

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

FELIPE WOLLERTT DE FRANÇA

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA PERDA DE UMA CHANCE

CURITIBA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO – DIURNO

FELIPE WOLLERTT DE FRANÇA

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

CURITIBA

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE WOLLERTT DE FRANÇA

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA PERDA DE UMA CHANCE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, examinada pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN  
Orientador

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

---

Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

## RESUMO

A partir do momento em que a pessoa passa a ser entendida como o ponto central da preocupação da responsabilidade civil, torna-se necessária uma readequação dos seus requisitos clássicos. Nesse contexto surge a teoria da perda de uma chance, a qual pretende garantir indenização a determinadas situações em que certo sujeito se vê privado da oportunidade de alcançar determinado benefício por interferência lesiva de outrem. Por outro lado, é crescente a preocupação com as questões decorrentes da responsabilidade civil referentes à área médica, na qual também passa a ser admitida a reparação pela perda de chances, porém sob outra perspectiva: trata-se da perda de uma chance de cura. Nela, a vítima não deixa de obter um benefício provável, mas tem uma possibilidade de cura ou sobrevivência prejudicada. A admissibilidade dessa teoria exige a observância de diversos parâmetros, os quais devem ser analisados com bastante rigor pela jurisprudência, responsável última pela conformação da teoria ao direito brasileiro.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil, responsabilidade médica, perda de uma chance, perda de uma chance de cura.

## ABSTRACT

From the moment the person is understood as the central point of concern of liability, it is necessary a readjustment of their classic requirements. In this context the theory of loss of a chance, which is intended to ensure compensation to certain situations in which a certain subject is deprived of the opportunity to achieve some benefit for detrimental interference of others. On the other hand, there is growing concern with issues arising from liability related to the medical field, which also happens to be allowed to repair the loss of chances, but from another perspective: it is the loss of a chance of healing . Here, the victim is nonetheless likely to obtain a benefit, but has the possibility of cure or survival impaired. The admissibility of this theory requires the observance of several parameters, which should be observed with great accuracy by law , responsible for the last conformation of the theory to the Brazilian law .

**Keywords:** tort liability, medical torts, loss of a chance,

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: AMPLIANDO OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	8
2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	9
2.2. A RECEPÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
<b>3. A PERDA DE UMA CHANCE APLICADA À SEARA MÉDICA: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA</b> .....	16
3.1. BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	16
3.2. A PERDA DE UMA CHANCE DE CURA.....	19
3.3. A ACEITAÇÃO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA.....	21
3.4. A NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO AOS DEMAIS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	23
3.5. ASPECTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA.....	24
3.6. A QUESTÃO DA CERTEZA E DAS CHANCES “SÉRIAS E REAIS”.....	27
3.7. A PERDA DE UMA CHANCE E O DEVER DE INFORMAR.....	30
3.8. O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO.....	33
3.9. ONUS DA PROVA.....	37
<b>4. COMENTÁRIOS SOBRE O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA</b> .....	39
4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	39
4.2. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE DE CURA.....	43
4.2.1 O RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622/DF.....	44
4.2.2. O RECURSO ESPECIAL 1.254.141/PR:.....	46
4.2.3. O RECURSO ESPECIAL 1.104.665/RS.....	48
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	50

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um ramo cada vez mais valorizado no direito brasileiro, sobretudo no que diz respeito à sua aplicação concreta, isto é, ao uso dessa categoria como instrumento de resolução de diversos conflitos pela jurisdição. Nesse viés, a busca pela máxima satisfação da vítima de uma lesão antijurídica mediante a reparação por parte do agente acaba nos colocando diante de situações que transbordam os limites que classicamente delimitam o âmbito da responsabilidade civil.

Dessa forma, é inevitável que os próprios pressupostos da responsabilidade civil acabem sendo alargados e muitas vezes relativizados: isso acontece de forma mais ampla com o ato ilícito e com a culpa, podendo se estender também ao dano e ao nexo de causalidade - hipóteses que, todavia, geram maior controvérsia.

Dentre essas novas figuras que ampliam o alcance e a significação da ideia de dano e que também relativizam a verificação do nexo causal entre o ato imputado a alguém e o dano causado a outrem está a chamada “perda de uma chance”, teoria de origem francesa que pode ser definida como a responsabilização de um agente em virtude de uma conduta que impossibilitou o exercício de uma oportunidade (chance) que potencialmente conduziria a alguma situação favorável para a vítima.

Em virtude da crescente importância que a atividade médica assume na responsabilidade civil, uma vez que a atuação desses profissionais envolvem diretamente os valores que nos são mais caros, a aplicação clássica da teoria da perda de uma chance acaba admitindo uma outra roupagem: trata-se da chamada teoria da perda de uma chance *de cura*. Sendo assim, surgem questionamentos naturais quanto à possibilidade de responsabilização do médico em virtude de não ter agido de forma esperada para evitar a ocorrência de um dano que efetivamente se verificou – por exemplo, em um erro de diagnóstico -, ainda que não haja nexo de causalidade entre a omissão e o dano. Essa situação não fere a necessidade de certeza do dano exigido para a responsabilização do agente? Se não, em que medida pode ser aplicada? Quais os critérios para

quantificar os danos? De que forma o tema tem sido entendido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência, em âmbito internacional? E no Brasil, como a teoria tem sido aplicada?

Verificada a relevância da discussão, o presente trabalho pretende analisar a forma como o tema é abordado na contemporaneidade, tendo como referência o direito comparado que dá suporte à teoria. Orientado para a análise da aplicação concreta do instituto no direito brasileiro, também busca compreender a direção para a qual a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil médica está se encaminhando, a partir da análise do tratamento das questões mais relevantes tratadas na jurisprudência.



## 2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: AMPLIANDO OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A evolução da responsabilidade civil observada a partir de meados do século XX trouxe para o centro da discussão jurídica a proteção da vítima contra os danos considerados injustos pelo ordenamento jurídico em detrimento do ato ilícito, outrora cerne do dever de indenizar<sup>1</sup>, em um crescente esforço de valorização do ser humano<sup>2</sup>: a pessoa humana passou a constituir o *epicentro dos epicentros*<sup>3</sup>.

Nesse novo modelo de compreensão da responsabilidade civil, chamado de paradigma solidarista<sup>4</sup>, em virtude da necessidade de repartir os riscos na vida social<sup>5</sup>, observa-se uma ampliação dos danos suscetíveis de reparação em três principais direções – em primeiro lugar, crescem as possibilidades de compensação dos danos extrapatrimoniais, antes renegados pelo direito civil; paralelamente, passa a ser reconhecida a necessidade de tutelar os danos transindividuais; por fim, abre-se espaço para a diminuição das exigências para o reconhecimento de certos danos<sup>6</sup>. Com base nesse último aspecto, os requisitos clássicos<sup>7</sup> exigidos para a reparação de danos passam a ser relativizados – isso se dá com mais força no elemento da culpa, mas também é observado em relação ao nexo de causalidade e ao próprio dano<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 111, 114-115.

<sup>2</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 538.

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação**. Artigo disponível em: <http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf> (acesso em 09/11/2013)

<sup>4</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 06.

<sup>5</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **Dever de indenizar**. In: O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P. 191

<sup>6</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações...**, 2007. P. 541-542.

<sup>7</sup> De forma ampla, podemos dizer que o *dever de indenizar* requer a reunião de três pressupostos: o dano, a antijuridicidade e o nexo de causalidade. SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 01.

<sup>8</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil ...**, 2013. P. 06. Já dizia Caio Mario da Silva Pereira ser justamente este o ponto gerador de maior discussão no âmbito da responsabilidade civil. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P.38.

Justamente diante desse contexto é que surge a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, por meio da qual se busca indenizar certos casos em que determinado ato praticado pelo agente interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam originar algum benefício a alguém<sup>9</sup>. Nessas situações, como a chance de realização desse evento foi interrompida, e, portanto, constitui uma incógnita, não é possível saber se sem essa ruptura o resultado útil teria ou não se concretizado<sup>10</sup>.

## 2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Durante muito tempo, o dano envolvendo a perda da oportunidade de obter uma vantagem foi ignorado pelo direito – diante da incerteza de que a vantagem seria obtida sem o ato do ofensor, não se cogitava a reparação de um dano diverso da perda da vantagem<sup>11</sup>. Essa dificuldade se relaciona com o fato de ser impossível recolocar a vítima na situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato que retirou sua chance<sup>12</sup>. Ao lado da questão da incerteza, a desconfiança em relação a esse tipo de dano também foi marcada pela própria dificuldade em elaborar a pretensão em juízo, de forma que muitas vezes se buscava, como base na perda de uma chance, reparar a própria perda da vantagem<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 669-670. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 74-75.

<sup>10</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 122. Embora essa posição não seja dotada de respaldo pela maior parte da doutrina, há quem entenda que o surgimento da teoria se insere num quadro de passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Assim entende ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 07.

<sup>11</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil ...**, 2012. P. 02. BERALDO e PEREIRA chamam atenção para o fato de que parte da doutrina entendia que haveria, caso admitida a teoria, verdadeiro enriquecimento ilícito. BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 179.

<sup>12</sup> *Desta álea advem a desconfiança, pouco justificada, com relação à aplicação do instituto*. ARAÚJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance**. IN: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006. P. 440.

<sup>13</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil ...**, 2012. P. 03.

Para superar essas questões, surgiu na França<sup>14</sup> uma teoria responsável por separar, nesses casos, o resultado efetivamente perdido da simples possibilidade de vir a consegui-lo<sup>15</sup>. A partir dessa nova leitura, a chance passou a ser compreendida como um verdadeiro *bem patrimonial, economicamente valorável e que integra patrimônio da vítima*<sup>16</sup>, de forma que a perda da oportunidade implicaria lesão a expectativa legítima manifestada sob a forma de dano autônomo, motivo pelo qual passaria a ser admitida como objeto da responsabilidade civil<sup>17</sup>.

Aos poucos, essa concepção passou a ser difundida pelo continente europeu, encontrando grande terreno na Inglaterra<sup>18</sup> e na Itália; neste, especificamente, a resistência inicial em relação à teoria, fundamentada principalmente na inexistência de dano certo, foi quebrada pela força da doutrina de Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola<sup>19</sup>.

A aceitação da teoria atraiu a atenção inclusive da doutrina ligada ao processo civil italiano, que passou a defender a quantificação da indenização com base em cálculo de êxito de acordo com as estatísticas judiciais; embora

---

<sup>14</sup> A maior parte da doutrina afirma que a primeira utilização do conceito de dano pela perda de uma chance na jurisprudência francesa é de 17 de julho de 1889: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 11. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista dos tribunais vol. 667, ano 80, maio de 1991. P. 09. Para CARANAÚBA, porém, não é esse o marco inicial da aplicação da teoria, eis que *até meados da década de 1930 não há qualquer referencia na jurisprudência francesa, direta ou indireta, à indenização pela perda de uma chance*. Segue dizendo o autor que no acórdão de 1889 era a própria vantagem final que se discutia, *a reparação das chances jamais foi aventada por qualquer dos envolvidos; nem pelas partes, nem pelos juízes*. CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 145-152.

<sup>15</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 03.

<sup>16</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 25-31.

<sup>17</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 33.

<sup>18</sup> A primeira aparição da teoria na common law se deu em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*. SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...** 2013. P. 11.

<sup>19</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil ...**, 2012. P. 04 e 07. Como exemplo dessa resistência na doutrina italiana, pode se citar ACCHIONI, o qual, a partir da análise do caso do cavalo não entregue a tempo da corrida, do quadro extraviado pelo correio a caminho de exposição e do advogado que perde o prazo, constatou que seriam fatos aleatórios, desagradáveis, mas sem valor jurídico, com efeitos limitados à esfera social. ACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti**. Padova: Cedam, 1940. apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 07-08.

criticado na época, hoje o recurso à estatística e ao estudo das probabilidades é um dos pontos mais relevantes para a aplicação da teoria<sup>20</sup>.

A partir daí a teoria foi se expandindo, de forma que hoje goza de ampla aplicação nos mais diversos segmentos do direito, sendo observado em casos de inadimplemento contratual ou ilícitos absolutos, tanto em casos de responsabilidade subjetiva quanto objetiva<sup>21</sup>. Sua generalizada aceitação, todavia, não se dá tanto pela sua base técnica - recheada de controvérsias - mas justamente pela preocupação com fatores sociais e econômicos que norteiam a responsabilidade civil, ampliando o conceito de dano no sentimento coletivo<sup>22</sup>. A perda de uma chance, nessa perspectiva, deixa de ser entendida como uma mera teoria jurídica, passando a constituir verdadeiro fenômeno social, fruto da reformulação do papel da responsabilidade civil na sociedade contemporânea<sup>23</sup>.

Para que tenha relevância ao direito, todavia, é preciso que a interrupção do mencionado processo tenha sido provocada por um fato antijurídico e acarrete um dano<sup>24</sup>, ou seja, que estejam preenchidos os demais elementos básicos da responsabilidade civil<sup>25</sup>. Além disso, doutrina e jurisprudência entendem de forma

---

<sup>20</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 20. Sobre o tema da utilização das probabilidades, afirma SILVA que a probabilidade *poder ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza*. SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 14. Em contrapartida, afirma SCHREIBER que *sem embargo da importância da estatística, o cálculo da probabilidade não pode partir senão da situação específica da vítima, não devendo o magistrado hesitar em se distanciar da média dos casos no momento de atribuir valor à chance perdida. Basta que o faça fundamentadamente, indicando os parâmetros utilizados de modo a assegurar à contraparte seu direito de impugná-los por meio dos recursos cabíveis*. SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 99-100.

<sup>21</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 11-12.

<sup>22</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance...**, 2011. P. 93. Também ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, out-dez/2009. P. 178.

<sup>23</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance ...**, 2011. P. 100.

<sup>24</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 670.

<sup>25</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005. P. 23. *A responsabilidade civil médica pela perda de chance de cura e de sobrevivência, não se difere do instituto da responsabilidade civil em geral, no que tange à necessidade de comprovar os seus elementos: conduta, nexó de causalidade e dano*. BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 190.

unânime que a indenização pelas chances perdidas depende de serem elas dotadas de um aspecto mínimo de seriedade.

## 2.2. A RECEPÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Até pouco tempo atrás, o tema referente à teoria da perda de uma chance era raramente tratado pelos autores brasileiros; atualmente, em contrapartida, embora o estudo careça de maior aprofundamento, observa-se grande intensificação do interesse doutrinário sobre ela<sup>26</sup>. De todo modo, é inegável o fato de que a perda de uma chance é amplamente aceita pela doutrina brasileira, seja ela clássica ou mais atual<sup>27</sup>, embora existam certas divergências entre os autores quanto à forma de enquadramento da natureza das chances perdidas - se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante<sup>28</sup>.

Os primeiros passos, porém, foram dados já há certo tempo, merecendo destaque o trabalho de AGUIAR DIAS em 1997 e, sobretudo, o de ALVIM em 1955<sup>29</sup>. Em artigo publicado em 1991, também afirmava COUTO E SILVA a importância da tutela das chances<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 191. CARNAÚBA aponta que a teoria passou a ganhar destaque no Brasil em meados dos anos 2000, especificamente. CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 140.

<sup>27</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 35-37.

<sup>28</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 46. A favor do enquadramento da perda de uma chance como lucro cessante, cite-se CAVALIERI FILHO: SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 14.

<sup>29</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 191-192. ALVIM, especificamente, admite a perda de chance como dano indenizável, ainda que sem fazer menção expressa a essa teoria: Ainda que não seja possível provar a existência direta do dano final, *outro dano há, resultante da mesma origem, o qual se pode provar e é, portanto, indenizável*. Trata-se de uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972. P. 191-193. Ainda dentro da doutrina mais tradicional, podemos citar PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 41.

<sup>30</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. *Revista dos tribunais* vol. 667, ano 80, maio de 1991. P. 09: *Além dos direitos subjetivos que podem ser lesados pelas atividades das pessoas, já mencionadas anteriormente,*

Antes do advento da Constituição da República ora vigente, todavia, um dos autores que negava aplicação da teoria no direito brasileiro era justamente COUTO E SILVA, por entender que os arts. 1.537<sup>31</sup> e 1.545<sup>32</sup> do Código Civil de 1916 enumeravam de forma restritiva os bens protegidos pelo ordenamento<sup>33</sup>. Com a mudança ocorrida em 1988, e, posteriormente, em 2002, porém, esses dispositivos foram substituídos pela cláusula geral do art. 949<sup>34</sup> que estabelece como dano indenizável qualquer “outro prejuízo que o ofendido provar haver sofrido”, a qual se soma ao próprio art. 186<sup>35</sup> – dessa forma, em termos de legislação brasileira, não parece haver qualquer óbice à aceitação da perda de uma chance em nosso direito<sup>36</sup>.

Muito pelo contrário, a interpretação sistemática, respeitadas as balizas da proporcionalidade e adequação<sup>37</sup>, das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador brasileiro conduz à inexorável conclusão de que as chances perdidas devem ser indenizadas sempre que provado o nexo causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, como decorrência da cláusula geral de responsabilidade geral que vigora em nosso direito e prevê indenização a

---

*uma questão de grande importância doutrinária e prática é, entretanto, a que se relaciona com a tutela de certos interesses, como, p. ex., a “chance” (...). A proteção da chance é muito importante em matéria de responsabilidade profissional, responsabilidade contratual, sobretudo dos médicos, advogados etc.*

<sup>31</sup> Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

<sup>32</sup> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

<sup>33</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 104.

<sup>34</sup> Art. 949. 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 104-106. BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 179. SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. P. 90

<sup>37</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 172.

qualquer espécie de dano sofrido pela vítima<sup>38</sup>. A corrente também pode encontrar amparo legislativo no art. 402<sup>39</sup>, o qual, ao prever o direito de o credor obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, acaba positivando, ainda que implicitamente, o princípio da reparação integral dos danos<sup>40</sup>.

Além disso, a própria Constituição, como regente do direito civil contemporâneo, aponta para a necessidade de aceitação da teoria, por força dos princípios inseridos no art. 1º, III<sup>41</sup> e 3º, I<sup>42</sup>, que revelam a inserção da tutela da dignidade da pessoa humana em todos os seus atributos: se há previsão de que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, negar a indenização com base na teoria da perda da chance implicaria infringência à ordem constitucional<sup>43</sup>.

Na jurisprudência, o tratamento dado à matéria ganhou impulso com o caso do “Show do Milhão”, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2005<sup>44</sup>, entendido como *leading case* brasileiro na área da perda de uma chance<sup>45</sup>. O desenvolvimento jurisprudencial acelerado que se observou a partir daí, todavia, não permite dizer que a teoria goza de aplicação geral e irrestrita na jurisprudência brasileira<sup>46</sup>: muito pelo contrário, observa-se que os tribunais, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça, têm buscado evitar excessos na utilização da teoria, atuando de forma criteriosa para não dar margem à indenização de meras esperanças do demandante; diante da ausência dos

<sup>38</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 106.

<sup>39</sup> Art. 402. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*

<sup>40</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil ...**, 2012. P. 107.

<sup>41</sup> Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

(...)III - a dignidade da pessoa humana; (...)

<sup>42</sup> Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)*

<sup>43</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil ...**, 2012. P. 108-109.

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 89. Trata-se do REsp 788469/BA.

<sup>45</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 75.

<sup>46</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 197. BRANCO, em 1996, ao tratar do tema, observava panorama distinto do atual: *No Brasil, a perda de uma chance não tem sido indenizada, exceto em alguns casos específicos, por tribunais. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 84, v. 733, novembro de 1996. P. 66.*

pressupostos no caso concreto, a aplicação da teoria para negar a indenização tem sido observada com frequência<sup>47</sup>.

Dessa forma, é possível afirmar que hoje a teoria da perda de uma chance já encontra ampla aplicação no direito brasileiro, até porque, em último caso, não se observa nenhum óbice para sua aplicação no ordenamento jurídico nacional<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 90-91. Afirma ainda o professor que essa postura, antes de enfraquecer, consolida a teoria, rompendo com o temor histórico de banalização da aplicação da teoria.

<sup>48</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 239-240. GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005. P. 24.



### 3. A PERDA DE UMA CHANCE APLICADA À SEARA MÉDICA: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA.

Antes de adentrarmos especificamente na análise da aplicação da teoria da perda de uma chance aos casos de responsabilidade médica, se faz necessário abordar algumas questões pertinentes ao atual panorama da responsabilidade civil médica para então pontuar as particularidades da teoria da perda de uma chance de cura.

#### 3.1. BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Antigamente, o dano médico era tido como inevitável; mesmo que assim não o fosse, não havia forma adequada de reclamar os danos, tal qual possuímos atualmente<sup>49</sup>. A passagem de um quadro para outro se deu no momento que a busca da cura se desatrelou do *misticismo ferrenho* que a cercava anteriormente, ocasião em que se atribua às divindades o sucesso ou o fracasso de todos os fatos<sup>50</sup>.

Em um segundo momento, superado o caráter religioso-divino do exercício da primitiva medicina, a relação entre médico e paciente passou a constituir uma relação social envolvida por laços de extrema confiança, o que também afastava a existência de qualquer forma de litigância<sup>51</sup>.

Aos poucos, o quadro mudou e hoje, dentro desse contexto de perseguição da máxima proteção ao lesado<sup>52</sup>, a massificação das relações distanciou médico e paciente, que passaram a compor relação despersonalizada. Trata-se de consequência inexorável da socialização da medicina e respectiva especialização

---

<sup>49</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 24-25

<sup>50</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 23

<sup>51</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 84, n. 718, ago. 1995. P. 33.

<sup>52</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil ...**, 2003. P. 22

dos profissionais da área: nesse contexto, desaparece a figura cordial do “médico da família”, sobre o qual se depositava a mais irrestrita confiança e contra o qual jamais se cogitaria opor uma ação judicial<sup>53</sup>.

Mais do que isso, a sociedade de consumo – na qual cada vez mais os sujeitos tomam ciência dos seus direitos e se tornam exigentes quanto aos resultados da prestação - tornou as partes em “usuário” e “prestador de serviços”<sup>54</sup>, o que, aliado à facilitação no acesso à jurisdição<sup>55</sup>, faz com que a busca pela tutela jurisdicional voltada à reparação nos danos à saúde assumam proporções alarmantes<sup>56</sup>.

Em parte, isso também pode ser atribuído à atuação por vezes irresponsável e exagerada de parte da imprensa<sup>57</sup>, retirando a áurea de mistério e respeito que cercava a profissão médica – não seria exagero afirmar que, no fundo, observou-se uma dessacralização da medicina<sup>58</sup>.

Evidentemente, a evolução da noção de responsabilidade médica não se deu de maneira rápida e ordenada; *mas o confronto com os sempre cambiantes fatos sociais e a não mais aceitação passiva do elemento fatalidade*, foram

---

<sup>53</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 23-24. Nos lembra BRANCO que com a massificação das relações e cada vez maior especialização dos profissionais, o “médico de família” só pôde ser mantida por uma minoria elitizada. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 84, v. 733, novembro de 1996. P. 54. Por outro lado, relevante é a observação de SANTOS: *Quem se submete a enfrentar enormes filas para, depois de um longo tempo ser atendido por um médico da rede de assistência médica pública, não elege o profissional de sua confiança*. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 262.

<sup>54</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 84, n. 718, ago. 1995. P. 33

<sup>55</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 369.

<sup>56</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 120. Interessante observar que em sua 5ª edição do *Responsabilidade civil do médico*, lançado uma década atrás, Miguel Kfourri Neto apontava que o número de demandas por erro médico no Brasil era pequeno, não implicando em risco para a comunidade médica. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil ...**, 2003. P. 24-26

<sup>57</sup> No mesmo sentido, afirma AGUIAR JUNIOR que o aumento das reclamações contra médicos também tem fundamento na atuação da mídia, que sempre busca *escandalizar o infortúnio*. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. 1995. P. 34. E ainda: *Os meios de comunicação também colaboram com essa má impressão, pois tiraram os profissionais de medicina do panteão*. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2001. P. 264.

<sup>58</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil...**, 2003. P. 24

fundamentais nessa mudança<sup>59</sup>. No direito médico, isso se reflete numa predisposição à imputação de qualquer mau resultado ao profissional e consequente ação indenizatória<sup>60</sup>. As expectativas dos doentes aumentaram, paralelamente ao aumento no acesso aos serviços médicos— tal movimento não seria inoportuno, não fosse o fato de que o acesso ao tratamento muitas vezes é confundido com o direito à cura<sup>61</sup>.

A mudança, de uma esfera de extrema confiança entre as partes para o seu extremo oposto, apresenta aspectos nefastos: *o médico acaba enxergando no cliente o seu futuro demandante ante os Tribunais, e o paciente vê em seu médico alguém que não será diligente e que está pronto a lhe causar um dano pessoal*<sup>62</sup>.

O crescimento das ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica também pode ser atribuído à má qualidade do ensino<sup>63</sup> de um modo geral e dos péssimos serviços prestados, principalmente, pelo sistema público de saúde oferecido pelo Estado aos cidadãos brasileiros, objeto de inúmeras críticas pela falta de investimento e aperfeiçoamento do setor<sup>64</sup>.

A ampliação dos problemas que envolvem a medicina ao direito tem a ver ainda, por mais paradoxal que seja, com os diversos avanços científicos nessa área, ocasionando o surgimento, de um lado, do que FRANÇA chama de “grandes conflitos”, dentre os quais se destacam a questão dos transplantes, da

<sup>59</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 24

<sup>60</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 22

<sup>61</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 84, n. 718, ago. 1995. P. 34

<sup>62</sup> SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 260.

<sup>63</sup> Ao lado da precariedade do sistema, está a precariedade do ensino – não só na área médica, mas em todas as áreas do saber humano, o sentido utilitarista parece ter tomado conta, de forma que o amor pela profissão foi substituído pelo dinheiro. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2001. P. 262. A seu turno, KFOURI NETO ressalta o fato de que muitas questões graves somente são aprendidas pelos profissionais durante a própria atuação nos hospitais, bem como a carência de formação bioética dos recém formados. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 19-20.

<sup>64</sup> Ilustrando essa situação, que é de conhecimento notório, KFOURI NETO observa: *Dentre tantos Brasis que por aí existem (...) também há o Brasil da medicina de primeiro mundo e o Brasil sem medicina*. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil...**, 2003. P. 33.

genética, eutanásia, aborto e sigilo médico<sup>65</sup>. De outra banda, a difusão dos progressos científicos banaliza a ciência médica, dando a falsa impressão de que a medicina é onipotente<sup>66</sup>, de forma que o progresso da ciência deixa o enfermo cada vez mais exigente em relação à atuação do profissional<sup>67</sup>.

Nota-se, assim, uma passagem de um quadro de total irresponsabilidade civil médica, digamos assim, para outro diametralmente oposto – e ambos os extremos são passíveis da mais rígida censura<sup>68</sup>.

### 3.2. A PERDA DE UMA CHANCE DE CURA

Se a mudança paradigmática vivida pela responsabilidade civil já é de forte presença nos demais campos, na seara da responsabilidade médica a proteção à pessoa é especialmente relevante, uma vez que a atividade desses profissionais lida diretamente com os valiosos bens da saúde e da vida<sup>69</sup>. Da mesma forma, o alargamento dos danos passíveis de reparação também encontra nesse âmbito um amplo desenvolvimento, que abarca tanto situações de natureza patrimonial quanto não patrimonial e também os decorrentes da perda de uma chance<sup>70</sup>.

A perda de uma chance no direito médico, que acaba assumindo inclusive nomenclatura específica, qual seja, “perda de uma chance de cura ou sobrevivência”<sup>71</sup>, pode ser entendida como o erro decorrente de não dar todas as

<sup>65</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 6 ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1994. P. 08 e ss. apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 31

<sup>66</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. Revista Ajuris, Porto Alegre. Ano XIX, Julho 1992, nº 55. P. 118

<sup>67</sup> SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 264

<sup>68</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil...**, 2003. P. 24-25.

<sup>69</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 170.

<sup>70</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil...**, 2012. P. 171.

<sup>71</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil...**, 2003. P. 97. GONDIM chega a mencionar que parte da doutrina limita a aplicação da teoria aos casos ligados à responsabilidade médica. GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005. P. 21-22.

chances de cura ou sobrevivência ao doente através da perda da oportunidade pelo médico de alterar aquilo que se revelou danoso<sup>72</sup>.

Sendo assim, é modalidade um tanto diversa da perda de uma chance de obter um resultado positivo (esta identificada, em face dessa diferenciação, como aplicação clássica da teoria da perda de uma chance): na perda da chance de cura, a oportunidade perdida consiste em evitar um prejuízo que efetivamente veio a se concretizar. Assim, um processo que acarretou dano a alguém poderia ter sido interrompido por uma determinada atuação, exigida do responsável, ainda que não seja possível garantir que essa intervenção teria evitado a ocorrência do dano (aqui, portanto, se constata o grau aleatório que o caracteriza como hipótese de perda de uma chance)<sup>73</sup>.

Dessa forma, a principal marca da responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura leva em conta o fato de que nos casos médicos o processo aleatório já chegou ao seu final. Assim, a análise das chances perdidas não seria uma suposição voltada ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado não se saberá, mas consiste em analisar fatos já ocorridos, sendo certo que o paciente está morto ou inválido<sup>74</sup>. Nesses casos, portanto, o dano é sempre presente, isto é, o processo chegou ao seu final, e a intervenção necessária deveria ter sido promovida no passado<sup>75</sup>.

Se o escopo da perspectiva solidarista que rege o sistema jurídico brasileiro atual é reduzir os inconvenientes para conformação da responsabilidade

---

<sup>72</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 52-53. Afirma CAVALIERI FILHO: *A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência*. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 78. Ver também GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 259-260.

<sup>73</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 680. *O que se irá considerar como objeto de indenização, com fundamento na teoria da perda da chance, é o sacrifício de uma probabilidade de êxito, não de uma certeza que esta teria se produzido*. MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor. Ano 16, nº 63, jul-set/2007. P. 87.

<sup>74</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 84. Afirma ainda o autor: *No caso médico, o processo que poderia ter sido aleatório já não é mais, pois se sabe com certeza qual o resultado: a morte ou a invalidez do paciente, isto é, a única dúvida que resta nesse caso é a relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final(...)*. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 87.

<sup>75</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações...**, 2007. P. 681.

civil subjetiva, dando ênfase no resultado lesivo<sup>76</sup>, o fundamento no específico caso da perda de chance de cura está atrelado ao comprometimento da integridade psicofísica do paciente, sua saúde e à necessidade de tutela da vida digna. Uma vez que a função do médico é zelar pela conservação da vida humana, não pode ser justamente ele o responsável por impedir a melhora do quadro clínico do paciente em virtude da falta de aconselhamento, diligência ou prudência exigidas no exercício de sua profissão<sup>77</sup>.

Portanto, nessa modalidade da teoria da perda de uma chance, a atividade médica, normalmente omissiva, não agrava a doença ou causa a morte do paciente, mas impede que ele venha a ser curado, de modo que a omissão, ainda que culposa, não é a causa direta e certa do dano – por isso, havendo erro médico que possa ser causalmente ligado à ocorrência do dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas em aplicação normal das regras tradicionais da responsabilidade civil<sup>78</sup>.

### 3.3. A ACEITAÇÃO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

Embora tenha sido um dos precursores na doutrina italiana a admitir a responsabilidade civil pela perda de uma chance, BOCCHIOLA<sup>79</sup> advertia que a possibilidade estava limitada aos casos de danos patrimoniais. Com isso, acreditava que a aplicação ao campo da cura já não era tão segura, pois embora a nomenclatura utilizada nos dois casos fosse a mesma, as regras aplicáveis a cada caso eram totalmente diversas<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 134.

<sup>77</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 187.

<sup>78</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 78. *Dessa forma, nos casos de aplicação da perda da chance, o médico, embora agindo com culpa, não é o causador do dano*. ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura...**, 2009. P. 08.

<sup>79</sup> BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una chance e certeza del danno**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XXX, p. 55-101, 1976 apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 22.

<sup>80</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 22.

Assim, para o autor italiano, falar em perda de uma chance na responsabilidade do profissional de medicina significa confundir conceitos, já que o comportamento do médico não implica perda de possibilidade pelo paciente, mas efetivamente causa ou não o dano por inteiro. A possibilidade não integraria o patrimônio da vítima antes da intervenção do médico, de modo que nessas situações o problema teria a ver com o concurso de causas na produção do dano, sendo incorreto tentar resolvê-lo pela teoria da perda de uma chance<sup>81</sup>.

Também no direito francês a utilização da teoria aos casos médicos é enfrentada com ressalva pela doutrina, sendo posição dominante neste país a que indica a utilização da perda de uma chance no direito médico como o paraíso do juiz indeciso, devendo ser assim rechaçada, eis que representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema. Assim, somente pode haver responsabilização civil do médico se o juiz encontrar certeza para condenar o médico pela totalidade do dano ocorrido<sup>82</sup>.

Dessa forma, observa-se que na França, apesar de ser bastante intenso o debate sobre a natureza jurídica atribuível à teoria da perda de uma chance<sup>83</sup>, a maior parte dos autores nega aplicação à responsabilidade médica, embora a sua aplicação pelos tribunais seja bastante frequente<sup>84</sup>.

Já no direito norte-americano, parte da doutrina afirma que a adoção da teoria da perda de uma chance de cura deve ser encarada como uma técnica para mitigar as injustiças em casos médicos – seria hipótese de injustiça deixar a vítima sem qualquer reparação nesses casos em virtude da dificuldade de prova no nexos de causal<sup>85</sup>, mesmo quando comprovada uma falha médica que tenha relação com o dano final.

---

<sup>81</sup> BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una chance e certezza del danno**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XXX, 1976. P. 87-90 Apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 25.

<sup>82</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 80.

<sup>83</sup> A despeito da riqueza do tema e da ampla discussão doutrinária a respeito da natureza da perda de uma chance e respectivas classificações, essas questões não serão aqui abordadas, por questões de recorte metodológico.

<sup>84</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil..**, 2013. P. 246.

<sup>85</sup> As vezes, a utilização da teoria *será solução justa, para contrabalançar o caráter aleatório da prova*. KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista Paraná Judiciário vol. 56/57.2005/2006. P. 90.

A aceitação da teoria nos Estados Unidos também tem a ver com a intensa preocupação com a necessidade de um parâmetro de seriedade das chances: muitos autores afirmam que a seara médica é campo fértil de aplicação da teoria justamente por ser uma das áreas com maiores possibilidades de recurso ao uso de estatísticas seguras, o que não se observa em outras esferas<sup>86</sup>.

Na jurisprudência norte-americana também a teoria encontra força, independentemente da forma como se entenda a natureza jurídica das chances perdidas<sup>87</sup>, o que é compartilhado pelos demais países do *common law*<sup>88</sup>.

#### 3.4. A NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO AOS DEMAIS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Nos casos de responsabilidade médica, a natureza aleatória que permite configurar certos casos dentro dessa teoria tem profunda relação com a incerteza que cerca os resultados dos tratamentos disponíveis, os quais podem ser alterados por circunstâncias atribuíveis ao médico ou à própria doença<sup>89</sup>. Via de regra, a ação médica está envolvida em situações peculiares, marcadas por reações orgânicas e psíquicas muitas vezes imprevisíveis e de consequências bastante severas<sup>90</sup>, de forma que o erro muitas vezes não está ligado à culpa do médico, mas às características da própria ciência médica e suas peculiaridades<sup>91</sup>.

Por isso é que para a adequada aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, como acontece nos demais casos de responsabilidade civil médica, deve sempre ser tomado como referencia o atual estágio de desenvolvimento da ciência médica e as circunstâncias em que se realizou o

---

<sup>86</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 139.

<sup>87</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 185-187.

<sup>88</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 12.

<sup>89</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 681.

<sup>90</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 84, n. 718, ago. 1995. P. 51.

<sup>91</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 92-93.



tratamento<sup>92</sup>, para que o ato antijurídico capaz de ensejar a responsabilização seja corretamente caracterizado.

Ainda para fins de apuração de antijuridicidade necessária para caracterização do dano indenizável, é preciso constatar a existência de culpa por parte do profissional<sup>93</sup>, uma vez que prevalece hoje a concepção subjetiva da responsabilidade civil médica<sup>94</sup>.

Nesse ponto ganha relevo também a complexidade existente em torno da definição da culpa médica, elemento hoje indispensável para a responsabilização individual do profissional da medicina, e a dificuldade de produção probatória acerca dos fatos, estes eminentemente técnicos e de difícil apreensão pelo profissional do direito<sup>95</sup>. E, como se não bastasse, também é preciso considerar a precariedade do sistema de saúde em grande parte dos casos, que consiste em um limite à atuação dos profissionais médicos<sup>96</sup>.

### 3.5. ASPECTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À ADOÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA

Ainda que seja ampla a aceitação da aplicabilidade da perda de uma chance de cura no direito brasileiro, KFOURI NETO aponta que a extensão desmedida da teoria, porém, é perigosa por admitir a condenação em todos os

<sup>92</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005. P. 28. No mesmo sentido: ARAÚJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance**. In: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006. P. 462-463. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, out-dez/2009. P. 204-205.

<sup>93</sup> *A falta de diligência e prudência do profissional, comprovadamente agregada ao nexos causal, unindo a conduta reprochável do causador da lesão ao dano ocorrido, faz nascer a chance perdida. A ação ou omissão do agente em conformidade com a lei afasta a perda da chance*. ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 17 e 36.

<sup>94</sup> *"(...) é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que estar-se-ia fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir automóvel por uma rua"*. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 35-36.

<sup>95</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. Revista Ajuris, Porto Alegre. Ano XIX, Julho 1992, nº 55. P. 131.

<sup>96</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, out-dez/2009. P. 205.

casos em que a cura não fosse obtida<sup>97</sup>. A banalização da utilização da teoria daria margem à indenização de interesses pouco importantes, *chances que por vezes não passam de meros sonhos do demandante, ou então de seu oportunismo travestido de prejuízo*<sup>98</sup>.

Além disso, é preciso considerar sempre que o exercício da arte médica é complexo, de modo que o resultado do tratamento não depende apenas dos conhecimentos científicos e competência do profissional envolvido, mas de características pessoais do doente, da eficácia dos medicamentos e de diversos fatores imprevisíveis envolvidos; logo, o dano decorrente do ato médico nem sempre tem a ver com a culpa médica<sup>99</sup>. Sendo assim, ao profissional da saúde comprometido com os ideais da medicina, caberá demonstrar a ausência de nexo de causalidade ou da inexistência de culpa no seu comportamento<sup>100</sup>.

Ainda, se faz necessário atentar para o fato de que a aplicação desmedida da teoria teria significativos reflexos na jurisprudência a respeito do erro de diagnóstico, que passaria a ser automaticamente objeto de condenação, afinal o erro de tratamento é consequência lógica do erro de diagnóstico<sup>101</sup>. KFOURI NETO chega a asseverar que a *jurisprudência que admite a perda de chance provoca consequências nefastas para o exercício da medicina*<sup>102</sup>.

Nesse sentido, considerando, de um lado, esses aspectos negativos, e, de outro, o fato de a posição da vítima em relação ao médico ser bastante inferiorizada, ainda que a imposição de diversos deveres aos médicos busque equilibrar essa situação<sup>103</sup>, parte da doutrina reconhece outras formas de

<sup>97</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 101.

<sup>98</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 163. Em mesmo sentido: ARAÚJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance**. In: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006. P. 444.

<sup>99</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica...**, 2002. P. 102-103.

<sup>100</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 40.

<sup>101</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica...**, 2002. P. 103.

<sup>102</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica...**, 2002. P. 103.

<sup>103</sup> *A relação médico-paciente é desequilibrada, assimétrica, pois, de um lado, está o paciente, acometido por uma doença, um leigo; e, do outro, o médico, profissional detentor de conhecimentos técnicos*. BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In:

favorecer a reparação do dano – porém, sem aplicação da perda de uma chance, a partir da reparação do próprio dano final<sup>104</sup>.

Entretanto, a negação absoluta da teoria, a despeito dos perigos que cercam sua aceitação na área médica, geraria graves injustiças<sup>105</sup>, de modo que os riscos, de fato existentes, não podem servir para a negação da utilização da perda de uma chance de cura pelos tribunais<sup>106</sup>. Portanto, o equilíbrio deve ser dar pela adoção da teoria nesses casos como opção subsidiária, somente devendo ser empregado quando estiverem esgotadas todas as possibilidades da utilização ortodoxa do nexos causal<sup>107</sup>.

Na verdade, a admissão da perda de uma chance de cura deve ser vista não propriamente como uma desvirtuação do nexos causal, mas uma forma de evolução deste<sup>108</sup>. Ou, mais propriamente, um deslocamento, eis que a análise do nexos causal entre o ato culposo e o dano final passa a ser substituída pela causalidade entre o ato e a chance de poder obter o bem da vida/evitar o dano<sup>109</sup>.

Acerca dos pontos positivos da aceitação da teoria, ainda, é possível destacar o caráter pedagógico que deve desempenhar a responsabilidade civil, a partir da desmotivação do agente – nesse ponto, a não aceitação pode ensejar um descuido dos pacientes terminais pelos médicos, considerando as dificuldades que cercam a prova do nexos causal entre ato e dano<sup>110</sup>.

---

Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 172

<sup>104</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 247.

<sup>105</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 252.

<sup>106</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 97.

<sup>107</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 252.253.

<sup>108</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 253.

<sup>109</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 84, v. 733, novembro de 1996. P. 67. Assim também entende GONDIM: *Então, a causalidade reside não no dano, mas sim, na perda da chance de sobreviver*. GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005. P. 25. ROSÁRIO afirma que esse descolamento pode ser compreendido, na verdade, como uma distinção em relação à natureza do nexos de causalidade: na perda de uma chance, seria estabelecido um nexos de causalidade estritamente jurídico, ao passo em que nos casos comuns esse vínculo seria natural.. ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 09-10.

<sup>110</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 248.

### 3.6. A QUESTÃO DA CERTEZA E DAS CHANCES “SÉRIAS E REAIS”

Como já apontado, a perda de uma chance se relaciona com o problema de certeza, tão caro ao direito<sup>111</sup>, motivo pelo qual inicialmente houve resistência em admiti-la como modalidade de responsabilidade civil. Esse problema se agrava na perda de uma chance de cura, uma vez que no âmbito da medicina essa incerteza é ainda maior<sup>112</sup>. Isso porque a álea que envolve as hipóteses de perda de uma chance está em contraposição a essa ideia de certeza<sup>113</sup> do dano final, ainda que se exija muito mais do que uma simples esperança subjetiva para que a teoria seja aplicada<sup>114</sup>. Na prática, porém, verifica-se que a teoria não tem propriamente o condão de eliminar a incerteza, mas realoca-la: a álea deixa de ameaçar a incerteza da existência do prejuízo e passa a interferir tão somente em sua quantificação<sup>115</sup>.

Com isso se quer dizer que embora não seja possível indenizar diretamente o dano pela inadequada atuação do médico, eis que incerto que a intervenção inibiria a ocorrência do dano, isto é, nunca se poderá saber se foi o

<sup>111</sup> A busca pela certeza visa dar à responsabilidade civil um caráter de segurança, que, no entanto, nunca existiu. Ademais, a exigência de certeza sequer está inserida em nosso sistema, já que em casos como os lucros cessantes também não se pode falar nesse requisito. SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado.** Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 91.

<sup>112</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente.** In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 171.

<sup>113</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 115. Em sentido semelhante: *Também, como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano hipotético ou incerto. A afirmação deve ser vista hoje cum granum salis, pois, ao se deferir uma indenização por perda de chance, o que se analisa, basicamente, é a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo (...).* VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil.** 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 289. E ainda: *A questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça.* SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais.** São Paulo: Saraiva, 1996. P. 11.

<sup>114</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 138. No mesmo sentido: KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetria.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 111.

<sup>115</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 160.

agente do ato danoso que necessariamente causou o prejuízo (o ato não é condição sine qua non)<sup>116</sup>, não há como afastar a possibilidade de cura antes da ocorrência do fato danoso, a qual, a depender do caso concreto, pode implicar na configuração de um dano jurídico certo e passível de reparação<sup>117</sup>. Assim sendo, não se afasta a exigência da certeza do dano, uma vez que a chance perdida era efetivamente existente – perdida a chance, o dano é certo<sup>118</sup>. Nesse quadro, a responsabilidade pela perda de uma chance surge ao mesmo tempo como um obstáculo e possibilidade de superação/sofisticação deste requisito<sup>119</sup>, ou, ainda, como forma de revisão do papel desse conceito no direito atual<sup>120</sup>.

Ocorre que é preciso limitar o alcance dessas chances indenizáveis, motivo pelo qual a doutrina geralmente faz menção à necessidade de que as chances sejam *sérias e reais*. Essa análise, no entanto, não pode ser feita de forma a priorística, pela simples natureza da chance envolvida, mas depende da análise das circunstâncias concretas de cada caso em particular<sup>121</sup>, motivo pelo qual, diante da impossibilidade de provar que a perda da vantagem esperada é consequência certa e direta da conduta do réu, o operador do direito é impulsionado a lançar mão de estimativas e probabilidades<sup>122</sup>.

Ou seja, o reconhecimento da existência da chance deve se pautar em dados fáticos e científicos claramente provados, capazes de dar conta de que, pelos sintomas apresentados (e que foram desconsiderados pelo médico), o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência médica, aumentaria<sup>123</sup>,

Havendo possibilidade de recorrer a percentuais de possibilidade, o que nem sempre é possível e tampouco seguro, a doutrina estrangeira oferece dois

<sup>116</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 12-13

<sup>117</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 03.

<sup>118</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 121.

<sup>119</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 238.

<sup>120</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 101.

<sup>121</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 139.

<sup>122</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 115.

<sup>123</sup> *Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo*. KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 127.

caminhos para análise das chances. No sistema de causalidade norte-americano, adota-se o padrão chamado “*more likely than not*”, por meio do qual a verificação da presença de mais de 50% de chance de um resultado vir a realizar caracteriza a existência de nexos de causalidade entre ato e dano, de modo que a perda de uma chance cuidaria dos casos em que esse patamar não tiver sido alcançado. Já para a doutrina italiana, em sentido totalmente oposto, a chamada “chance séria e real” somente se caracteriza nos casos em que houver mais do que 50% de chances de o dano vir a se concretizar<sup>124</sup>.

A fixação de um parâmetro objetivo e apriorístico, porém, não se revela como o mais adequado, pois não parece haver uma mudança significativa da natureza jurídica da chance com a passagem das possibilidades de um patamar de 49% para 51%, por exemplo; mais oportuno é reconhecer a autonomia das chances, independentemente de percentuais fixos<sup>125</sup>.

Tanto é assim que a jurisprudência<sup>126</sup> e doutrina brasileira majoritárias se posicionaram contra o estabelecimento de parâmetros fixos para aplicação da teoria<sup>127</sup>, o que, recentemente, restou inclusive consolidado no enunciado nº 444 aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

*A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.*

Ora, a imposição de critérios fixos gera discriminações injustificáveis, uma vez que, em virtude da ampla gama de situações que se ligam às chances

<sup>124</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 141.

<sup>125</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 67.

<sup>126</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 142. Em sentido contrário, afirma CAVALIERI FILHO: *A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis*. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 75

<sup>127</sup> Em sentido diverso, porém, e de forma arbitrária, entende ROSÁRIO: *Neste diapasão, a quantia ofertada à vítima deve ser mitigada, ou seja, limitada ao percentual de 40% (quarenta por cento) do valor devido no caso de comprovação patente do nexos causal entre o ato médico e o dano (...)*. ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 10.

perdidas, certos casos de chances muito prováveis podem não ter valor algum, ao passo que em outras hipóteses menores graus de concretização da chance podem implicar em dano muito significativo para a vítima<sup>128</sup> – o que muitas vezes coincide com os casos da responsabilidade médica. Com isso se quer dizer, portanto, que a “relevância” exigida para caracterização das chances indenizáveis não é, necessariamente, sinônimo de “grande probabilidade”, mas de prova de que a chance em questão interessava concretamente ao seu beneficiário<sup>129</sup>, o que deverá ser analisado de acordo com as circunstâncias concretas<sup>130</sup>.

Em outro sentido, considerando que a plena certeza acerca do nexo causal raramente pode ser atingida, em muitos casos os juízes consideram que atos que impliquem em grande probabilidade sejam considerados consequência certa e direta do dano, ou seja, não casos de perda da chance, mas da responsabilidade civil tradicional<sup>131</sup>.

Observados esses rígidos parâmetros, aos quais devem ser adicionados todas as demais dificuldades que cercam a responsabilidade médica, a teoria da perda de uma chance estaria de acordo com o novo paradigma solidarista.

### 3.7. A PERDA DE UMA CHANCE E O DEVER DE INFORMAR

A aceitação da perda de uma chance de cura pelos tribunais atualmente é bastante ampla, se estendendo para os mais variados aspectos ligados à medicina: frequentemente empregada nos casos de erro de diagnóstico, a teoria também encontra aplicação nos casos ligados à falta de cuidados devidos no

---

<sup>128</sup> *Um número, escolhido arbitrariamente, jamais poderia servir de divisor de águas entre as chances relevantes e as chances irrelevantes para o Direito.* CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 164-165.

<sup>129</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil...**, agosto/2012. P. 165. Em sentido semelhante, SCHREIBER afirma: *A análise da existência da perda da chance independe de ser a chance alta ou não.* SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 94.

<sup>130</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.** In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. Coord. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011. P. 153.

<sup>131</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 147.

acompanhamento pós-operatório<sup>132</sup>, na falta de cuidados médicos variados, na exigência de anesthesiologista qualificado<sup>133</sup> e na violação ao dever de informação e consentimento<sup>134</sup>.

Este último aspecto, caracterizado de forma genérica pela existência de conduta culposa do profissional de medicina que viola o dever de informar inerente à sua atividade profissional, e que, no presente caso, provoca a perda da oportunidade de cura ou de prolongamento da vida<sup>135</sup>, goza de interesse bastante acentuado. Tanto é assim que NORONHA classifica essa modalidade como uma subespécie específica das hipóteses em que houve a *frustração da chance de evitar um dano que aconteceu*<sup>136</sup>, derivada da violação de um dever geral de informação, cuja existência, todavia, é independente da configuração de uma relação negocial entre os envolvidos<sup>137</sup>.

Convém destacar que o dever de informação é expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor, arts. 10, 14 e 31 - sendo inclusive um dos princípios que informa esse código (art. 4 caput e III) – bem como no Código de Ética Médica:

*É vedado ao médico: (...)*

*Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.*

Este dever envolve a necessidade de prestar informações ao paciente sobre os riscos do tratamento, vantagens e desvantagens da internação e

<sup>132</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 99-100.

<sup>133</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 105.

<sup>134</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 183-184.

<sup>135</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil...**, 2012. P. 171.

<sup>136</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 673.

<sup>137</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações...**, 2007. P. 457.



técnicas utilizadas e revelação quanto ao prognóstico e quadro clínico, salvo quando puderem afetar psicologicamente o paciente<sup>138</sup>, cuja violação independente da ocorrência de algum outro erro médico<sup>139</sup>. Além disso, é possível dividi-lo no dever geral de informação e no específico de aconselhamento, envolvendo inclusive a fase pré-contratual<sup>140</sup>.

No que diz respeito especificamente à perda de uma chance, essa falha no dever de informação – que também tem relação com o consentimento esclarecido – pode ser dar de duas formas: ou o médico, por falha no dever de indenizar, faz com que o paciente aceite uma sugestão sua, perdendo a chance de tratar-se com outro, que lhe traria os esclarecimentos necessários à escolha mais adequada<sup>141</sup>, tornando-o totalmente consciente das consequências dela decorrentes<sup>142</sup>; ou ainda a ausência de esclarecimentos impede que o próprio lesado tome a decisão mais esclarecida possível a respeito do seu tratamento<sup>143</sup>.

Nessas hipóteses, em virtude da dificuldade da prova de ausência de informação, prova negativa, presume-se o descumprimento, quando alegado pelo paciente, cabendo ao médico, portanto, comprovar que informou corretamente<sup>144</sup>.

Como exemplo dessa forma de responsabilidade, ANDREASSA apresenta o eventual caso de paciente acometido por doença cancerígena que não é

<sup>138</sup> Sobre o dever de informação, afirma MARQUES: *Nas relações entre leigos e experts, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, alertando sobre os riscos, os perigos, os efeitos colaterais, a dor, as chances de morte ou aleijão, ou não informar, não compartilhar a informação que detém.* MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor.** RT 827, ano 93, setembro de 2004. P.21.

<sup>139</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade dos médicos...**, setembro de 2004. P.19.

<sup>140</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 84, v. 733, novembro de 1996. P. 60

<sup>141</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade dos...**, setembro de 2004. P. 30,

<sup>142</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance.** Dissertação de mestrado. Curitiba, 2010. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/23451/dissertacao%20perda%20chance.pdf?sequence=1> (acesso em 29/10/2013).

<sup>143</sup> NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 675.

<sup>144</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente.** In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 193. Nesse ponto chama atenção também as questões referentes ao consentimento esclarecido. Sobre o tema, ver KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 38.

devidamente informado pelo médico da necessidade de utilização da quimioterapia<sup>145</sup>: ora, a devida informação pelo médico não levaria com certeza à cura do paciente, mas é certo que o recurso ao tratamento mais adequado consiste numa grande chance que foi perdida e, como tal, deve ser objeto de indenização.

### 3.8. O PROBLEMA DA QUANTIFICAÇÃO

Não escapa à aplicação da perda de uma chance de cura os problemas referentes à quantificação dos danos envolvendo os demais casos de perda de uma chance. Trata-se de cálculo frequentemente difícil, mas que não pode ser usado para afastar a incidência dessa teoria na responsabilidade civil<sup>146</sup>.

É nesse momento que reside boa parte dos problemas jurisprudenciais brasileiros que envolvem a aplicação da teoria, o que se agrava pelo fato de muitas vezes ser esse aspecto relegado à liquidação de sentença, de forma a restar inexistente nas decisões qualquer menção à metodologia empregada para apuração do valor da indenização, *denotando, para o operador de direito, a impressão de uma quantificação realizada “por sentimento”, isto é, sem qualquer critério técnico*<sup>147</sup>. A situação também pode se complicar com a má compreensão do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, a partir de habitual equívoco na identificação entre culpa e causalidade<sup>148</sup> - circunstância que no direito médico deve ser encarada com ainda mais rigor<sup>149</sup>.

Sendo assim, para a devida fixação do quantum a ser indenizado, a primeira premissa a ser observada é reconhecer à chance um valor certo no momento de sua perda – é esse valor que deve ser indenizado, independente do

---

<sup>145</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, out-dez/2009. P. 205. Esse específica questão ocorreu em um caso objeto de julgamento pelo STJ (REsp 1.254.141/PR), o qual será objeto de análise no momento oportuno (item 4.2.2).

<sup>146</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 68-69. No mesmo sentido, SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 14.

<sup>147</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 226.

<sup>148</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 233-234.

<sup>149</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 236-237.

resultado final que deixou de ser possível<sup>150</sup>. Por isso é que a reparação pela chance perdida deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima, o que já era constatado pela doutrina italiana desde meados dos anos 60<sup>151</sup>, ainda que, nos casos envolvendo a responsabilidade médica, estejamos tratando precipuamente de danos morais<sup>152</sup>.

Portanto, é sempre necessário recorrer ao valor que seria devido caso fosse efetivamente o dano final que estivesse a ser reparado<sup>153</sup>, para, através de averiguação equitativa pelo juiz, realização do cálculo do percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada<sup>154</sup>. Nesse viés, caso existam condições de fixação do percentual de probabilidade da chance perdida vir a se concretizar a liquidação do dano se dá de forma muito mais fácil, a partir da utilização do valor percentual como fator de multiplicação do valor dano final<sup>155</sup> para se obter o valor concreto da chance perdida.

Oportuno destacar que o fato de a reparação da chance não corresponder à do dano final não quer dizer, ao contrário do que alguns doutrinadores e magistrados afirmam, que se esteja a escapar ao princípio da reparação integral do prejuízo, pois aqui se trata de reparação integral da chance perdida – e não do dano final<sup>156</sup>.

<sup>150</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 67.

<sup>151</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 11.

<sup>152</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 142-143. No mesmo sentido: SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 14. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 116. Nada obsta, porém, que a indenização pela perda de uma chance tenha caráter patrimonial. Nesse sentido, BRITO, Roberta Veras de Lima. **A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade**. Revista da ESMAPE, Recife. V. 12. N. 26. Jul/dez 2007. P. 283.

<sup>153</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista Paraná Judiciário vol. 56/57.2005/2006. P. 90.

<sup>154</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 68. Não se pode *perder de vista que o papel do magistrado é solucionar o caso concreto, com base nas suas particulares circunstâncias, oferecendo à vítima a reparação integral da sua própria perda. A medida da indenização é o dano (art. 944) e todo dano é sofrido pela vítima em concreto*. SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 99.

<sup>155</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 33-34.

<sup>156</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 143-144. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 679-680.

Outro fator de complicação à correta quantificação do dano diz respeito à peculiaridade do objeto de indenização da responsabilidade médica: como o dano geralmente envolvido nas hipóteses de erro médico é de natureza extrapatrimonial, a adequada quantificação do valor da indenização devida à vítima já enfrenta diversos problemas na sua solução; quando essa responsabilidade do profissional da medicina passa a ser atravessada pela perda de chances de cura, o grau de dificuldade só aumenta<sup>157</sup>, embora isso não justifique – frise-se - a inexistência de reparação<sup>158</sup>. Nesse sentido, MIRAGEM afirma que a *dificuldade na determinação do quantum indenizatório na hipótese de indenização de dano moral é uma das questões mais tormentosas do direito da responsabilidade civil em nossos dias*; seja pela inexistência de padrão nos valores atribuídos pelas diferentes Cortes, seja pela falta de um critério uniforme de fixação<sup>159</sup>.

Ainda em relação ao exercício da mensuração do valor da indenização, é de se perceber que em alguns casos é possível que mais de um evento aleatório concorra para a perda de uma chance em determinada situação concreta, hipóteses nas quais a probabilidade decresce exponencialmente<sup>160</sup>. Sobre o

<sup>157</sup> A fixação do dano moral, em si, já é causa suficiente para causar tormentos. Da perda da chance, então, a dificuldade é avultada. SANTOS, Antonio Jeová. **b.** 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 115. A seu turno, SCHREIBER assevera que, no fundo, a quantificação dos danos decorrentes da perda de uma chance se resolvem pelo arbitramento, exatamente na forma como já se faz em relação ao próprio dano moral. SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 100.

<sup>158</sup> CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 304-305.

<sup>159</sup> MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. Ano 16, nº 63, jul-set/2007. P. 70.

<sup>160</sup> Essa discussão é tratada pela doutrina norte-americana, através do chamado princípio da *conjunction*. KING JR, Joseph H. **Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine.** University of Memphis Law Review. Winter 1998. P. 554. apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 145. Caso concreto que envolve essa conjugação de fatos aleatórios pode ser observado na seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. FATO TÉCNICO CONTROVERTIDO. PROVA PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. PARTO. DEMORA. SEPTICEMIA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. 1. O estabelecimento hospitalar não responde de forma objetiva, mesmo depois da vigência do CDC, quando se trata de indenizar danos decorrentes de ato médico integrante do corpo clínico ou vinculado por outra forma ao estabelecimento, prevalecendo a regra do § 4º, art. 14, que prevê a responsabilidade subjetiva do profissional liberal. É preciso aferir a responsabilidade mediante culpa do médico para presumir a culpa do estabelecimento. 2. Envolvendo o litígio fato técnico controvertido (alegado erro de médico), a prova pericial é

tema, KING JR apresenta um exemplo aplicado ao direito médico: imagine-se um médico que numa primeira consulta falha em indicar a realização de um exame complementar cuja necessidade era facilmente demonstrada pelo quadro clínico do paciente; pouco tempo depois descobre-se que a pessoa está com câncer terminal. Se o diagnóstico tivesse sido feito a tempo, o paciente teria 55% de chances de cura; porém, em virtude do local, a eficácia do exame era de apenas 85% - assim sendo, a chance perdida seria de 46,75% caso o exame tivesse sido realizado no primeiro momento<sup>161</sup>.

Além disso, é de observar que em muitos casos de responsabilidade médica a questão da perda de uma chance pode envolver circunstâncias relativas à culpa do profissional, o que caracteriza campo favorável de redução equitativa da indenização nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil<sup>162</sup>.

Diante desse quadro, o papel do juiz assume uma posição extremamente central, sendo ele o responsável por fazer o prognóstico em cada caso acerca das possibilidades do paciente, partindo da aplicação do princípio da razoabilidade<sup>163</sup>, bem como da igualdade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, função social do contrato e demais aspectos que envolvem a dignidade da pessoa humana<sup>164</sup>. À importância desse exercício se acresce o caráter de extrema dificuldade própria

imprescindível para o deslinde do feito. Prova testemunhal usada subsidiariamente. 3. Hipótese em que a mãe chegou ao hospital com a bolsa rompida e com feto prematuro. Acerto dos profissionais no primeiro atendimento, pois o retardamento do parto para uma melhor maturação dos pulmões da criança mostrou-se correto, prescrevendo-se antibióticos para remediar eventual infecção. Demora na realização da cesariana depois de constatado o sofrimento fetal agudo, no entanto, que evidenciou falha na prestação dos serviços. 4. Aplicação da teoria da perda de uma chance, pois não há segurança de que a cesariana em momento anterior poderia ter desfecho diverso do que ocorreu. 5. Danos moral reconhecido, com mitigação do quantum indenizatório. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70039543889, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 11/05/2011)

<sup>161</sup> KING JR, Joseph H. **Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine**. University of Memphis Law Review. Winter 1998. P. 555, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 147.

<sup>162</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista Paraná Judiciário vol. 56/57.2005/2006. P. 88

<sup>163</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 179

<sup>164</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. P. 63. *A quantificação da indenização sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal – permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera, ainda mais agora, por expressa previsão legal, decisão informada, sobretudo, pela equidade*. KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa...**, 2005/2006. P. 86.

da área médica, uma que aqui frequentemente o juiz não possui o conhecimento técnico necessário para proceder à avaliação mais adequada<sup>165</sup>.

Em síntese, é possível constatar que a teoria envolve, portanto, uma certeza e uma probabilidade – uma certeza quanto à identificação do prejuízo reparável e uma probabilidade, refletida na verossimilhança de concretização da chance, que vem a se manifestar justamente no momento na mensuração do prejuízo<sup>166</sup>.

### 3.9. ONUS DA PROVA

Às particularidades da responsabilidade civil no campo da medicina e da sua intersecção com a teoria da perda de uma chance, que já são várias até aqui, se soma ainda o fato de a prova da existência da culpa, imprescindível, ser de muito difícil obtenção. Isso se dá, de um lado, porque os tribunais têm sido bastante rigorosos nessa análise; de outro, porque demanda conhecimento técnico-científico que os magistrados não possuem. Por esse motivo, é preciso recorrer ao auxílio da análise do perito, o qual, por sua vez, não raro é envolvido pelo espírito de corpo<sup>167</sup>.

Considerando essas dificuldades e o que dispõe o art. 333, I do CPC, os médicos sempre estiveram, portanto, em uma posição processual relativamente cômoda. Todavia, a situação está se invertendo à medida em que cresce o entendimento de que todo dano deve ser reparado pelo seu causador<sup>168</sup>, mediante a cada vez mais presente inversão da carga probatória<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> ARAÚJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance**. In: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006. P. 462-463.

<sup>166</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 160. KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização**. Revista Paraná Judiciário vol. 56/57.2005/2006. P. 89-90.

<sup>167</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 371

<sup>168</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 40,

<sup>169</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 86

Ademais, o médico está em melhor situação para provar que agiu corretamente, sem culpa, nas demandas indenizatórias. Isso é mais relevante se observamos que os fatos probandos geralmente se dão em locais que só médico e equipe tem acesso e que é altamente complexo o tema probatório, *relacionado às tergiversantes reações do organismo humano às agressões cirúrgicas ou aos efeitos dos poderosos fármacos ministrados ao paciente*<sup>170</sup>.

Por isso é que na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura as regras comuns relativas ao ônus da prova não podem ser aplicadas, uma vez que essa inflexibilidade deixaria todos os interesses sobre eventos aleatórios fora do âmbito de proteção da responsabilidade civil<sup>171</sup>: manter o ônus da prova com o autor seria beneficiar o réu por ato por ele cometido<sup>172</sup>. Assim, embora a responsabilidade do médico seja subjetiva, a relação entre as partes está submetida ao Código de Defesa do Consumidor, de forma que o magistrado pode inverter o ônus da prova em favor do paciente, nos termos do art. 6º, VIII<sup>173</sup>.

Outra perspectiva apresentada pela doutrina diz respeito à própria possibilidade de considerar desnecessária a da prova do dano nesses casos, eis que consistiria caso típico de dano *in re ipsa*:

*Por fim, em relação à prova do dano sofrido pelo paciente resultante da perda da chance de cura ou de sobrevivência, esta é dispensável, já que como se está diante de lesão à sua liberdade de escolha, sua autodeterminação e integridade psicofísica é possível enquadrá-lo como espécie de dano não patrimonial – dano moral – in re ipsa*<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 52.

<sup>171</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012. P. 148.

<sup>172</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil...**, agosto/2012. P. 148.

<sup>173</sup> ALMEIDA, Felipe Cunha. **A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: que tipo de indenização?** Revista Jurídica Ano 61 – nº 427 – maio/2013 – p. 77.

<sup>174</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A reponsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente**. In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P. 194.

#### 4. COMENTÁRIOS SOBRE O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA

Considerando que a legislação brasileira admite de forma implícita a teoria da perda de uma chance de cura, mas não fornece os parâmetros legislativos necessários para sua regulamentação, torna-se fundamental observar o tratamento dado pela jurisprudência, eis que passa a ser dela a responsabilidade por moldar a teoria<sup>175</sup>.

##### 4.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A relativa novidade das discussões a respeito da teoria da perda de uma chance no Brasil e respectivas controvérsias que a cercam, refletidas em diversas confusões doutrinárias, acabam sendo sentidas também pelos tribunais, os quais apresentam dificuldades em harmonizar os conceitos dessa modalidade de responsabilidade civil<sup>176</sup>. Apesar de todos os percalços, atualmente é bastante ampla a aceitação da teoria da perda de uma chance pela jurisprudência, mesmo em casos que não fazem expressa menção a ela<sup>177</sup>, sendo particularmente notável um grande aumento no número de julgados na última década.

Dentre as dificuldades enfrentadas, é possível constatar nos julgados uma divergência entre partidários da perda da chance como modalidade de dano moral<sup>178</sup> e adeptos do oposto, neste caso geralmente se filiando à corrente que enxerga aqui uma modalidade de lucro cessante<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, out-dez/2009. P. 202.

<sup>176</sup> *A jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão; ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, com o que se acaba por transformar a chance em realidade*. CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 78

<sup>177</sup> SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 13.

<sup>178</sup> *Em outras palavras, há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de um chance séria e real somente deva ser considerada como um “agregador” do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título*. Dentre os adeptos dessa leitura está SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001. P. 114. SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 50.

<sup>179</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 46-47.



Além disso, não são poucos os julgados que determinam a indenização da chance perdida sem que esta exista ou seja dotada de seriedade e realidade suficientes<sup>180</sup>; também são frequentes os casos em que o julgador acaba se equivocando no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima, geralmente condenando o agressor ao pagamento do valor total pretendido pela parte<sup>181</sup>.

O primeiro acórdão nacional a mencionar a responsabilidade civil pela perda de uma chance é datado de 1990, e foi relatado pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>182</sup>. No caso, o desembargador aplicou a teoria para condenar médico oftalmologista a reparar dano decorrente de resultado danoso em cirurgia para correção de miopia. Foi de autoria do mesmo desembargador a segunda decisão encontrada nos tribunais brasileiros envolvendo a perda de uma chance, dessa vez tratando a respeito da responsabilidade do advogado<sup>183</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, é notável o impulso que a teoria ganhou de alguns anos para cá: até novembro de 2013, o tema foi levado ao tribunal pelos menos em trinta e duas oportunidades, das quais somente seis são anteriores ao ano de 2010 e a grande maioria, ou seja, dezoito, foram julgadas entre 2012 e 2013<sup>184</sup>. Em grande parte das decisões, ou o mérito da seriedade da chance perdida não foi discutido, por ser vedado ao Tribunal adentrar em

---

<sup>180</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 60. Não se pode falar em unanimidade, porém; sempre existiram vozes contrárias à aplicação da teoria, como é o caso de STOCO no específico caso da responsabilidade do advogado, um dos casos mais clássicos de aplicação da teoria. STOCO, Rui. **Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas**. In: Responsabilidade Civil. Coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (Grandes temas da atualidade; v. 6).

<sup>181</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil...**, 2012. P. 65. Sustenta o autor que nunca haverá a certeza suficiente para que a oportunidade perdida seja tomada como 100%; se assim o for, a indenização será correspondente ao próprio dano final e não à perda da chance.

<sup>182</sup> Trata-se da apelação cível nº 598.069.996, cuja ementa segue transcrita: RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE. (Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/06/1990)

<sup>183</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. AGE COM NEGLIGÊNCIA O MANDATÁRIO QUE SABE DO EXTRAVIO DOS AUTOS DO PROCESSO JUDICIAL E NÃO COMUNICA O FATO À SUA CLIENTE NEM TRATA DE RESTAURÁ-LOS, DEVENDO INDENIZAR À MANDANTE PELA PERDA DA CHANCE. (Apelação Cível Nº 591064837, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 29/08/1991)

<sup>184</sup> Os dados foram extraídos do sítio oficial do STJ, [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) (acesso em 10/11/2013).

questões fáticas, ou a indenização é negada justamente por não estar presente a seriedade exigida para sua relevância ao direito.

O *leading case*, bastante emblemático e ilustrativo, é o caso referente ao “Show do Milhão”<sup>185</sup>, no qual se aplicou a teoria mesmo diante da existência de chances inferiores a 50%<sup>186</sup>. Outros julgados reconheceram que a perda de uma

<sup>185</sup> RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(REsp 788459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)t

<sup>186</sup> O não acolhimento dessa exigência também se expressa no REsp 1.220.91/SP: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS.

ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento.

Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação.

3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1220911/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/03/2011)

chance pode ensejar danos de naturezas distintas a depender do caso<sup>187</sup> e que a teoria pode ser aplicada mesmo quando pedido do autor for certo e sem alusão à essa forma de indenização<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009)

<sup>188</sup> 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.

Merece destaque a forma competente como a teoria é utilizada pela jurisprudência para, a partir da análise pormenorizada das probabilidades da vítima, afastar a indenização em virtude da ausência da seriedade mínima exigida<sup>189</sup>. Outro aspecto notável é a falta de discussão a respeito das categorias internas da teoria, sobretudo nos casos de responsabilidade médica<sup>190</sup>, situação que é bastante forte na doutrina, sobre estrangeira.

Além disso, os casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica geralmente são vistos pela doutrina como exemplos de má aplicação da teoria, uma vez que passam pelo desvirtuamento dos padrões tradicionais do nexos de causalidade<sup>191</sup>. Não obstante, já existe tendência jurisprudencial que admite a aplicação da teoria às questões médicas, sem se preocupar com o desvirtuamento da noção clássica desse requisito<sup>192</sup>.

#### 4.2. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS CASOS DE PERDA DE UMA CHANCE DE CURA

Dentre as oportunidades que o Superior Tribunal de Justiça teve de enfrentar a teoria da perda de uma chance, o que se deu em relação às mais diversas matérias, observam-se cinco casos em que a responsabilidade médica é chamada a depor<sup>193</sup>; em dois deles<sup>194</sup>, porém, a discussão quanto ao mérito não

---

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010)

<sup>189</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 220.

<sup>190</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 209.

<sup>191</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 209. *Vale noticiar que não é hábito no Brasil condenar médicos pela perda de uma chance, salvo algumas exceções extremamente raras e específicas (...)*. SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 76.

<sup>192</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil...**, 2013. P. 209.

<sup>193</sup> São eles: 9. REsp 1335622 / DF; REsp 1254141/PR; AgRg no AREsp 153098 / PE; REsp 1184128 / MS; REsp 1104665/RS.

<sup>194</sup> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE AQUILIANA. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. NEXO DE CAUSALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ.

O Tribunal de origem identificou o nexos de causalidade entre a conduta dos médicos e a perda da chance, bem como as razões que permitiram a inversão do ônus da prova, após uma detida análise do conjunto fático-probatório do caso concreto. Por essas razões, não há como infirmar as conclusões adotadas pela instância ordinária, sob pena de violação da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

pôde ser levada adiante por força da Súmula nº 07 deste tribunal, que veda a análise do conjunto probatório dos autos.

#### 4.2.1 O RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.622/DF

O mais recente dos casos julgados pelo STJ a respeito da perda de uma chance de cura restou assim ementado, no que interessa a esse estudo:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

(...)

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

---

(AgRg no AREsp 153098/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 04/06/2012)

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).

3.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp 1184128/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)

7. Na linha dos precedentes deste Tribunal Superior de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013)

No caso, houve negativa por parte do hospital em receber a filha do recorrente, a qual, necessitada da internação de urgência, veio a falecer.

Com acerto, o relator do Recurso Especial vislumbrou que não havia nenhuma garantia de que a internação implicaria na sobrevivência da autora, mas que o simples fato de que esta viesse a receber os cuidados médicos devidos, um tratamento adequado, já consistiria numa chance bastante significativa de permitir a sobrevivência da paciente que foi perdida, e, portanto, ensejadora na necessidade de indenização:

*“Cotejando-se esses entendimentos com a situação dos autos, consistente no benefício cuja chance a criança perdeu, verifica-se que, caso o tratamento fosse realizado, poderia a filha dos autores ter tido a chance de, ao menos, sobreviver. Incontestável, portanto, o direito dos pais à reparação de acordo com a teoria dos danos reflexos ou por ricochete”<sup>195</sup>.*

Somente foi fixada indenização a título de danos morais, em valor que, pretendendo reparar somente a chance perdida, foi fixado por arbitramento, sem qualquer menção ao eventual valor do dano final necessário ao balizamento da quantificação da chance perdida. Ao afastar o pedido de pensionamento, que possui caráter de dano material, o magistrado pareceu se afastar do entendimento mais apropriado, eis que *a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente*<sup>196</sup>.

Em votos separados, a Ministra Nancy Andrighi opinou pela necessidade de que fosse apurada, em instancia inferior, quais eram as perspectivas de sobrevivência da autora, caso tivesse sido internada – medida que se mostra mais atenta às especificidades da teoria da perda de uma chance, sobretudo em relação à quantificação do dano. Já o Ministro Sidnei Beneti entendeu que o nexo causal entre a falta do hospital e a morte está devidamente caracterizada, sendo

---

<sup>195</sup> P. 18 do acórdão.

<sup>196</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 60.

inoportuno falar em aplicação da perda de uma chance; nesse voto se verifica uma posição mais favorável à condição da vítima, em entendimento bastante próximo do sistema americana de causalidade “*more likely than not*”.

Convém observar, por fim, que a análise do recurso se deu em face do próprio hospital e não do médico particularmente considerado, motivo pelo qual não foi analisada a questão da culpa, que é fundamental para a responsabilização individual do profissional.

#### 4.2.2. O RECURSO ESPECIAL 1.254.141/PR:

Também julgado recentemente, o Recurso Especial 1.254.141/PR foi julgado pela Terceira Turma nos seguintes termos:

*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 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)

A simples análise da ementa desse julgado já permite observar que o Superior Tribunal de Justiça tem sido bastante incisivo ao afirmar que a perda da chance dotada de seriedade mínima constitui um dano autônomo, o qual deve ser objeto de reparação.

Neste caso, porém, a ação é voltada contra um médico específico, motivo pelo qual a relatora, Ministra Nancy Andrichi, teve que passar também pela análise da culpa, a qual restou devidamente comprovada nos autos.

O pedido de indenização foi feito em virtude do falecimento de paciente portadora de câncer que recebeu tratamento inadequado: não lhe foi recomendado o melhor tratamento nem foram feitos os exames completos; além disso, o médico não deu esclarecimentos quanto às condutas colaterais que deveriam ser seguidas pela vítima e chegou ao ponto de negar a existência da doença que a acometia. Chama a atenção o fato de que a perda de uma chance de cura, aqui, envolveu aspectos referentes à quebra do dever de indenizar, seja pela ausência de indicação do melhor tratamento, seja pela omissão quanto à impossibilidade de gravidez, seja pela omissão da condição da paciente; entretanto, lamentavelmente, essa discussão específica não foi objeto do acórdão prolatado pelo STJ.

De qualquer forma, a magistrada agiu em conformidade com a doutrina analisada ao aplicar a teoria da perda de uma chance de cura, afirmando que a *conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas (...) apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta*<sup>197</sup>. A respeito da indenização devida, a relatora observou – mais uma vez em consonância com o entendimento dominante – que a indenização fixada pelo Tribunal de origem deveria ser reduzida pelo fato de que as chances de sobrevivência, caso o médico tivesse tomado as atitudes adequadas, não eram equivalentes ao dano diretamente provocado pelo erro médico: por isso, com base na análise das provas

---

<sup>197</sup> P. 06 do acórdão.



apresentadas, entendeu por bem reduzir em 20% o valor arbitrado no acórdão recorrido.

#### 4.2.3. O RECURSO ESPECIAL 1.104.665/RS

Diferentemente dos dois outros casos julgados acima mencionados, no Recurso Especial 1.104.665/RS a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura foi utilizada para o fim de negar a indenização pleiteada, por não ter sido demonstrada a seriedade exigida para configuração da oportunidade passível de indenização:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";

V - Recurso especial provido.

(REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009)

A respeito desse julgado, SCHREIBER observa que a *mera hipótese de que o paciente tivesse uma chance de sobreviver não basta à responsabilização do médico. É preciso que haja, ao menos, a certeza de que, suprimido o erro médico, a chance de sobrevivência existiria*<sup>198</sup>.

Por outro lado, o relator do acórdão ainda constatou que não ficou caracterizada a culpa do profissional, motivo pelo qual, por si só, a responsabilidade do médico já poderia ser afastada.

Assim, esse último julgado é exemplo da cautela e prudência com que deve ser empregada a teoria da perda de uma chance de cura, a fim de evitar que esse recurso, concebido para reduzir as injustiças, acabe por aumentá-las.

---

<sup>198</sup> SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 96.

## 5. CONCLUSÃO

Através do presente estudo, buscou-se analisar a forma como a responsabilidade civil contemporânea tem respondido às novas exigências que lhe são impostas pela adoção de uma nova perspectiva jurídica, na qual o ser humano passa a ocupar o centro e os requisitos tradicionais exigidos para a configuração do dever de reparar passam a ser mitigados.

Verificou-se que nesse sentido surgiu na França a teoria da perda de uma chance, de acordo com a qual a reparação é devida mesmo quando não há certeza de que um prejuízo final almejado pelo sujeito irá concretizar, por conta de um ato cometido por outrem que inviabiliza a conclusão de um processo causal que está em curso.

Aos poucos, essa corrente passou a ser adotada pelos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro e também no Brasil, superada a fase inicial de desconfiança em relação à incerteza que essa nova teoria buscava trazer para o seio da responsabilidade civil.

Por outro lado, também restou destacado o fato de que a responsabilidade civil envolvendo os profissionais da medicina é outro aspecto em que o novo paradigma da responsabilidade civil se faz bastante presente. Também nessa área os requisitos clássicos da responsabilidade civil passaram por um fenômeno de renovação, facilitando a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

Nesse quadro se insere a aplicação da teoria da perda de uma chance, que ganha aqui a nomenclatura de *perda de uma chance de cura*. Em virtude das peculiaridades que cercam a atividade nessa seara, a análise dos requisitos exigidos para a responsabilização deve ser feita com muito mais cautela. Essas dificuldades, como visto, implicaram inclusive na não aceitação do uso dessa teoria na esfera médica por parte da doutrina e jurisprudência.

Entretanto, os benefícios dessa aplicação, a qual, repita-se, deve ser cercada de prudência e seriedade, parecem superar os prejuízos, motivo pelo qual no Brasil a sua aceitação é bastante difundida.

Contatou-se que a forma encontrada para compensar o abalo causado à noção de certeza foi deslocar o fator álea para quantificação do dano, de um lado,

e de outro, admitir somente as chances entendidas como “sérias e reais” – o que, todavia, não está necessariamente ligado a qualquer percentual fixo estabelecido de forma apriorística e nem implica em violação à exigência de que o dano indenizável seja certo.

Observou-se que a teoria ganha campo nas mais diversas situações da medicina, mas tem especial aplicação nos casos decorrentes de violação ao dever de informação exigido dos médicos – tamanha é a relevância desse aspecto que parte da doutrina entende ser esse uma subespécie da perda de uma chance de cura.

Outro ponto que chama a atenção diz respeito às dificuldades que cercam a questão da quantificação, os quais, todavia, não devem servir de argumento para afastamento da responsabilização. Além disso, o ônus da prova na aplicação da teoria é aspecto a ser sopesado, sob pena de inviabilizar a pretensão das vítimas.

Por fim, procedeu-se a uma breve análise dos julgados em que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a teoria da perda de uma chance de cura. Nesse sentido, constatou-se que a jurisprudência está atenta aos desafios que a doutrina aponta em relação à teoria e tem dado respostas bastante satisfatórias na busca da promoção do paradigma solidarista que conforma a responsabilidade civil atualmente, sem que isso implique, porém, na banalização do instituto.

## REFERÊNCIAS

ACCHIONI, Giovani. **Diritto Civile Italiano. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quase Delitti.** Padova: Cedam, 1940.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do Médico.** Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALMEIDA, Felipe Cunha. **A teoria da perda de uma chance e a responsabilidade civil do profissional da saúde sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça: que tipo de indenização?** Revista Jurídica Ano 61 – nº 427 – maio/2013.

ALVIM, **Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro.** Revista de Direito Privado, ano 10, nº 40, outubro/2009.

ARAÚJO, Vaneska Donato. **A perda de uma chance.** In: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente.** In: Diálogos sobre direito civil – volume III/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BOCCHIOLA, Maurizio. **Perdita di una chance e certezza del danno.** In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XXX, p. 55-101, 1976.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 84, v. 733, novembro de 1996.

BRITO, Roberta Veras de Lima. **A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição**

**jurisprudencial e admissibilidade.** Revista da ESMAPE, Recife. V. 12. N. 26. P. 269-296. Jul/dez 2007.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 101, vol. 922, agosto/2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO E SILVA Clóvis Veríssimo do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado.** Revista dos tribunais vol. 667, ano 80, maio de 1991.

DE CUPIS, Adriano. **Il dano: teoria generale dela responsabilità civile,** 2v. 2. Ed. Milano: Giuffrè, 1966.

FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade civil contemporânea no Brasil : notas para uma aproximação.** Artigo disponível em: <http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>  
Acesso em 09/11/2013.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos.** Revista Ajuris, Porto Alegre. Ano XIX, Julho 1992, nº 55.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico.** 6 ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1994.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação.** Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance.** Revista dos Tribunais, São Paulo. Ano 94, volume 840, outubro de 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance.** Dissertação de mestrado. Curitiba, 2010. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/23451/dissertacao%20perda%20chance.pdf?sequence=1> (acesso em 29/10/2013).

KFOURI NETO, Miguel. **Graus de culpa e redução equitativa da indenização.** Revista Paraná Judiciário vol. 56/57.2005/2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico – 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KING JR, Joseph H. **Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine.** University of Memphis Law Review. Winter 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **A Responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor.** RT 827, ano 93, setembro de 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor. Ano 16, nº 63, jul-set/2007.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1. 2. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 3. Ed. São Paulo: Editora Método, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. In: O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. Coord. Ana Frazão, Gustavo Tepedino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. In: Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. Coord. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas**. In: Responsabilidade Civil. Coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (Grandes temas da atualidade; v. 6).

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Temas de direito civil – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VASSILIEFF, Sílvia. **A reponsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor**. In: Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito



Existencial. Coord. TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. São Paulo: Método, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.