

# O ERRO MÉDICO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE

Vynicius Pereira Guimarães<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo busca investigar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance à responsabilidade civil médica. Tomando em consideração que a teoria divide-se, com base na doutrina majoritária brasileira, em duas grandes modalidades – perda da chance de obter uma vantagem e perda da chance de evitar um prejuízo – a permitir o estudo específico de cada uma delas, investiga-se suas influências na seara da responsabilidade civil médica.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade civil. Erro médico. Chance. Teoria da perda da chance. Direito civil-constitucional.

## MEDICAL MALPRACTICE: CONSIDERATIONS REGARDING CIVIL LIABILITY FOR LOSS OF CHANCES

**Abstract:** The present study aims to investigate the applicability of the Loss of Chance doctrine to medical liability. Taking into consideration that in Brazil the theory is divided into two categories – loss of chance of obtaining a benefit and loss of chance of preventing a damage – this study will investigate how such categories should apply in cases regarding medical liability.

**Keywords:** Civil liability. Medical malpractice. Chance. Loss of Chance doctrine. Civil-constitutional Law.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do curso de Pós-Graduação em Direito do CEPED/UERJ. Advogado.

Sumário: 1. Introdução: a taxonomia das chances perdidas. 2. A perda da chance de obter uma vantagem. 2.1. Perda da chance de obter uma vantagem x vantagem perdida: razoabilidade e quantificação. 3. A perda da chance de evitar um prejuízo. 3.1. A perda da chance de evitar um prejuízo: um problema de causalidade. 3.2. As implicações do dano final na perda da chance de evitar um prejuízo: uma difícil relação. 4. A responsabilidade civil médica e a perda da chance de evitar um prejuízo. 5. Síntese conclusiva. 6. Referências bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO: A TAXONOMIA DAS CHANCES PERDIDAS



divisão bipartite da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance a acompanha desde sua origem no Direito francês, que, capitaneada por René Savatier,<sup>2</sup> a dividia em i) casos nos quais o fato alegado diminuiu as chances de realização de um evento favorável, que, efetivamente, não ocorreu e ii) casos em que o fato alegado aumentou as chances de realização de um dano que de fato foi produzido. Assim, grande parte da doutrina francesa passou a repartir a aplicação da teoria em dois grandes grupos. O primeiro foi denominado de *perda da chance clássica*<sup>3</sup> e o segundo passou a ser reconhecido como a *perda da chance na seara médica*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. t. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 8-10.

<sup>3</sup> Sobre a compreensão da perspectiva clássica na doutrina francesa, v., por todos, PENNEAU, Jean: “Dans la *perspective classique* de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l'interruption d'un processus dont on ne saura jamais s'il aurait été générateur d'éléments positifs ou négatifs” (PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue internationale de droit comparé*, v. 42, n. 2, a. 1990 p. 537. Disponível em [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1978](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978). Acesso em 15.5.2017).

<sup>4</sup> A classificação é seguida, dentre outros, por PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue internationale de droit*

A classificação majoritária francesa foi criticada pelo fato de a própria responsabilidade médica poder, em alguns casos, se encaixar na categoria clássica, o que impediria, de pronto, a separação dos casos médicos de um lado e de todos os outros, de outro. Nesse sentido, Rafael Peteffi traz a lição de François Chabas, que afirma haver uma “aplicação verdadeira” e uma “aplicação falsa” da perda da chance na seara médica.<sup>5</sup>

Mais consistente, portanto, revela-se a classificação brasileira, trazida por Fernando Noronha, a dividir as modalidades da perda da chance, grosso modo,<sup>6</sup> em i) *a perda da chance de obter uma vantagem* e ii) *perda da chance de evitar um prejuízo*.<sup>7</sup> No primeiro caso, está-se diante de um processo cujo curso natural propiciaria à pessoa a oportunidade de vir a obter, no futuro, uma vantagem. Ao interromper o processo aleatório, o fato antijurídico frustra a chance de a vítima alcançar o benefício. Na segunda modalidade, suprime-se a oportunidade que a vítima detinha de evitar certo dano, que, justamente em razão da conduta antijurídica (omissiva ou comissiva), acaba por se consumir.

A primeira modalidade – *perda da chance de obter uma vantagem* – pode ter como exemplo a clássica hipótese em que o candidato de determinado concurso tem frustrada a chance de

---

*comparé*, v. 42, n. 2, a. 1990 pp. 525-544. Disponível em [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1978](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978). Acesso em 15.5.2017.

<sup>5</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 98.

<sup>6</sup> O autor apresenta, ainda, subdivisões. V. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 665 e ss.

<sup>7</sup> “Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*, no segundo em *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido*” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 665).

vencer o prêmio ao ser impedido de participar efetivamente do certame. É o caso do pintor que, inscrito em um concurso artístico, não tem sua obra avaliada em razão de ilícito cometido pela transportadora, que não entrega o quadro tempestivamente.

A segunda modalidade exemplifica-se nos casos em que é retirada da vítima a oportunidade de evitar um dano efetivamente ocorrido. O raciocínio se faz presente na hipótese do alarme antifurto que, ao não funcionar devidamente, suprime a chance de se impedir um assalto.

Fato é que, embora possuam características particulares – a sustentar a divisão –, nenhuma das modalidades deve excluir o reconhecimento da chance como interesse autônomo merecedor de tutela, como se defenderá ao longo deste trabalho. Tratam-se, assim, de modalidades de aplicação da teoria da perda da chance.

De modo diverso entende parte da doutrina. Para alguns, a bipartição (*obter uma vantagem x evitar um prejuízo*) se justificaria para facilitar a distinção entre as situações em que a perda de chance poderia ser identificada como dano autônomo e aquelas nas quais a teoria da perda de chance não seria propriamente aplicada, tratando-se, na verdade, de uma revisitação dos critérios denexo de causalidade (para aferição do grau de interferência do ato faltoso sobre o dano consumado).<sup>8</sup> A primeira residiria justamente na perda da chance de obter uma vantagem e a segunda, na de evitar um malefício.

Rafael Peteffi da Silva, nesse sentido, sugere a seguinte sistematização: “entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no

---

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 222.

conceito de causalidade parcial em relação ao dano final”.<sup>9</sup>

O autor, acompanhado também por Nathália Canuto e Rafael Cândido,<sup>10</sup> ignora o conteúdo autônomo da chance na modalidade *evitar um malefício*, vinculando sua reparação ao dano final por uma técnica de flexibilização do nexo de causalidade –denominada *causalidade parcial* –, que será estudada adiante.

Dessa forma, para os autores supracitados, apenas a *chance de obter uma vantagem* caracterizaria um dano autônomo. Em outras palavras, somente nessas hipóteses a chance configuraria um interesse tutelável por si mesmo. Na modalidade *evitar um prejuízo*, a reparação do dano estaria alicerçada à noção de causalidade parcial, como se verá adiante, vinculando-se a tutela da chance perdida à reparação do *dano final*. Isto, como já visto, significa, na verdade, a rejeição da teoria da perda da chance nesses casos, dada a negação da chance como interesse merecedor de tutela independente.

Sob a perspectiva do processo aleatório interrompido pelo ato lesivo, Rafael Peteffi da Silva classifica as modalidades de perda da chance em i) *casos em que o processo aleatório não chega até o final* (aqui compreendidas como a perda da chance de obter uma vantagem) e ii) *casos em que o processo aleatório chega até o final* (perda da chance de evitar um dano efetivamente ocorrido), em que, para o autor, a noção de causalidade parcial é chamada a depor.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 104.

<sup>10</sup> “Como será exposto, a causalidade parcial é fundamento adequado da perda de chance pela frustração de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, ao passo que a reparação da chance como dano autônomo terá lugar nos casos de frustração da chance de obter uma vantagem futura” (FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 222).

<sup>11</sup> “Dentro da categoria ‘frustração de chances de evitar um dano’ seriam catalogados os casos em que o processo aleatório foi até o final” (SILVA, Rafael Peteffi da.

Não obstante o referido esforço doutrinário, mais adequada revela-se a lição de Fernando Noronha, para quem, como já citado, “a perda da chance, *qualquer que seja a modalidade em que se apresente*, traduz-se sempre num dano específico, o *dano da perda da própria chance*, o que é distinto dos eventuais benefícios que eram esperados, mas tal dano há de ser sempre consequência adequada do fato antijurídico que estiver em questão”.<sup>12</sup>

Assim, ao afirmar que, nas hipóteses em que se recorre ao instituto da perda de chances, o *dano final* nunca é reparável, porque não passa de um dano incerto, fica evidente o abandono pelo autor da causalidade parcial e a adoção irrestrita da reparabilidade da chance como dano autônomo, distinto do prejuízo final. Essa é a posição mais adequada, como se demonstrará no decorrer deste trabalho.

## 2. A PERDA DA CHANCE DE OBTER UMA VANTAGEM

À perda da chance de obter uma vantagem também se dá o nome, por influência da doutrina francesa, de *perda da chance clássica*. Nessa modalidade, há a interrupção do curso de um processo que poderia conduzir a vítima a um benefício. Uma vez obstruído o curso natural dos fatos, nunca se saberá se a vantagem viria ou não a se concretizar, visto a aleatoriedade do evento interrompido.

Os exemplos são inúmeros: o cliente que perde a chance de obter uma sentença favorável em ação judicial em razão da negligência do advogado, que perde o prazo para juntar um importante documento; na esfera pública, tome-se como exemplo um procedimento licitatório que, ao final, é anulado por ilícito

---

*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 105).

<sup>12</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 671.

praticado pela Administração condutora do processo. Pode-se dizer, nesse caso, que os licitantes perdem a chance de vencer a licitação e auferir o benefício de um contrato vantajoso com o ente público. As multicitadas hipóteses do jóquei e do pintor que, ao serem impedidos de participar da corrida e do concurso de artes, respectivamente, perdem a chance de ganhar o prêmio, também configuram exemplos desta modalidade de perda da chance.

Nesses casos, o fato lesivo impossibilita totalmente a aposta, pois o processo aleatório é interrompido antes de chegar ao seu fim. No caso do pintor que é impedido de participar de um concurso em que estava inscrito devido à conduta culposa dos correios, tem-se que o curso natural dos fatos – isto é, desconsiderando-se o ato lesivo – jamais será conhecido, justamente em razão da conduta do responsável.

Ressalte-se que nem sempre a natureza da chance perdida será análoga à natureza do dano. Isto porque nada impede que da lesão a um interesse patrimonial decorra um dano existencial. Isto é, se, de um concurso que prevê prêmio pecuniário, por exemplo, um candidato é impedido ilicitamente de participar, pode-se vislumbrar, a depender da análise do caso concreto, também a configuração de dano extrapatrimonial. Por certo, nada impede que, na modalidade *chance de obter uma vantagem*, o ganho perdido seja de natureza existencial, permitindo-se, por óbvio, a reparação da perda da chance nesta modalidade também quando caracterizar dano exclusivamente moral.

Acrescente-se que, pela *teoria dos efeitos da lesão*,<sup>13</sup> a

---

<sup>13</sup> Pela teoria dos efeitos da lesão, entende-se que a caracterização da natureza do dano (se material ou moral) decorre do efeito produzido *in concreto* na vítima, e não da natureza do interesse violado. Dessa forma, em matéria de perda da chance, tem-se que esta pode configurar dano patrimonial ou dano moral, não importando se a oportunidade perdida trazia consigo valor patrimonial (chance de ganhar determinado prêmio) ou extrapatrimonial (chance de manter-se vivo). Sobre o tema, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. Nas palavras do autor: “Isto é, dizer-se *dano = lesão* é bem diferente de se

natureza do dano será elucidada pela projeção *in concreto* que do ato lesivo na vítima, não se devendo vincular, portanto, a natureza jurídica da chance perdida à do dano gerado pela lesão. Explica-se: ainda que se vislumbre conteúdo patrimonial na oportunidade perdida, nada impede que a lesão à chance, no caso, gere dano de natureza extrapatrimonial. Nenhuma ilustração melhor do que a chance perdida pelo maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima. O exemplo é trazido por Nathália Canuto e Rafael Cândido:

Durante a competição da maratona olímpica de 2004, em Atenas, o atleta estava a seis quilômetros da linha de chegada, quando foi abruptamente agarrado por um homem, projetando-o contra o público. O evento certamente causou-lhe abalo psicológico, tirando-lhe a concentração para a prova e ocasionando a perda de preciosos segundos. Nada garante que, não fosse o episódio, o maratonista teria se sagrado vencedor da prova. Em vez disso, alcançou somente a medalha de bronze. Mas é possível afirmar, com razoável margem de certeza, que a ação ilícita de terceiro lhe subtraiu algumas chances de ganhar ou de obter um resultado melhor aquela prova.<sup>14</sup>

Talvez o maior exemplo da modalidade clássica de perda da chance seja a perda do prazo recursal por advogado negligente. Mas aqui vale uma observação: nem sempre a responsabilidade do advogado por lesão à chance deverá ser enquadrada na modalidade clássica. Isto é, se o mandatário negligentemente deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor recurso contra sentença desfavorável a seu constituinte, há a supressão da

---

afirmar *dano = efeito da lesão*. E, como a lesão pode suscitar variados efeitos, a vertente que ora se propõe – *teoria dos efeitos da lesão* – parece conduzir a uma definição mais técnica do que seja o dano extrapatrimonial” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 130).

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, pp. 223-224.



chance. Contudo, veja-se: essa chance (perdida) poderá ser tanto a de *obter uma vantagem* quanto a de *evitar um prejuízo*, a depender do conteúdo da sentença da qual se deixou de recorrer.

Se a ação fora postulada pelo constituinte do advogado negligente e tivera pedido indenizatório inicial de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a sentença que julgou a ação parcialmente procedente, concedendo indenização de cinco mil reais, não gerou um propriamente um prejuízo para a parte autora. Se o advogado, culposamente, deixa de recorrer da decisão, lesa a chance de seu constituinte obter a vantagem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Neste caso, a responsabilidade civil do advogado pela perda da chance enquadra-se na modalidade clássica da teoria – *perda da chance de obter uma vantagem*.

Se, por outro lado, a ação fora proposta em face do cliente do advogado desidioso e a sentença lhe foi desfavorável, condenando-o ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a não-interposição de recurso pelo causídico faz com que o mandante perca a chance de evitar um prejuízo no referido valor de dez mil reais. Nesta hipótese, diferentemente do exemplo anterior, a não-ação do advogado não interrompe o curso causal, permitindo que haja o dano final, configurado no trânsito em julgado da decisão desfavorável.

## 2.1. PERDA DA CHANCE DE OBTER UMA VANTAGEM X VANTAGEM PERDIDA: RAZOABILIDADE E QUANTIFICAÇÃO

A indenizabilidade das chances perdidas condiciona-se ao requisito da razoabilidade. No que tange à modalidade *perda da chance de obter um benefício*, tem-se que o requisito deverá ser verificado em uma avaliação da razoabilidade que a oportunidade perdida teria de se transfigurar em uma vantagem caso não fosse interrompido o curso natural dos fatos.

Ademais, também como fora visto anteriormente, a indenização da perda da chance deve respeitar um *teto categórico*,

que, na modalidade *auferir uma vantagem*, representa-se justamente no valor da vantagem perdida, a que também se faz alusão pelo termo *dano final*. Dessa forma, a reparação promovida pela teoria consistirá, nesses casos, à fração do valor da vantagem perdida, cujo cálculo será feito por meio da aplicação de um juízo probabilístico – consistente justamente no grau de probabilidade que detinha a vítima de obter a vantagem suprimida – ao montante final. É a lição de Fernando Noronha: “O dano da perda de chance, para ser reparável, ainda terá de ser certo, embora consistindo somente na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo; mais ou menos incerto será apenas saber se essa oportunidade, se não estivesse perdida, traria o benefício esperado: por isso é que, como veremos melhor na exposição subsequente, o valor da reparação do dano certo da perda da chance ficará dependendo do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado”.<sup>15</sup>

Veja-se o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: a autora, usuária do *Facebook*, publicou uma foto de sua cadela no perfil de um estabelecimento de hotelaria, a fim de participar de uma promoção pela qual o hotel concederia hospedagem grátis para o participante cuja foto recebesse mais *curtidas* dos outros usuários. Quando a imagem postada atingiu o primeiro lugar, com a marca de 877 *curtidas*, a publicação foi excluída da página do hotel, de modo que a autora perdeu todas as *curtidas* que havia recebido. Ao entrar em contato com o perfil do Hotel, sua conta foi bloqueada, impossibilitando a concorrente de ingressar novamente na competição.

O caso trata nitidamente da perda da chance de *obter uma vantagem*, consistente no prêmio, que comportava a hospedagem sem custos por dois dias no hotel, no valor de R\$

---

<sup>15</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 666-667

1.430,00 e o oferecimento de ração para o animal de estimação (que também seria hospedado), no valor de R\$ 200,00, totalizando uma vantagem de R\$ 1.630,00, que foi perdida diante da conduta ilícita da parte ré.

Em primeira instância, o pedido indenizatório foi julgado procedente, a condenar o *Facebook* e a rede de hotéis ao pagamento solidário de reparação no valor de R\$ 10.000,00, a título de dano moral. Contudo, a decisão foi revertida no Tribunal. O voto do desembargador relator Eugênio Facchini Neto registrou inequivocamente que os danos suportados foram predominantemente materiais, “sendo o benefício patrimonial daí decorrente, portanto, tão somente um percentual dos pouco mais dos mil e quinhentos reais correspondentes ao prêmio total previsto para o vencedor; nada mais que isso”.<sup>16</sup>

De forma acertada, o relator consignou o que já se afirmou neste trabalho: que a reparação pela perda das chances deve obedecer a um limite lógico. Na modalidade *perda da chance de obter uma vantagem*, tal limite encontra-se no valor pecuniário desta vantagem, quando o dano for de natureza patrimonial. Dessa forma, a Câmara, acertadamente, reduziu o *quantum indenizatório*, pois “a indenização extrapatrimonial concedida, no patamar em que fixada (dez mil reais), corresponde, repito, a aproximadamente sete vezes o prêmio do concurso do qual a autora foi impossibilitada de participar – o qual não se tem certeza de que iria ganhar, até por isso eventual indenização material consistiria apenas num percentual desse prêmio, à vista da aplicação da teoria da perda de uma chance –, a revelar flagrante desproporcionalidade na quantificação daquela. Estes (os danos) foram predominantemente materiais, consistentes na perda da chance da autora de ganhar o concurso, sendo o benefício patrimonial daí decorrente, portanto, tão somente um percentual dos pouco mais dos mil e quinhentos reais correspondentes ao

---

<sup>16</sup> TJRS, Ap.Civ. 70067281535, 9ª C.C, rel. des. Eugênio Facchini Neto, julg. 29.1.2016.

prêmio total previsto para o vencedor; nada mais que isso”.<sup>17</sup>

Como visto, quando a perda da chance configura dano de natureza patrimonial, a elucidação do *quantum* indenizatório revela-se tarefa mais simples para o magistrado. Do contrário, quando se estiver diante de perda da chance *de obter uma vantagem* que caracterize dano moral, a quantificação se fará por arbitramento judicial.

A modalidade ora estudada não apresenta, é verdade, maiores dificuldades de compreensão. A categoria *obter uma vantagem* não impõe maiores desafios ao intérprete. O mesmo não se pode dizer da segunda modalidade da teoria – a *perda da chance de evitar um prejuízo* –, objeto de controvérsias mais profundas, que merecem análise detida.

### 3. A PERDA DA CHANCE DE EVITAR UM PREJUÍZO

Diferentemente da modalidade clássica, a perda da chance de *evitar um prejuízo* não interrompe o processo aleatório no qual se encontrava a vítima. Enquanto na modalidade

---

<sup>17</sup> TJRS, Ap.Civ. 70067281535, 9ª C.C, rel. des. Eugênio Facchini Neto, julg. 29.1.2016. O acórdão está a seguir ementado: “Apelação cível. Subclasse responsabilidade civil. Ação indenizatória. Indisponibilização de publicação feita pela autora no facebook com o intuito de participar de concurso. Falha técnica na rede social. Bloqueio posterior, pelo promovedor do concurso, do acesso da autora à sua página na rede social. Dever de reparação moral. 1. É caso de confirmar a responsabilização dos demandados pelos prejuízos advindos do acontecido, já que suas condutas, em conjunto, foram a causa determinante da impossibilidade da autora de disputar o prêmio do concurso divulgado pelo Hotel, via Facebook. 2. Conseqüência natural do acontecido que seria a condenação dos réus a reparar o dano material disso decorrente, consistente num percentual do valor equivalente ao prêmio prometido para o vencedor do concurso, à vista da aplicação da teoria da perda da uma chance. Pretensão, no entanto, desacolhida na sentença e não devolvida em grau de apelo. 3. Manutenção da reparação extrapatrimonial que se justifica predominantemente por sua finalidade punitiva e dissuasória, já que ofensa moral advinda do ocorrido se deve, quase que na sua integralidade, à importância desmesurada emprestada pela autora aos fatos e à repercussão desmedida dada a estes por ela. 4. Redução da indenização concedida por danos morais para R\$ 2.000,00. Apelação parcialmente provida”.

*obter uma vantagem*, o ato lesivo interrompe o curso causal natural, suprimindo da vítima a oportunidade de auferir um benefício, na categoria *evitar um prejuízo*, a perda da chance ocorre exatamente porque não houve a interrupção da cadeia causal, quando poderia ter havido, o que acaba por culminar na ocorrência de um dano. Assim, a conduta do agente retira do ofendido a oportunidade de evitar o malefício, proveniente de um processo aleatório já em curso, que acaba por se verificar. A tal prejuízo se dá o nome de *dano final*.

A responsabilidade pela perda da chance na modalidade *evitar um prejuízo* impõe que houvesse a possibilidade de o processo aleatório ter sido interrompido pelo responsável, que, justamente por não o ter feito, lesou a chance que a vítima detinha de evitar um prejuízo de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Obviamente, não se impõe a prova cabal de que a atuação do ofensor teria, de fato, evitado o dano, pois, ao se falar de chance, o resultado almejado detinha natureza “mais ou menos aleatória”<sup>18</sup>, sendo tal prova logicamente impossível.

Como ensina Fernando Noronha, se fosse possível provar que o prejuízo não aconteceria se o processo danoso tivesse sido interrompido, estar-se-ia perante situação em que haveria absoluta certeza de que foi a não-interrupção que causou o dano.<sup>19</sup> Justamente por isso, nessas hipóteses, não se trataria de um caso de lesão à chance, mas a outro bem ou interesse jurídico, que deverá por si próprios ser indenizados.

Explica-se: se fosse possível dizer que, houvesse funcionado o alarme, a loja não teria sido roubada, deveria o operador do sistema de segurança ser responsabilizado pelo dano proveniente do roubo e não pela perda da chance de evitá-lo. Exatamente pela inviabilidade prática de tal prova é que a vítima deve se socorrer da teoria da perda de uma chance na modalidade

---

<sup>18</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 676.

<sup>19</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 676.

*evitar um malefício.*

Isto é, se houvesse a interrupção do processo aleatório, haveria a possibilidade de o dano não ocorrer. Trata-se da perda de uma *chance* justamente porque não é possível saber ao certo se a atuação do ofensor seria idônea ou não a evitar, de fato, o prejuízo. A pergunta-chave nessas hipóteses consiste em saber em que medida o dano poderia ter sido evitado caso o ofensor houvesse agido diligentemente e interrompido o processo aleatório.

Observa-se que o ofensor não causou o dano final, mas tão somente suprimiu as chances de impedi-lo. Dessa forma, a ele não se deve imputar a responsabilidade por todo o prejuízo, que jamais poderá ser ressarcido por ausência de nexo de causalidade.<sup>20</sup> Imputa-se-lhe, ao revés, a lesão à chance, esta sim a ser reparada, mas sempre como fração do dano final.

Imagine-se o exemplo do estabelecimento comercial que instala um sistema de alarme anti-furto, mas, na ocasião de um assalto, o equipamento falha. Nada garante que, se o aparelho houvesse disparado, o furto teria sido evitado, mas certamente havia uma chance de se impedir o assalto, que foi suprimida pelo não-funcionamento do alarme. É justamente essa lesão à chance de evitar o prejuízo que essa modalidade da teoria busca indenizar.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Nesse exato sentido é a manifestação do STJ: “Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da ‘*conditio sine qua non*’, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica” (STJ, REsp. 1.254.141/PR, 3ª T., rel. min. Nancy Andriahi, julg. 4.12.2012).

<sup>21</sup> A hipótese foi objeto de julgamento pela Corte de Cassação Francesa e é amplamente citada em doutrina. Nesse sentido, v. DA SILVA, Rafael Peteffi (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007); NORONHA, Fernando, (*Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 677); além de artigo recentemente publicado por FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 225).

A responsabilidade civil médica se apresentou como terreno fértil para o estudo desta modalidade da teoria.<sup>22</sup> Veja-se o seguinte caso: um médico culposamente erra o diagnóstico de determinada doença de um paciente, que vem a óbito. A ciência, todavia, demonstra que mesmo se houvesse aplicado o tratamento correto, não haveria certeza de cura. Certamente o erro médico lesou a chance que o paciente tinha de evitar a morte, mas nada garante que tenha lesado a vida do paciente, pois não se faz possível provar que, com o tratamento correto, a vítima teria sobrevivido. Por tal razão, o médico deverá ser responsabilizado pela chance perdida e não pelo dano-morte, que poderia ocorrer ainda que tivesse agido diligentemente. É o que se estudará logo adiante, mas, antes, deve-se investigar a real fundamentação desta categoria de perda de uma chance. Seria, ao fim das contas, uma mera questão de causalidade?

### 3.1. A PERDA DA CHANCE DE EVITAR UM PREJUÍZO: UM PROBLEMA DE CAUSALIDADE?

A teoria da perda da chance é edificada sobre a noção da oportunidade perdida como um interesse juridicamente tutelável. Tal compreensão não traz maiores indagações no estudo da modalidade perda da chance de *obter uma vantagem*, pois, nesses casos, a chance perdida é pacificamente identificada como dano autônomo a ser reparado de forma independente da vantagem esperada, que nunca irá ocorrer.

Muito embora setor considerável da doutrina acredite que o referido alargamento do conceito de dano indenizável seja suficiente para abarcar ambas as modalidades, há autores, como já adiantado, que não veem na *perda da chance de evitar um*

---

<sup>22</sup> A observação é feita por NORONHA, Fernando. “Todavia, é na responsabilidade médica que podemos encontrar os exemplos mais característicos desta perda da chance, o que se compreende, devido à natureza em maior ou menos medida aleatória dos tratamentos disponíveis” (*Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 677).

*prejuízo* uma modalidade de aplicação da teoria, pois, segundo afirmam, trata-se de um problema de causalidade. Nesses casos, a indenização da perda da chance estaria vinculada ao chamado dano final, este sim indenizável.<sup>23</sup>

A doutrina francesa já propunha uma ruptura radical entre os casos da perda de uma chance clássica e a chamada *perda da chance na seara médica* (*perte d'une chance de guérison ou de survie*). A princípio, por influência de René Savatier, buscou-se resolver o problema por meio do raciocínio do “tudo ou nada”, isto é, ou bem se pode provar que o ato lesivo foi capaz de gerar o dano final ou bem estaria ausente o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo. No primeiro caso, dever-se-ia indenizar a totalidade do dano; no segundo, nenhuma reparação seria devida.<sup>24</sup>

Em momento posterior, a doutrina evoluiu para a compreensão de que, como afirma Jean Penneau, deve-se buscar a *causalidade parcial* (*causalité partielle*), para que se possa indenizar um dano intermediário, impossível de dissociar do dano final.<sup>25</sup> A concepção não foi imune a críticas. Segundo René Savatier, a causalidade parcial promoveria uma disfunção da

---

<sup>23</sup> SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 61.

<sup>24</sup> “Or, si, au résultat des débats, le juge reste incertain sur la causalité du dommage, et doute encore du rattachement de celui-ci à la faute, par ailleurs prouvée, notre droit ne lui permet pas de condamner le défendeur. Pourtant, une série de décisions récentes de la Cour de cassation (28) traitent autrement ce doute du juge. On lui permettrait de procéder, dans son ignorance de la causalité du dommage, à une évaluation des chances rétrospectives de cette causalité” (SAVATIER, René. *La responsabilité médicale en France: aspects de droit privé. Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 n. 3, Juillet-setembre, 1976, p. 501).

<sup>25</sup> Nas palavras do autor francês: “la responsabilité médicale un principe condamné par le droit commun de la responsabilité: celui de la causalité partielle. Il vaudrait sans doute mieux le reconnaître clairement que prétendre indemniser un soi-disant dommage intermédiaire: la chance perdue qu'il est, en toute logique, impossible de dissociar du préjudice final” (PENNEAU, Jean. *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. Revue internationale de droit comparé*, v. 42, n. 2, a. 1990 p. 538. Disponível em [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1978](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978). Acesso em 15.5.2017).



função judicante, pois “a missão do juiz é julgar e não dosar suas hesitações”.<sup>26</sup> A rejeição por Savatier, contudo, não impediu que a noção de causalidade parcial influenciasse a maioria das ilações doutrinárias francesas e, desse modo, fosse utilizada como recorrente fundamento para a perda da chance, inclusive no Brasil.

Assim, parte da doutrina pátria, inspirada nos franceses, abandonando a compreensão da chance como um interesse autônomo, passou a edificar a *perda da chance de evitar um prejuízo* sobre uma noção alternativa de nexo de causalidade: a *causalidade parcial*. Como não se pode provar a causalidade entre o ato lesivo e o *dano final* – o que tornaria injusta a imputação de todo o dano ao ofensor – permite-se ao magistrado reduzir o *quantum* indenizatório na exata proporção em que a conduta lesiva proporcionou o dano final. Desse modo, evitar-se-ia, a partir da compreensão da causalidade parcial como uma revisão dos critérios para estabelecimento do nexo de causalidade, o problema gerado pela lógica do “tudo ou nada”, que, em muitos casos, acaba por promover subcompensações ou ultracompensações.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> “*La mission du juge est de juger, et non de doser ses hésitations. Si son intime conviction est faite en faveur des preuves exigées du demandeur, il doit lui donner entièrement raison. Mais si la preuve de la causalité du dommage reste à ses yeux incertaine, son doute doit avoir pour effet le rejet de la demande. C'est une règle de sécurité! Comment, dans le doute qui l'assiège, pourrait-il d'ailleurs évaluer sérieusement de prétendues chances de causalité? Si, dans d'autres matières : par exemple, la destruction fautive d'un billet de loterie, ou la perte d'un procès au fond par une faute de procé dure d'un avoué, le juge de la responsabilité civile est admis à convertir en dommages-intérêts des chances perdues, c'est parce qu'il a alors les moyens d'évaluer ces chances. En est-il de même en matière de responsabilité médicale, quand il doute de la causalité de la faute. Il faut reconnaître que non!*” (SAVATIER, René. La responsabilité médicale em France - aspects de droit privé. *Revue internationale de droit compare*. Vol. 28 n. 3, Julliet-setembre, 1976, p. 502).

<sup>27</sup> A observação é feita por Rafael Peteffi da Silva: “Desse modo, o padrão ‘tudo ou nada’ de causalidade estaria, em muitos casos, patrocinando subcompensações ou ultracompensações (*overcompensation and undercompensation*). Com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado” (*Responsabilidade civil pela perda de*

Assim, essa corrente doutrinária enxerga na modalidade *evitar um prejuízo* a necessidade de perquirir em que medida o ato lesivo deu causa ao dano final, a tornar necessário o conceito de *causalidade parcial*, pelo qual a indenização da chance perdida estaria necessariamente vinculada ao prejuízo final. Em outras palavras, não haveria, nessas hipóteses, perda da chance a ser indenizada. Ao revés, todo o esforço residiria na tentativa de encontrar o nexo entre o ato lesivo e o dano último.

Tal ideia foi trazida por autores como Jacques Boré<sup>28</sup> e John Makdisi<sup>29</sup> como um redimensionamento do nexo causal, pelo qual há a responsabilização do ofensor na medida em que o ato lesivo contribuiu para o dano perpetrado. A dizer: se não se pode provar o liame entre o ato lesivo e o prejuízo final, a reparação pode ser concedida por um dano parcial e relativo, que equivaleria à perda da chance.<sup>30</sup>

Rafael Peteffi da Silva, seguindo de certo modo a doutrina francesa majoritária, defende que, nos casos em que o processo aleatório chega até o final, a perda da chance não deva ser considerada uma forma independente de dano. Isto porque, diferentemente dos casos de *perda da chance clássica*, em que o processo aleatório é interrompido e a chance pode ser isolada

---

*uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61).

<sup>28</sup> BORÉ, Jacques. *L'indemnization pour les chances perdues*: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. JCP, 1974, I. *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>29</sup> MAKDISI, John. *Proportional liability*: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability. North Carolina Law Review, v. 67, p. 1063, 1989. *Apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>30</sup> Trata-se, em verdade, da noção de concausalidade, explicada em lição de Gustavo Tepedino: “nas hipóteses de concomitância de causas diretas, quando mais de uma causa tem relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando é impossível determinar qual das causas foi verdadeiramente preponderante, reparte-se o dever de indenizar, invocando-se a chamada culpa concorrente” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica - Seção Doutrina Cível*, Ano 50, n. 296, Junho/2002, p. 15).

como uma “propriedade” anterior da vítima de quem é suprimida; nas hipóteses de *perda da chance de evitar um prejuízo*, como o processo aleatório vai até seu último estágio, permite-se conhecer o dano final, de modo que a análise das chances perdidas não será uma suposição em direção ao futuro, mas uma análise de fatos já ocorridos. Dessa forma, o autor afirma que, na perda da chance na seara médica, a única incógnita seria a relação de causalidade entre o dano final e o ato ilícito do médico.<sup>31</sup>

Outro argumento no qual se apoia a referida parte da doutrina consiste na ideia de que, por possuir estrutura distinta – já que o processo aleatório atinge seu fim –, a *perda da chance de evitar um prejuízo* tem fundamento de tutela diverso. Afirma-se, nesse sentido, que o interesse de maior envergadura, objeto do dano final, terá maior merecimento de tutela, tendo em vista o aspecto solidarista da responsabilidade civil e da reparação integral dos danos.<sup>32</sup>

Desse modo, pensando na *perda da chance na seara médica*, o dano morte se sobressairia em relação à perda da chance de cura. Portanto, o interesse merecedor de tutela seria “irrefragavelmente o dano final, a morte”, de forma tal que a experimentação do dano final impediria o reconhecimento da chance como dano autônomo.<sup>33</sup>

Sem embargo dos posicionamentos sustentados por respeitada doutrina, o sistema de responsabilidade civil brasileiro

---

<sup>31</sup> DA SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 82 e ss.

<sup>32</sup> Nesse caso, entre a indenização das oportunidades perdidas e do dano final, o interesse de maior envergadura terá maior merecimento de tutela, sobretudo se for levado em conta o aspecto solidarista da responsabilidade civil e o princípio da reparação integral dos danos (FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 229).

<sup>33</sup> FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 230.

encontra melhor harmonia com a compreensão segundo a qual também o prejuízo não evitado deve ser abarcado pela teoria da perda de uma chance. Assim como nos casos de perda de vantagem esperada, na perda da chance de evitar um prejuízo também se verifica uma oportunidade digna de tutela autônoma e independente.

As oportunidades configuram, uma vez atendido o requisito de seriedade e razoabilidade, interesses juridicamente tuteláveis. É dizer: quando a chance perdida poder-se configurar como real e séria, sua perda será indenizável. Dessa forma, não se mostra adequado afirmar que em certas situações as chances são interesses autônomos e, em outras, não. Isto é, ou se admite que o ordenamento jurídico avançou para contemplar novos interesses merecedores de tutela – dentre eles a chance – ou se deve negar *tout court* proteção jurídica aos interesses aleatórios, o que não parece ser o caso.

Com efeito, ao se compreender a chance como interesse merecedor de tutela, impõe-se o reconhecimento de sua autonomia, o que implica dizer que a *perda da chance* ocorre independentemente do dano final, muito embora este sirva à elucidação de seu *quantum*. Não se deve, portanto, ignorar que o ato lesivo feriu tão somente uma chance que a vítima detinha de evitar o prejuízo e não o bem jurídico cuja lesão provocou o dano final.

O médico que, culposamente, não realiza determinado tratamento capaz de dar à vítima 20% de chance de sobreviver, não lesionou o bem jurídico *vida*. A lesão, a bem da verdade, foi ao bem jurídico *chance de sobreviver*, que o profissional retirou do paciente ao não aplicar o tratamento correto. Por essa razão, intui-se que a indenização devida pelo médico seja fração (no caso, de 20%) do dano final, já que este não lhe deve ser imputado.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> “O valor da chance só pode ser aferido através do cômputo do *grau de probabilidade*, que havia, de vir a concretizar-se o resultado que estava em expectativa”. (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 675).

Ainda que minimize os problemas da técnica do “tudo ou nada” e promova uma quantificação equitativa da indenização, a teoria da *causalidade parcial* peca por vincular a reparação da perda da chance ao dano final, pois, como bem reconhece a doutrina especializada, “toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final (vantagem esperada pela vítima), ou seja, as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada”.<sup>35</sup>

Portanto, a teoria da causalidade parcial implica i) a negação da chance como interesse merecedor de tutela e ii) a imputação do dano final àquele que lesou uma chance, bem jurídico logicamente de menor valor. Mesmo diante da constatação de que, nesses casos, a indenização seria proporcional à intervenção causal do ato lesivo, defende-se que não se deve responsabilizar o agente por ato que não configurou causa direta e imediata do dano experimentado.

Como não se pode afirmar o liame causal entre o ato lesivo e o dano final, a indenização não pode se dar sobre esse prejuízo, mas sobre a perda da chance, esta sim causada pelo ofensor. Vale dizer: não foi a falha do alarme que deu causa ao roubo e não é por ele que a empresa de segurança deve ser responsabilizada. A ela deve ser imputado tão somente a perda da chance de evitar o menoscabo, a que verdadeiramente deu causa.

O argumento de que o dano final, por consistir em interesse de maior envergadura, deve ser o objeto de tutela no lugar da chance perdida tampouco se mostra sustentável. Isto porque, não obstante o aspecto solidarista da responsabilidade civil, a ninguém é dado responder pelo dano a que não deu causa. Ao direito de danos também importa a dignidade do ofensor, não devendo ser compelido a indenizar um prejuízo que não causou.

---

<sup>35</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

Advogando pela autonomia das oportunidades frustradas em relação ao dano final também na modalidade *evitar um prejuízo*, tem-se a já citada lição de Fernando Noronha, segundo quem “a perda da chance, qualquer que seja a modalidade em que se apresente, traduz-se sempre num dano específico, o *dano da perda da própria chance*”.<sup>36</sup>

O posicionamento foi reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em voto de autoria da ministra Nancy Andrighi no REsp 1,254.141/PR sobre a perda da chance de evitar um prejuízo em caso de erro médico, consignou: “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”. E rematou: “prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional”.<sup>37</sup>

Vê-se, portanto, que a Corte afastou a necessidade de se recorrer à teoria da causalidade parcial como meio de reparar a perda da chance de evitar um prejuízo, dado o reconhecimento da oportunidade frustrada como um interesse a ser tutelado por si próprio.

Por fim, ressalta-se que o exposto não fere o princípio da reparação integral dos danos, pois ao infrator caberá reparar o prejuízo na exata medida que o causou.<sup>38</sup> Em verdade, a consequência prática do que se defende se assemelha à da adoção da teoria da causalidade parcial, com a ressalva de que,

---

<sup>36</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 671.

<sup>37</sup> STJ, REsp. 1,254.141/PR, 3ª T., rel. min. Nancy Andrighi, julg. 4.12.2012.

<sup>38</sup> Na lição de NORONHA, Fernando: “Note-se que o fato de a reparação ser concedida sob a forma de percentagem incidente sobre o valor que teria o dano final não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. A reparação, mesmo aqui, tem como medida a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), ou seja, é integral. O que acontece é ter a chance perdida um valor menor do que o dano dito final” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 675).

diferentemente desta, não subverte o sistema de causalidade e tampouco ignora a chance como interesse jurídico digno de tutela plena e autônoma pelo ordenamento.

### 3.2. AS IMPLICAÇÕES DO DANO FINAL NA PERDA DA CHANCE DE EVITAR UM PREJUÍZO: UMA DIFÍCIL RELAÇÃO

A compreensão da chance como interesse autônomo não está à prova de questionamentos. Nesse sentido, formula-se interessante questão: se a perda da chance configura um dano independente, seria possível o ofendido intentar ação indenizatória nos casos de perda da chance de *evitar um prejuízo* mesmo que não tenha havido o dano final? É o que se passa a analisar.

Imagine-se um médico que tem diante de si um paciente com séria enfermidade. Se efetuar o procedimento condizente com a boa técnica, o enfermo terá 30% de chance de sobreviver, de acordo com estudos probabilísticos realizados em casos semelhantes. Por negligência, o médico adota tratamento equivocado, retirando da agora vítima a chance de cura. Ocorre que, apesar do erro médico, o paciente, em razão de todo o seu vigor físico, não só se recupera como também não apresenta qualquer seqüela. Diante do caso narrado, indaga-se: poderia o sujeito buscar indenização do médico pela perda da chance sem que tenha experimentado o dano final?

Se a teoria da perda de uma chance edifica-se sobre a noção da oportunidade como um interesse autônomo e de tutela independente, natural seria dizer que, como a chance da vítima é lesada no instante da falha médica, desde tal momento existirá direito à reparação. Contudo, indenizar a vítima pela perda da chance de evitar um prejuízo que nunca aconteceu se revela ilógico. Daí porque se faz necessária a ocorrência do *dano final* para que a perda da chance na modalidade *evitar um prejuízo* seja indenizável.

Ressalte-se que a exigência do advento do dano final para que a chance seja considerada indenizável não implica dizer que a oportunidade perdida não configura um bem independente merecedor de tutela. Significa afirmar que se a chance perdida é de evitar um prejuízo e este não ocorre, não há o que indenizar. Não teria o paciente direito à indenização por perda da chance em face do médico se, pelos desígnios da vida, sobreviveu ao tratamento inadequado tal como se correto fosse.

Ou seja, embora tenha havido o dano perda da chance, ele não configura prejuízo indenizável, visto sua lógica peculiar. De outro turno, uma vez ocorrido o dano final, a chance perdida converte-se em dano injusto<sup>39</sup> e, portanto, indenizável. Observe-se que a reparação deve se dar pela perda da chance, que não deixa de ser um interesse autônomo, e não a título de uma concausa do dano final. A necessidade de a vítima esperar até a verificação do processo aleatório, mesmo tendo a lesão à chance ocorrido em momento anterior, não macula o reconhecimento da chance como interesse merecedor de tutela independente.<sup>40</sup>

Em síntese: a perda da chance *de evitar um prejuízo* necessita, para que configure um dano indenizável, do advento do prejuízo final. Se, mesmo com a oportunidade perdida, o dano não vem a se consumir, significa que a chance não era necessariamente apta a evitar o prejuízo. Diante da prescindibilidade da chance, atestada pelo mundo dos fatos, cabe ao direito

---

<sup>39</sup> “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderando os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

<sup>40</sup> Em sentido contrário, apoiando-se em John Makdisi e Jacques Boré é a lição de Rafael Peteffi da Silva: “A necessidade da vítima de esperar até o final do processo aleatório – mesmo que a perda das chances já tenha sido constatada em momento anterior – para saber se poderá intentar ação de reparação macula a autonomia das chances perdidas” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51).



evidenciar o evidente: que sua supressão não se configura indenizável.

Em outras palavras, a chance que é dispensável para evitar o dano não se reveste de seriedade, o que torna irrazoável a reparação de sua supressão. Assim, por não preencher o requisito geral de reparabilidade, a perda da chance de evitar um prejuízo não poderá ser indenizada enquanto não houver o dano final. Ademais, para ser considerada real e séria, deve se provar que a tratava-se de uma chance séria e razoável de se evitar o prejuízo.

Com vistas a ilustrar o raciocínio em um caso prático, veja-se o REsp 1.291.247/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013 sob a relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pai e mãe de uma criança que viria a nascer celebraram com a empresa ré um contrato para a coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias de seu futuro filho. Todavia, na ocasião do parto, nenhum preposto da empresa compareceu para realizar a extração do material, o que teria gerado à família “transtornos e preocupações”.

Diante do inadimplemento contratual, pai, mãe e criança ajuizaram ação indenizatória com pedido de compensação pelos danos extrapatrimoniais sofridos. Ao pedido dos pais foi dado provimento em primeira instância e o valor foi posteriormente majorado pelo Tribunal local. O acórdão, contudo, no tocante ao pedido indenizatório realizado pelo menor, afastou a teoria da perda de uma chance por não restar evidenciada a probabilidade real de a criança necessitar de tal material genético, pois nasceu com saúde normal.

No STJ, foi dado provimento ao recurso, no sentido de reconhecer o “direito à indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido por ter sido frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para que, se eventualmente for

preciso, fazer-se uso delas em tratamento de saúde”.<sup>41</sup>

A empresa ré alegou que não se deveria conceder indenização por se tratar, *in casu*, de um dano hipotético, visto que nada garantia que o autor viesse, futuramente, fazer necessidade do material genético não colhido. Tal argumento foi rechaçado pelo voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ao afirmar que “é possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento dessas patologias, sendo essa chance perdida o objeto da indenização”.<sup>42</sup>

O acórdão deve ser analisado de duas maneiras. Primeiramente, sob a ótica da *perda da chance de evitar um prejuízo* e, em seguida, pela modalidade *perda da chance de obter um*

---

<sup>41</sup> STJ, REsp 1291247/RJ, 3ª. T., rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 19.8.2014.

<sup>42</sup> O acórdão é a seguir ementado: “Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém-nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém-nascido, pois ‘as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação’” (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJE 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. Recurso Especial Provido” (STJ, REsp 1291247/RJ, 3ª. T., rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 19.8.2014).

*benefício*. No que diz respeito à primeira modalidade citada, a oportunidade perdida, de fato, não poderia ser indenizada, justamente pela inocorrência do dano final. Isto é, à criança só caberá a indenização caso venha a precisar do tratamento com células-tronco. Em outras palavras, somente se pode falar em chance de evitar um prejuízo quando este vier a ocorrer. Do contrário, estar-se-ia indenizando a “negligência no ar”.<sup>43</sup>

Por outro lado, ao se enxergar o caso pelas lentes da modalidade *obter um benefício*, a indenização se justifica. O não comparecimento do preposto da empresa ré retirou a chance que a criança detinha de obter uma vantagem para si: a vantagem de poder se utilizar das células-tronco como tratamento para uma eventual enfermidade.

Observa-se que a correta qualificação da *fattispecie* à modalidade teórica se faz imprescindível para a melhor resolução do caso. Agiu bem o STJ ao prover o recurso, embora a criança não tenha sofrido dano final, tendo em vista a perda da chance de obter uma vantagem e não a perda da chance de evitar um prejuízo.

Passo adiante, uma vez compreendida a necessidade do advento do dano final para a caracterização da perda da chance de evitar um prejuízo, deve-se ter em conta que o *quantum* indenizatório nesta modalidade deverá ser elucidado justamente através de um juízo de razoabilidade e probabilidade sobre o quanto a chance perdida seria apta a impedir o prejuízo final já ocorrido.

Assim, se um sistema de alarmes costuma impedir comprovadamente 40% dos assaltos em estabelecimentos que o utilizam, pode-se dizer que seu mau funcionamento retira do comerciante tais chances de evitar o dano final, que, neste caso, consiste no valor pecuniário do conjunto de bens roubados. Com efeito, já que não se pode provar que o funcionamento teria

---

<sup>43</sup> A expressão de John Makdisi é citada por SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.

evitado, de fato, o prejuízo, não deverá a empresa de segurança responder pelo dano final, mas tão somente pela perda da chance de impedi-lo, que, na hipótese, consistiria em 40% do valor verificado do dano final.

Em julgado sobre perda da chance por erro médico, o Superior Tribunal de Justiça sufragou a meio de elucidação do *quantum* indenizatório que aqui se expõe. Segundo a relatora ministra Nancy Andrichi, “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”.<sup>44</sup>

Fala-se em juízo de probabilidade e razoabilidade, pois deve-se verificar as condições *in concreto* que o ofensor teria de evitar o dano. Ou seja, na hipótese narrada, se comprovado, por exemplo, que a região em que se localiza o estabelecimento

---

<sup>44</sup> STJ, REsp. 1,254.141/PR, 3ª T., rel. min. Nancy Andrichi, julg. 4.12.2012. O acórdão está a seguir ementado: “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. (*Idem*)”.

facilitaria a fuga dos assaltantes, a indenização pela chance perdida poderia ter seu valor reduzido.

#### 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PERDA DA CHANCE DE EVITAR UM PREJUÍZO

Como adiantado, a responsabilidade médica consubstanciou terreno fértil para os influxos da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Não por outra razão, a teoria foi costumeiramente estudada à luz da responsabilidade civil dos profissionais de saúde. O que se pretende neste estudo, contudo, é percorrer o caminho inverso: analisar a responsabilidade civil do médico dentro da teoria da perda de uma chance, o que permitirá o alcance de novas conclusões. Antes, contudo, uma observação se faz necessária.

A teoria da perda da chance não pode servir, de maneira alguma, como instrumento para mitigar os requisitos da responsabilização civil dos médicos. Isto é, não devem os tribunais se valer da perda da chance como forma de responsabilizar o médico por um dano que não lhe poderia ser naturalmente imputado. Nesse sentido, revela-se pertinente a preocupação de Eduardo Nunes de Souza, que afirma: “(...) o problema da aplicação dessa teoria [perda da chance] ao caso da medicina está em que nem o juízo de causalidade nem a identificação de um suposto dano autônomo permitem, isoladamente, fazer qualquer consideração quanto à culpa do médico, elemento fundamental para sua responsabilização”.<sup>45</sup>

Para o professor, que se dedicou justamente ao estudo da responsabilidade civil médica, e nele inseriu a análise da perda de uma chance, o emprego da teoria aproxima-se da lógica do erro médico, criticado justamente por partir de um juízo *a*

---

<sup>45</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 213-214.

*posteriori*, em que já se conhece o dano produzido. Assim, o autor chama atenção a um indesejável problema da perda da chance na seara médica: sua utilização como mecanismo para tornar objetiva uma responsabilidade de natureza marcadamente subjetiva, a transformar a teoria em um “drástico esforço semântico para a responsabilização do médico”.<sup>46</sup>

Evidente que a teoria não pode importar em um meio de banalização da responsabilidade civil do médico. Contudo, como se verá, a simples negação da aplicabilidade da teoria na ceara médica não se mostra o caminho mais adequado para a salvaguarda de um justo sistema de responsabilização desses profissionais. Muito mais útil se revela a correta compreensão das vicissitudes do erro médico à luz da teoria, em caminho inverso do frequentemente percorrido pela doutrina.

Mesmo sob a perspectiva da admissão da modalidade *perda da chance de cura ou de sobrevivência*, deve-se atentar para sua correta utilização, de modo a afastar as preocupações apontadas pelos estudiosos. A figura da perda da chance não pode servir como argumento definitivo para que se exija do médico uma indenização independentemente de seu agir culposos.<sup>47</sup> A dizer: não se pode, por meio da teoria, desnaturar a responsabilidade civil médica, que permanecerá de viés subjetivo, em que a culpa deve ser demonstrada imprescindivelmente.

Nesse sentido posicionou-se o STJ ao julgar o REsp 1622538/MS, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi, que afirmou “a visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma

---

<sup>46</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 215.

<sup>47</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 217.

chance”.<sup>48</sup>

Não raro a atividade médica envolve atos complexos, compostos por muitas escolhas de tratamentos. Diga-se mais: muitas opções *legítimas* de tratamento. Dessa forma, não se pode dizer, após consumado o dano final, que a mera existência, em abstrato, de outro tratamento que fosse idôneo a permitir a cura configura a lesão à chance de sobreviver, justamente porque

---

<sup>48</sup> STJ, REsp 1622538/MS, 3ª. T., rel. min. Nancy Andrighi, julg. 21.3.2017. Ementa do acórdão a seguir: “Civil. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral. Erro médico. Responsabilidade civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/stf. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Indicação do dispositivo legal. Ausência. Acompanhamento no pós-operatório. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Possibilidade. Erro grosseiro. Negligência. Ausência. 1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73. 2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. 4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que teria sido dada interpretação divergente. 7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 10. A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada ‘ausência de tratamento em momento oportuno’ (e-STJ fl. 519). 11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido”.

“não autoriza, *de per se*, concluir que houve descumprimento da diligência do profissional devida (vale dizer, agir culposo por parte do médico)”.<sup>49</sup>

Isto significa que, diante de três opções de tratamento “X”, “Y” e “Z”, cientificamente consideradas adequadas, o médico, ao escolher qualquer das três, não lesa a chance de sobreviver de seu paciente. O bem jurídico tutelado, nesta hipótese, encontra-se devidamente respeitado pela conduta médica, de modo que não se pode vislumbrar motivos para sua responsabilização.

Do contrário, como alerta a doutrina, “quase todos os procedimentos ou terapias ensejariam perdas de chances – chances de tratamentos menos demorados, mais eficazes, menos dolorosos, mais baratos”,<sup>50</sup> etc. Assim, “não se pode responsabilizar o médico pelas escolhas que necessariamente terá que deixar de fazer em seu exercício profissional”.<sup>51</sup>

Cenário diverso é aquele em que o médico, por negligência, imprudência ou imperícia, escolhe uma opção “F” de tratamento, que é comprovadamente ineficaz, lesionando a chance de cura que o sujeito detinha, a ensejar responsabilidade civil por sua perda. Aqui, diferentemente do que ocorre no exemplo

---

<sup>49</sup> Em viés crítico, v. SOUZA, Eduardo Nunes de: “Parte das decisões que sustentam a perda da chance de cura de paciente o faz durante o exame da culpa do médico, como se a existência de outro tratamento que, em abstrato, permitisse a cura (fator levado em conta para a perda da chance e, como já se viu, para o erro médico) estivesse intrinsecamente ligada à análise do cumprimento do procedimento adequado pelo médico (ponderação necessária para a identificação de sua culpa). Ocorre, porém que, não raro, há mais de um procedimento adequado a seguir, nem sempre com probabilidades drasticamente distintas de eficácia; o tratamento médico é um ato complexo composto por muitas escolhas, e a simples existência de alternativa que poderia ter permitido a cura não autoriza, *de per se*, concluir que houve descumprimento da diligência profissional devida (vale dizer, agir culposo por parte do médico)” (*Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 216).

<sup>50</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 216-217.

<sup>51</sup> Idem. *Ibidem*.



anterior, os requisitos de responsabilização do médico se fazem presentes: há dano, nexo de causalidade e, do que não se pode prescindir, culpa.

O STJ julgou inúmeros casos de responsabilidade civil médica sob a ótica da perda de uma chance. Destaque-se o REsp 1.254.141/PR, de relatoria também da ministra Nancy Andrighi, julgado em 4.12.2012. Tratava-se de caso em que o erro médico retirou da vítima a chance de se curar de um câncer. O acórdão primorosamente investigou os requisitos de responsabilização do médico e, uma vez identificados, não hesitou em imputar-lhe a perda da chance, afirmando o cabimento da teoria na seara médica.<sup>52</sup>

Reconheceu a Corte, assim, a aplicabilidade da teoria na responsabilidade civil médica. Como já exposto, afirmou a ministra Nancy Andrighi “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”.

Na visão dos autores que questionam o evocar da teoria da perda de uma chance para resolver as questões atinentes ao erro médico, não se pode vislumbrar, nessa seara, a chance como um interesse independente merecedor de tutela autônoma. Desse modo, a responsabilidade médica decorreria apenas da prova do liame causal entre o ato do profissional e o dano final, em relação de concausalidade com a doença que se desenvolve.

Nessa ótica, portanto, não haveria de se falar na perda da chance como dano autônomo. Assim, ou bem o médico teria agido culposamente e contribuído para o dano ou bem e responderia pela proporção de sua participação, já que concausador, ou

---

<sup>52</sup> Ver REsp 1.254.141/PR.

não teria agido com culpa, de modo a não lhe ser imputado o óbito (dano final).<sup>53</sup>

De forma mais radical, há segmento doutrinário que enxerga na perda da chance um “paraíso do juiz indeciso”.<sup>54</sup> Isto porque a teoria serviria como válvula de escape para as situações em que o juiz não tivesse certeza sobre onexo causal entre o ato do médico e o dano final perpetrado. Para tais autores, diante da incerteza, não deveria haver qualquer responsabilidade para o médico, já que o dano teria sido causado pelo curso natural de determinada doença.<sup>55</sup>

Contudo, embora haja o risco de o julgador confundir a incerteza da chance perdida com sua falta de convicção acerca da causalidade, não se justifica o afastamento da indenização por perda de uma chance na seara médica.<sup>56</sup> Isto porque, como visto, o médico, ao agir negligentemente, não pode ser visto como causador do dano final (dano-morte).

Se determinada terapia possui, de forma cientificamente comprovada, a probabilidade de 40% de sucesso e, por negligência, um médico deixa de utilizá-la, em preferência de uma outra inadequada ao caso, vindo o paciente a óbito, não se pode afirmar que o erro médico deu causa à morte. Em verdade, o ato lesou a chance de 40% que a vítima detinha de sobreviver. E

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva posiciona-se ao lado de Savatier: “cabe pesquisar se as chances de cura perdidas estão localizadas antes ou depois da consolidação do acidente. No primeiro caso, se estaria diante de uma causalidade clássica, do contrário, se estaria utilizando uma causalidade parcial para determinar o dano” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 85).

<sup>54</sup> A expressão foi concebida por René Savatier.

<sup>55</sup> Assim observa Anderson Schreiber: “a responsabilização do profissional pela perda da chance de sobrevivência acabaria funcionando como uma solução salomônica, em que o juiz condenaria o médico, mas não pelo valor integral do dano” (*A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200).

<sup>56</sup> “O risco, de fato, existe, mas não justifica que se negue indenização por perda da chance na seara médica” (SCHREIBER, Anderson. *A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200).

apenas este é o dano que deve ser imputado ao médico. Nesse sentido foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no multicitado acórdão de relatoria da ministra Nancy Andrichi “não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima”.<sup>57</sup>

Assim, a teoria da perda de uma chance pode valer, inclusive, como um mecanismo de defesa do médico. Em vez de responder pelo dano morte, responderá pela lesão à oportunidade que injustamente suprimiu da vítima. Desse modo, como visto no decorrer deste trabalho, o *quantum* indenizatório terá como limite o valor da indenização que seria devida pelo dano final, a ser elucidado pela seguinte operação matemática: se a chance perdida era de 40% e o tribunal concederia a reparação de, por exemplo, 100 mil reais pela perda do ente querido à família da vítima, o médico deverá arcar com a compensação de 40 mil reais, pois esta foi a extensão de seu dano.

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Como exposto, a classificação brasileira, trazida por Fernando Noronha, divide as modalidades da perda da chance, grosso modo, em i) a perda da chance de obter uma vantagem e ii) perda da chance de evitar um prejuízo. No primeiro caso, está-se diante de um processo cujo curso natural propiciaria à pessoa a oportunidade de vir a obter, no futuro, uma vantagem. Ao interromper o processo aleatório, o fato antijurídico frustra a chance de a vítima alcançar o benefício. Na segunda

---

<sup>57</sup> STJ, REsp 1.254.141/PR, 3ª T., rel. min. Nancy Andrichi, julg. 4.12.2012.

modalidade, suprime-se a oportunidade que a vítima detinha de evitar certo dano, que, justamente em razão da conduta antijurídica (omissiva ou comissiva), acaba por se consumir.

Enquanto na modalidade obter uma vantagem, o ato lesivo interrompe o curso causal natural, suprimindo da vítima a oportunidade de auferir um benefício, na categoria evitar um prejuízo, a perda da chance ocorre exatamente porque não houve a interrupção da cadeia causal, quando poderia ter havido, o que acaba por culminar na ocorrência de um dano.

Observa-se que o ofensor, na modalidade evitar um prejuízo, não causou o dano final, mas tão somente suprimiu as chances de impedi-lo. Dessa forma, a ele não se deve imputar a responsabilidade por todo o prejuízo, que jamais poderá ser ressarcido por ausência de nexo de causalidade. Imputa-se-lhe, ao revés, a lesão à chance, esta sim a ser reparada, mas sempre como fração do dano final.

A perda da chance de evitar um prejuízo necessita, para que configure um dano indenizável, do advento do prejuízo final. Se, mesmo com a oportunidade perdida, o dano não vem a se consumir, significa que a chance não era necessariamente apta a evitar o prejuízo. Diante da prescindibilidade da chance, atestada pelo mundo dos fatos, cabe ao direito evidenciar o evidente: que sua supressão não se configura indenizável.

A teoria da perda da chance não pode importar em um meio de banalização da responsabilidade civil do médico. A dizer: não se pode, por meio da teoria, desnaturar a responsabilidade civil médica, que permanecerá de viés subjetivo, em que a culpa deve ser demonstrada imprescindivelmente. Contudo, a simples negação da perda da chance não se mostra o caminho mais adequado para a salvaguarda de um justo sistema de responsabilização desses profissionais.

A atividade médica envolve atos complexos, compostos por muitas opções *legítimas* de tratamentos. Dessa forma, não se pode dizer, após consumado o dano final, que a mera existência,

em abstrato, de outro tratamento que fosse idôneo a permitir a cura configura a lesão à chance de sobreviver. Isto significa que, diante de três opções “X”, “Y”, “Z” de tratamento cientificamente consideradas adequadas, o médico, ao escolher qualquer das três, não lesa a chance de sobreviver de seu paciente. O bem jurídico tutelado, nesta hipótese, encontra-se devidamente respeitado pela conduta médica, de modo que não se pode vislumbrar motivos para sua responsabilização. Cenário diverso é aquele em que o médico, por negligência, imprudência ou imperícia, escolhe uma opção “F” de tratamento, que é comprovadamente ineficaz, lesionando a chance de cura que o sujeito detinha, a ensejar responsabilidade civil por sua perda.



## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 5. Milano: Giuffrè, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, rev. técnica Claudio De Cicco, apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. in. *Na medida da pessoa humana: estudos de civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. O princípio da dignidade da pessoa humana. in. *Na*

- medida da pessoa humana: estudos de civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. in. *Na medida da pessoa humana: estudos de civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010
- BORÉ, Jacques. *L'indemnization pour les chances perdus: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. JCP, 1974, I.
- BUSNELLI, Francesco Donato. *Perdita di una chance e risarcimento del danno*. In. *Il Foro Italiano*, v. LXXXVIII. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1965.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, a. 101, v. 922, ago/2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Milão: Cedam, 1930.
- CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente sobre o ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI,
- \_\_\_\_\_, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado principalmente sobre o ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Calvino Fino, 1934, v. III.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.
- DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale dela responsabilità civile*, v. 2, Milano: Giuffrè, 1966.
- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III.

- Bruxelas: Bruylant, 1939, p. 894.
- DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*, São Paulo: LTr, 1999.
- DIEZ-PICASSO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2000
- FACHIN, Luis Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. Disponível em <https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FA-CHIN%20Responsabilidade.pdf>.
- FIGUEIREDO, Nathália Canuto de; SILVA, Rafael Cândido da. Modalidades da responsabilidade civil pela perda de chance. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (org.), *Problemas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- HESSE, Hermann. *Demian*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016.
- KONDER, Carlos Nelson; DALSENTER, Thamís. *Questões atuais da responsabilidade civil médica e hospitalar*. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e DADALTO, Luciana. *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 463- 497.
- LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928.
- MAKDISI, John. *Proportional liability: a comprehensive rule to apportion tort damages based on probability*. North Carolina Law Review, v. 67, 1989.
- MAZEAUD, H.L. MAZEAUD, L. *Leçons de Droit Civil – Tome II Vol. I*. Paris: Montchrestien, 1976.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 2015
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências*

- no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- \_\_\_\_\_. O princípio da reparação integral e sua exceção no Direito Brasileiro. In: *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional* (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- \_\_\_\_\_. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas - estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In: *Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional* (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2017,
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.
- PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue internationale de droit comparé*, v. 42, n. 2, a. 1990, pp. 525-544. Disponível em [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1978](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 10 ed. Atualização de TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: GZ, 2011
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



- \_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINTO MONTEIRO, António. A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 5, jul/set 2015.
- RIPERT, Georges. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni dela responsabilità civile. *Rivista Critica del diritto privato*. Anno II, n. 3, settembre 1984.
- SALEILLES, Raymond. *Étude sur la theorie générale de l’obligation*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1925.
- \_\_\_\_\_. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Arthur Rousseau, 1987.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*. t. II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. *A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. II: Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de*

- uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2007.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In. *Coleção Faculdade de Direito da Uerj 80 anos*, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015;
- \_\_\_\_\_. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012;
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 35, Rio de Janeiro: Padma, 2008.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica - Seção Doutrina Cível*, Ano 50, n. 296, Junho/2002.
- \_\_\_\_\_. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In. *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In. *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), v. 1, 2014.
- \_\_\_\_\_. Razoabilidade e sua adoção à moda do jeitão. Editorial *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 8, abr/jun 2016.
- TERRA, Aline Miranda Valverde. A Discricionariedade

Judicial Na Metodologia Civil-Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 3 set/dez 2015.