AGUDA COM ABSCESSO PEITONIAL - AUTORA QUE TEVE QUE SE SUBMETER A APENDICECTOMIA (REMOÇÃO DO APÊNDICE) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELO AUTURAL - REVISÃO DO DECISUM - FALHA DE DIAGNÓSTICO - CARACTERIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO - CONSTATAÇÃO DE QUE O ERRO NA REALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO QUE RESULTOU QUADRO INFECCIOSO OCASIONOU A PERDA DE UMA CHANCE DE EVITAR-SE O INFAUSTO MAIOR - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE MAIOR RISCO - PRESENÇA DE NEXO DE CAUSALIDADE - DEVER DE REPARAR CONFIGURADO - REFORMA DA SENTENÇA. 1. Ação de indenização por danos morais sofridos em razão de alegado erro médico cometido em atendimento médico realizado por profissional da casa de saúde ré. 2. Narrou a autora, em síntese que, apresentando quadro de fortes dores na região abdominal, procurou a casa de saúde ré, sendo atendida por um de seus médicos, que inicialmente diagnosticou o mal como infecção urinária, ocasião em que prescreveu medicamentos direcionados a tal patologia e a liberado. 3. Aduz, contudo, que, posteriormente, em razão da persistente dor, procurou atendimento no Hospital São Vicente de Paulo, vindo a ser diagnosticada apendicite aguda com abscesso peritoneal, tendo que se submeter a urgente cirurgia de apendicectomia (intervenção cirúrgica

destinada a proceder à remoção do apêndice). 4. A autora afirma que a ré descuroou-se no dever de diagnosticar corretamente o mal que a acometia devendo, pois, responder pelos danos por ela experimentados. 5. Sentença de improcedência fundamentada no laudo médico do perito do juízo. 6. Apelo autoral, pugnando a reforma do decisum, sendo acolhida a sua pretensão indenizatória. 7. Resta evidente a presença dos elementos da relação de consumo. A parte autora se apresenta como consumidor padrão, nos termos do artigo 2º, caput, da Lei n.º 8.078/90 e, por sua vez, as ré como fornecedoras de serviços, nos termos do art. 3º, caput, do Código de Proteção e Defesa do Consumido. 8. O ponto central da quaestio, tal como veio a lume do material probatório aqui produzido, consiste em se analisar a conduta da ré seis dias antes da internação da autora no Hospital onde se submeteu a procedimento cirúrgico e determinar se, a partir da apresentação clínica da autora na ocasião, havia evidência clínicas objetivas que indicasse a ocorrência de apendicite, de sorte a se configurar falha na prestação do serviço médico. 9. Não obstante o laudo pericial ter concluído que não foi possível atestar se houve falha de diagnóstico no momento em que prestado o atendimento realizado pelo médico preposto da ré, tal conclusão foi alcançada à luz da ausência de documentos médicos descrevendo o quadro clínico da autora, sendo certo que, diante das normas consumerista que regem a espécie, tais circunstâncias não podem ser resolvidas em desfavor da paciente. 10. Agregue-se o fato de que não somente foi receitado medicamento como também requisitado exame, cuja análise foi interpretada com uma pequena inflamação que, deveras, sem que fosse dada a devida importância, resultou na cirurgia de risco face ao quadro inflamatório avançado que se encontrava o apêndice. 11. Falha no dever de cautela. Necessidade de acompanhamento da paciente mediante a realização de novos e posteriores exames. 10. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Cabe ao consumidor provar, além do fato e do dano, que o serviço foi mal prestado, ônus que foi devidamente cumprido na presente causa. Inexistência de qualquer comprovação de que o mal que efetivamente atingia a autora estivesse fora do âmbito de previsibilidade clínica da ré. 11. Configurado, de modo inegável, o dano moral aqui reclamado pela parte autora, que devido à conduta aqui reclamada perdeu a chance de ter um diagnóstico correto, o que poderia ter evitado o agravamento do estado de saúde da paciente, ocasionando apendicite aguda, com abscesso peritoneal e conseqüente apendicectomia. 12. Quadro fático que, por certo, abalou o seu estado emocional, sendo mais do que evidente a angústia e a aflição vivida pelo espírito da consumidora, que recorreu aos serviços da ré, por acreditar em sua eficiência e credibilidade. 13. Levando-se em conta o caráter pedagógico-punitivo, na linha de precedentes jurisprudenciais, é de se fixar o valor da compensação de forma prudente, isto é, afastando o enriquecimento sem causa, mas, sem olvidar da fixação de valor que cumpra a finalidade de ordem psíquica, a transparecer que o dano moral foi devidamente compensado, e atentando-se para os critérios acima mencionados, o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) mostra-se adequado e suficiente para a reparação devida. 14. Sentença que se reforma. DOU PROVIMENTO AO RECURSO (TJ-RJ - APL: 00117308720118190205 RIO DE JANEIRO CAMPO GRANDE REGIONAL 6 VARA CÍVEL, Relator: MARCELO LIMA BUHATEM, Data de Julgamento: 05/12/2012, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/12/2012)

A aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é complexa. Quando ocorre o erro médico, por culpa *latu sensu*, e estando presentes o dano e nexos de causalidade, não há dúvidas quanto ao dever de indenizar. O agente

responderá pelos danos emergentes, lucros cessantes e dano moral. Aplica-se a teoria subjetiva consagrada no Código Civil.

A perda de uma chance não deve ser confundida, portanto, com o erro médico. Naquela foi a própria doença que causou os danos à vítima. A atuação médica não conduziu ao evento morte ou provocou lesões ao paciente. A dúvida a ser dirimida reside na possibilidade de alguma intercorrência no tratamento por erro inescusável do profissional, que de alguma maneira retirou a probabilidade de cura ou permitiu a ocorrência de sequelas maiores que as esperadas estatisticamente em virtude da doença. Estes erros estão, geralmente, ligados a deveres acessórios, como por exemplo, a informação correta, a escolha consensual do tratamento, o acompanhamento adequado do pós-cirúrgico, a demora na implantação do tratamento etc. Existe, portanto, um nexo de evitação, ou seja, a conduta não realizada permitirá consequências mais graves que o habitualmente esperado no curso da doença.

Se a atuação médica em nada influenciou na consequência natural da lesão verificada, não existe a possibilidade de aplicação da perda da chance, como podemos verificar nestas decisões :

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DEMANDA MOVIDA EM FACE DE HOSPITAL - AUTORA VÍTIMA DE TRAUMA DOMÉSTICO QUE LHE CAUSA AMPUTAÇÃO PARCIAL DO DEDO INDICADOR DA MÃO DIREITA - PACIENTE ENCAMINHADA AO NOSOCÔMIO COM A INTENÇÃO DE REIMPLANTE DO MEMBRO - IMPOSSIBILIDADE, ANTE A NATUREZA E LOCAL DA LESÃO - MÉDICO QUE PROCEDE À REGULARIZAÇÃO DO COTO -TEORIA DA PERDA DA CHANCE - INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO - PRETENSÃO DE REPARAÇÃO PELO PERÍODO DE ESPERA A QUE FOI SUBMETIDA A REQUERENTE - NÃO ACOLHIMENTO - MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA.RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 10ª C. Cível - AC - 1504437-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - - J. 11.08.2016) (TJ-PR - APL: 15044374 PR 1504437-4 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 11/08/2016, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1881 13/09/2016)

INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA DE CATARATA. ALEGAÇÃO DE QUE O ATENDIMENTO MÉDICO DISPONIBILIZADO À AUTORA NÃO FOI ADEQUADO. A CONTROVÉRSIA RESTRINGE-SE QUANTO AO FATO DE TER SIDO, OU NÃO, PRESTADO DE FORMA CORRETA O ATENDIMENTO MÉDICO AO QUAL FOI SUBMETIDO À AUTORA/APELANTE. LAUDO MÉDICO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE FALHA DE CONDUTA POR PARTES DOS MÉDICOS

ENVOLVIDOS NO ATENDIMENTO PRESTADO À AUTORA/APELANTE, QUER NA CASA DE SAÚDE RÉ/APELADA, QUER NOS DEMAIS LOCAIS. NAS OBRIGAÇÕES DE MEIO, O MÉDICO SE PROPÕE APENAS A EMPREGAR TODOS OS CUIDADOS E TÉCNICAS, DE ACORDO COM AS AQUISIÇÕES DA CIÊNCIA, DURANTE O TRATAMENTO DO PACIENTE. NA PRESENTE HIPÓTESE, NÃO HÁ NOS AUTOS PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS QUE ALEGA A AUTORA TER SOFRIDO E OS FATOS ATRIBUÍDOS AOS PREPOSTOS DA CASA DE SAÚDE RÉ, SENDO, PORTANTO, DANO MATERIAL E MORAL CORRETAMENTE AFASTADOS, DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO, EM ESPECIAL DA PROVA PERICIAL QUE COMPROVA A INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. VALIDADE DO LAUDO NÃO IMPUGNADO PELAS PARTES EM MOMENTO OPORTUNO. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL EM 2% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, NOS TERMOS DO § 11 DO ARTIGO 85 DO CPC. (TJ-RJ - APL: 00253146020128190021 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS 5 VARA CÍVEL, Relator: GUARACI DE CAMPOS VIANNA, Data de Julgamento: 20/06/2017, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/06/2017)

DECISÃO: Acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, não conhecer do reexame necessário; conhecer em parte da apelação do Estado e, nesta parte, dar parcial provimento; dar provimento à apelação da autora. EMENTA: APELANTE 1: ADRIANA APARECIDA DOVALIBE. APELANTE 2: ESTADO DO PARANÁ. APELADO 1: ADRIANA APARECIDA DOVALIBE. APELADO 2: ESTADO DO PARANÁ. APELADO 3: UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ. RELATOR: DES. RUBENS OLIVEIRA FONTOURA REEXAME NECESSÁRIO - CONDENAÇÃO INFERIOR AO VALOR DE ALÇADA - NÃO CONHECIMENTO. APELAÇÃO CÍVEL 2 (ESTADO) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA OBJETO DE DECISÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO - NÃO-CONHECIMENTO - INTERNAMENTO EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO ESTADUAL - TRABALHO DE PARTO COM INTERCORRÊNCIA DE DISTÓCIA DE OMBRO, MORTE DO FETO POR ANOXIA E SEQUELAS NA REQUERENTE - ERRO MÉDICO AFASTADO - RECONHECIMENTO DE DEMORA NO ATENDIMENTO TÃO-SOMENTE PELA EQUIPE DE ENFERMAGEM - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA RECONHECIDA PELA SENTENÇA - ALEGAÇÕES DE OMISSÃO IGUALMENTE ANALISADAS, RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - FUNDAMENTOS DA SENTENÇA GENERICAMENTE INFIRMADOS - ADSTRIÇÃO PELO PRINCÍPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELATUM" - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE A VERBA CONDENATÓRIA - INAPLICABILIDADE DA LEI ESTADUAL 12.601/99 E DO ART 100 DA CF - RESSALVA DA NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS NOS TERMOS PREVISTOS PELA SÚMULA VINCULANTE N.º 17 - SENTENÇA REFORMADA APENAS NESTE TÓPICO - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL 1 - PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE COM O EVENTO DANOSO - OMISSÃO DA EQUIPE DE ENFERMAGEM EM REPORTAR O INÍCIO DO TRABALHO DE PARTO AO MÉDICO OBSTETRA - FETO EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE VIABILIDADE ATÉ O MOMENTO DA INTERCORRÊNCIA - PERDA DA CHANCE DE ATENDIMENTO TEMPESTIVO - FRUSTRAÇÃO DA OPORTUNIDADE DE EVITAR OU MINIMIZAR O TEMPO DE ANOXIA DECORRENTE DE DISTÓCIA - MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS,

PARA CONTEMPLAR A REPARAÇÃO PELA MORTE - SENTENÇA REFORMADA NESTA PARTE - RECURSO PROVIDO. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.581.182-6, da Comarca de Cascavel, em que são apelantes e apelados, respectiva e reciprocamente, ADRIANA APARECIDA DOVALIBE e ESTADO DO PARANÁ. I - RELATÓRIO (TJPR - 1ª C.Cível - ACR - 1581182-6 - Cascavel - Rel.: Rubens Oliveira Fontoura - Unânime - - J. 21.03.2017)

Como obrigação de meio, o profissional deverá zelar e aplicar todas as técnicas disponíveis para a tentativa de cura. Assim dispõe o artigo II do Código de Ética Médica “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. A ciência médica é baseada em evidências científicas que deverão nortear a conduta do profissional da saúde.

Na análise do caso concreto deverá ser aferida se por culpa do médico houve o comprometimento das chances de melhor sobrevida ou cura do paciente. Em seu livro Responsabilidade Civil do Médico, Miguel Kfourri Neto, cita:

Na Espanha, um homem teve a mão amputada - e os médicos que o atenderam puseram a mão num recipiente com gelo e encaminharam a vítima ao hospital onde seria realizado o reimplante. Ocorre que o acondicionamento se fez em recipiente com gelo natural, não gelo sintético - e aquela extremidade do membro superior chegou ao hospital em avançado estado de congelamento. Por isso, o reimplante foi mal sucedido - e os médicos que acondicionaram a mão de forma inadequada, condenados a pagar a soma de um milhão e meio de pesetas ao acidentado, pela perda de, ao menos, ver a mão reimplantada. (KFOURI, 2003, p. 66)

Como verificado no fato descrito, por falta de cuidado médico, este homem perdeu a chance de um reimplante de sucesso. Contudo, poderemos ter a seguinte situação hipotética em que um paciente com câncer em estágio avançado poderia utilizar dois tipos de quimioterapia, uma aprovada pela Agência Nacional de Saúde e pela comunidade científica e outra em fase final de testes humanos, mas com resultados promissores. O profissional indica o tratamento padrão aprovado, mas deixa de informar ao paciente o outro tratamento ainda não homologado definitivamente. Passado algum tempo, este tratamento é ratificado e percebe-se que é mais eficiente. Neste caso hipotético poderíamos utilizar a teoria da perda de uma chance, mas em razão da falta de informação do médico, pois cabe também ao doente a escolha do tratamento a que quer se submeter, conforme assenta o Código de Ética Médica. Caso as duas opções de tratamento lhe fossem ofertadas e de comum acordo, médico e paciente, uma fosse a escolhida, não é possível, a

princípio, em se questionar a perda de uma chance, pois o dever de informação foi cumprido.

Ainda temos as circunstâncias em que pode ocorrer o erro escusável, que segundo Amaral (2104, p.132) “[...] é aquele que qualquer profissional nas mesmas condições, cometeria”. Existem diagnósticos, que mesmo com todo o avanço tecnológico e zelo profissional, ainda são complexos. Nestes casos, devidamente comprovados pela experiência comum e perícias, afastariam a culpa. Afirma neste sentido França (2017, p. 261):

Discute-se muito se o médico responde por *erro de diagnóstico* ou por *erro de conduta*. A maioria tem se pronunciado admitindo que o erro de diagnóstico não é culpável, desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência; que o médico não tenha levado em conta as análises e resultados durante a emissão do diagnóstico, valendo-se do chamado “olho clínico”, ou que tenha optado por uma hipótese remota ou absurda”.

Kfourri (2003, p. 90) também cita que a determinação da responsabilidade médica decorrente de erro diagnóstico é difícil:

[...] porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica.

[...] O erro diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro.

A dificuldade em se enquadrar a perda de uma chance em dano emergente, lucro cessante ou uma forma híbrida é constatada em várias decisões judiciais. Se existe a comprovação de erro médico, a reparação deverá abarcar os prejuízos causados e os que poderiam ser auferidos futuramente, como preceitua o art. 949 do CC “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. No caso da perda da chance, a indenização abrange a perda da oportunidade de obter uma vantagem, ou seja, do resultado favorável no tratamento.

A jurisprudência francesa tem adotado a teoria da perda da chance de sobrevivência ou de cura. O elemento primordial que determina a indenização é a perda de uma chance favorável ao tratamento. O *quantum* indenizatório será a fração corresponde a chance perdida, uma vez que o prejuízo final não é integralmente ressarcido. O valor a ser liquidado, entretanto, dependerá da análise



subjetiva de cada julgador e da comparação com o arbitrado em casos semelhantes, sendo, portanto, de difícil mensuração.

Somente no caso concreto é que se poderá avaliar a aplicação da perda de oportunidade, a qual deverá considerar os meios disponíveis para tratamento ao tempo da descoberta da doença e o senso comum da sociedade médica na conduta a ser adotada.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica ainda é um tema árduo e complexo. Não existe uma padronização adequada nas decisões judiciais, a fim de garantir aos jurisdicionados uma real tutela de seus direitos. Os julgados são conflitantes uma vez que se confundem os institutos do erro médico e a perda da chance. O erro médico está fundamentado na teoria subjetiva, com a comprovação da culpa, nexo de causalidade e o dano efetivo ao bem jurídico protegido. A consequência deste feito ensejará em indenização à vítima em toda a extensão do dano. A teoria da perda da chance ainda não têm parâmetros definitivos, contudo em sua utilização deverá ser avaliado o ato médico que influenciou no curso natural dos acontecimentos permitindo a perda da oportunidade de cura e da ocorrência de sequelas maiores em virtude da história presumível da doença. A indenização será uma fração baseada em estatísticas de probabilidade.

A perda de uma chance é uma modalidade *sui generis* de indenização que pode ser utilizada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, não é imputado ao agente o resultado final para o qual sua conduta possa de alguma forma ter contribuído, atribui-se a ele, contudo, a perda da oportunidade que privou do paciente. Desta maneira, em consonância com os Princípios da Dignidade Pessoa Humana e Reparação Integral do Dano, amplia-se o rol de hipóteses para a responsabilização civil.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zunin Mattos. *Responsabilidade Civil Pela Perda da Chance – Natureza Jurídica e Quantificação do Dano*. Paraná: Juruá, 2015.

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. *Erro Médico – A Responsabilidade Jurídica pelos Danos Causados aos Pacientes na Atuação dos Médicos, dos Hospitais e das Operadoras dos Planos de Saúde*. Paraná: Juruá, 2014.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L/10496compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L/10496compilada.htm)>. Acesso em: 1 set. 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 1 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 1 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.190.180-RS. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, T4 - QUARTA TURMA julgado em 16/11/2010). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017 .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1383437 SP 2012/0079391-7, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3 - Terceira turma, Data de Publicação: DJe 06/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017 .

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 04443167920108190001 RJ 0444316-79.2010.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 01/10/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 22/01/2014 . Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 471.982-0. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Ag: 1196957 DF 2009/0104129-6, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 10/04/2012, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 18/04/2012) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017 .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1622538 MS 2016/0065270-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 21/03/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 24/03/2017). Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - APL: 00031107220078190061 RJ 0003110-72.2007.8.19.0061, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 04/09/2013, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 07/11/2013). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AC - 1504437-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - - J. 11.08.2016) (TJ-PR - APL: 15044374 PR 1504437-4 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 11/08/2016, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1881 13/09/2016). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00253146020128190021 Rio de Janeiro Duque de Caxias 5 Vara Cível, Relator: Guaraci de Campos Vianna, Data de Julgamento: 20/06/2017, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 22/06/2017). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. ACR - 1581182-6 - Cascavel - Rel.: Rubens Oliveira Fontoura - Unânime - - J. 21.03.2017). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia>>. Acesso em 1 set. 2017.

COELHO, Júlio. *Aparelho Digestivo: Clínica e Cirurgia*. v. I. Rio de Janeiro: MEDSI, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: Responsabilidade Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil, v. 3: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil 3 Esquematizado : Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A Reparação Civil na Teoria da Perda de Uma Chance*. São Paulo: Clássica, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, v. 7: Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. *Responsabilidade Civil dos Médicos. Repensando a Natureza Jurídica da Relação Médico-Paciente. Cirurgia Plástica Estética e seus Reflexos em Relação ao Ônus da Prova*. Paraná: Juruá, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2106.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, v. IV : Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.