

ESCOLA DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

LAURA OLIVEIRA DORFMANN

**A PERDA DA CHANCE E O DEVER DE INDENIZAR SOB A ÓTICA DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

Porto Alegre  
2020

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

## A PERDA DA CHANCE E O DEVER DE INDENIZAR SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Laura Oliveira Dorfmann\*

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar a responsabilidade civil médica a partir da teoria da perda da chance, categoria de dano que vem se relativizando perante os tribunais e sendo utilizada como critério para a apuração da responsabilidade civil. Diante disso, através de uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, objetiva-se examinar os requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance, a possibilidade de recomposição do *status quo ante* da vítima, a quantificação do dano sofrido e sua reparação. Na seara médica, a referida teoria é âmbito de debate no que concerne a possibilidade de demonstração do grau de culpabilidade do profissional médico, pois tanto o dano quanto o nexo causal são analisados diante de nova perspectiva, uma vez que há a possibilidade de superação e mitigação do rigorismo do requisito de certeza, sendo necessário o exame caso a caso para que não seja o esculápio responsabilizado, de forma aleatória ou hipotética, por qualquer atitude. Por fim, diante do método dedutivo de abordagem, objetiva-se analisar diferentes visões doutrinárias acerca da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, seja na sua identificação como dano de cunho moral ou de natureza patrimonial, se tratar-se-ia de lucro cessante, dano emergente ou de dano autônomo.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Médico. Perda da Chance. Reparação.

### 1 INTRODUÇÃO

A medicina está atrelada a ideia de saúde física, mental e espiritual, sendo o médico identificado como profissional que visa prevenir, restaurar e curar doenças. Este reconhecimento veio à tona, com maior intensidade, com a pandemia que assolou o mundo, causando centenas de milhares de mortes, tendo a profissão ganhado destaque pela forma destemida com que vem atuando no combate à doença letal causada pela ação do vírus denominado Covid 19.

Se por um lado o médico merece toda carga de encômios e consideração, por outro não se pode ignorar a sua falibilidade e da medicina, que não oferecem exatidão matemática quanto aos resultados, expondo, muitas vezes os pacientes a riscos.

Exatamente aqui que surge a dicotomia: o médico, a quem confiada a vida de uma pessoa, por mau desempenho da função, por desconhecimento profundo de seu ofício ou mesmo por omissão, causa a morte do paciente ou lhe causa seqüela irreversível.

O exercício dessa atividade profissional sempre foi regulado pelo direito, pois envolve questões como a dignidade humana e o respeito à vida, valores transcendentais, elencados como direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal.

Surge, assim, o instituto da responsabilidade civil que aborda diversos princípios e teorias que buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violados. Dentre eles, encontra-se a teoria da perda de uma chance, que consiste no foco deste trabalho.

A teoria da perda de uma chance vem conquistando destaque jurisprudencial e doutrinário cada vez maior no cenário jurídico brasileiro, passando a se constituir em um campo

---

\* Acadêmica no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. E-mail: laura@dorfmann.com.br

propício para o alastramento de debates e alterações acerca do tema, trazendo na sua esteira a questão médica.

De origem francesa (*perte d'une chance*) e sofrendo influência italiana, a teoria da perda de uma chance chegou ao Brasil, o que demandou a adequação do tema a realidade do ordenamento jurídico pátrio, pelos Tribunais. Assim, diante de nova perspectiva, situações difíceis de provar o nexo causal entre a conduta culposa do médico e a lesão experimentada pelo enfermo, permite-se que o elemento prejudicial gerador da indenização seja a perda de uma chance de resultado conveniente no tratamento.

O primeiro acórdão brasileiro a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance data de 1990, relatado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A partir de então, começaram a surgir diversos outros julgados enfrentando a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Para tanto, a partir do método dedutivo de abordagem, valendo-se de revisão bibliográfica e coleta jurisprudencial, pretende-se analisar a configuração da responsabilidade civil médica, os requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance, a possibilidade de recomposição do *status quo ante* da vítima, a quantificação e a reparação do dano sofrido e, ainda, examinar diante de diferentes visões doutrinárias, a natureza jurídica da teoria ora mencionada. Trata-se de assunto polêmico e é nesse ápice que se revela a importância do presente trabalho.

## 2 DA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O instituto da responsabilidade civil evoluiu concomitantemente com a sociedade, seus conceitos, requisitos e teorias surgiram em razão da exigência social. No entanto, algumas profissões, pela sua natureza, estão sujeitas a disciplina especial.

O Código de Ética Médica prevê diversos preceitos indissociáveis a pessoa do médico, podendo citar, por sua conexão com o tema examinado, o de agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional e a busca pelo aprimoramento de seus conhecimentos, além de dedicar capítulo exclusivo quanto a responsabilidade profissional.

Dentre as obrigações indissociáveis a pessoa do médico, está a vedação expressa de “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.<sup>1</sup> A materialização do dano, por infração ao ditame citado poderá dar causa a responsabilização médica de ordem civil, penal ou administrativa, sendo apenas a primeira objeto de abordagem no presente artigo.

Assim, a violação dos deveres médicos, na esfera civil, poderá dar ensejo a uma ação de responsabilidade civil, todavia, será necessária a implementação dos pressupostos caracterizadores para que se viabilize o ajuizamento da demanda, tema analisado no capítulo posterior.

### 2.1 DOS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto decorrente da norma violada pela pessoa que atua em sociedade de forma variada. A coletividade impõe que o ser humano dimensione seus atos com vistas aos ideais de aperfeiçoamento a vida social; todavia, quando o indivíduo

---

<sup>1</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: CFM, 2019. p. 21. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

ultrapassa o raio de ação que lhe é reconhecido pelo ordenamento jurídico, deve responder civilmente.<sup>2</sup>

O tema dirige-se à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado.<sup>3</sup> O direito encontra-se atrelado ao propósito da reposição da simetria dos interesses em conflito, a partir da ação de uma das partes e reação da outra.

O prejuízo causado encontra correspondência no dever de indenizar, conforme preceito inserto nos artigos 186<sup>4</sup> e 927<sup>5</sup> do Código Civil Brasileiro. Dessa forma, pode-se dizer que a responsabilidade civil e a obrigação provêm das mesmas fontes, ao passo que a obrigação é um dever jurídico originário e a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.<sup>6</sup>

Assim, para que haja a configuração da responsabilidade civil é necessária a presença de três pressupostos básicos: a ação ou omissão, o dano e o nexa causal. Sendo a ação, uma concepção jurídica que, por vezes, é objetivamente imputável apesar de a conduta ter sido involuntária.<sup>7</sup>

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta<sup>8</sup>, vindo a ser o ato humano que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.<sup>9</sup>

De outro modo, há a existência da conduta omissiva, correspondendo a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.<sup>10</sup> É necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado.<sup>11</sup>

O dano, segundo pressuposto configurador, é o elemento nuclear da responsabilidade civil. Sem ele, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo ressarcível.<sup>12</sup>

Os danos dividem-se em patrimoniais e extrapatrimoniais. Patrimonial é o dano cuja lesão atinge um interesse pecuniário da vítima<sup>13</sup>, a indenização encontra referência no artigo 402<sup>14</sup> do Código Civil Brasileiro, compreendendo, dessa maneira, tanto a diminuição do

<sup>2</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996. p. 5.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1.

<sup>4</sup> “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL. **Lei n ° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020).

<sup>5</sup> “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL. **Lei n ° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020).

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

<sup>7</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 16.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 59.

<sup>12</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.

<sup>13</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013. p.169.

<sup>14</sup> “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”. (BRASIL. **Lei n ° 10.406, de 10 de**

patrimônio do ofendido, quanto o que deixou de lucrar, respectivamente considerados danos emergentes e lucros cessantes.<sup>15</sup> Nesta esteira, o esclarecedor acórdão proferido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, no exame do fato concreto condenou o médico, faz a oportuna distinção entre estas duas subespécies de dano material, *in verbis*:

É oportuno destacar, também, que, quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurtem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito.<sup>16</sup>

No corpo do acórdão, para fins ilustrativos, constata-se que a condenação decorreu do erro de diagnóstico e tratamento em razão de fraturas sofridas pelo paciente, configurando negligência médica, identificando como danos emergentes "o pagamento de todos os valores despendidos pelo autor na realização de novo tratamento para as lesões equivocadamente tratadas (tais como compra de medicamentos, realização de cirurgias, fisioterapia, dentre outros)", encaixando no manequim de lucros cessantes, "o que mais vier a gastar", o que, segundo o acórdão, deverá ser apurado em liquidação de sentença, e poderá corresponder a eventuais cirurgias, fisioterapia, medicamentos, afastamento do trabalho sem remuneração etc.

Por outro lado, no caso de o paciente sofrer redução de sua capacidade laborativa (parcial ou total), por culpa médica, fará jus ao recebimento de indenização mensal, na forma do artigo 950<sup>17</sup> do Código Civil, que poderá ser paga em prestação única, na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Trata-se de dano material, sendo utilizado, como base de cálculo, o salário mínimo, conforme consta do Verbete Sumular 490<sup>18</sup> do Supremo Tribunal Federal como parâmetro para cálculo inicial da condenação, sendo o seu valor nominal sujeito a correção monetária, afastando a indexação.<sup>19</sup>

---

**Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020).

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

<sup>16</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70083443622**. Responsabilidade civil por erro médico. Julgador (a) 1º Grau: Doris Muller Klug. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/802006425/apelacao-civel-ac-70083443622-rs/inteiro-teor-802006437>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>17</sup> “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 28 ago. 2020).

<sup>18</sup> “A pensão, corresponde à indenização oriunda da responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”. (BRASIL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Brasília, DF: Sessão Plenária, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2620>. Acesso em: 28 ago. 2020).

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 565.714 MG**. Fixação da base de cálculo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 31 de março de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726195>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Quanto ao dano extrapatrimonial, este decorre da lesão a atributos da personalidade.<sup>20</sup> É popularmente conhecido como “dano moral”, sendo uma menção imprópria, uma vez que dano moral é uma espécie do gênero extrapatrimonial, que é muito mais amplo.<sup>21</sup>

Assim sendo, o dano moral puro é uma espécie de dano extrapatrimonial, consistindo na ofensa que atinge o ser humano nos aspectos mais peculiares da vida, violando os valores e interesses puramente espirituais ou afetivos, trazendo à tona a dor, a humilhação, o vexame, a tristeza, a melancolia, ocasionando perturbações na alma do ofendido.<sup>22</sup>

As ações indenizatórias do dano anteriormente citado, apesar de ser indispensável a efetiva ocorrência do fato para admitir sua existência, se revestem de presunção *iure et de iure*, dispensando prova em sentido concreto, bastando a ofensividade a bens e valores de personalidade, para configurar-se o dano *in re ipsa*.<sup>23</sup>

No tocante ao tema, o acórdão infra configura o dano moral *in re ipsa*, retratando falha no atendimento médico prestado à autora nos procedimentos de curetagem pós- abortamento a que restou submetida. O resultado proposto pelo profissional médico não foi alcançado, sendo detectado resíduo ovular, todavia, sem qualquer exame prévio para exata constatação, a paciente fora submetida a internações e procedimentos médicos pelas inexitosas curetagens realizadas inicialmente, havendo a configuração do dano moral presumido, sendo desnecessária a comprovação da dor e do sofrimento:

Inegável a ocorrência do dano moral, que é *in re ipsa*, porquanto decorrente do próprio fato consistente na falha do atendimento médico prestado pela demandada, **independentemente, portanto, da demonstração, pela vítima, dos prejuízos extrapatrimoniais sofridos.**<sup>24</sup> (Grifo nosso)

Um dano que se distingue do ora citado, é o dano estético, considerado como uma espécie de lesão específica, não se confundindo com o abalo do estado anímico da pessoa.<sup>25</sup> Esta categoria de dano atinge o indivíduo em sua autoestima e pode ter reflexos em sua saúde e integridade física. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema, proferindo decisão através da qual, com base em laudo médico e prova pericial, considerou caracterizado o dano estético uma vez que o médico “[...] não atingiu o resultado pretendido, ao contrário, causou piora na aparência física da paciente, deixando de trazer o embelezamento necessário [...]”,<sup>26</sup> procedimento cirúrgico que gerou cicatrizes visíveis, causando abalo psicológico, mental e visual, dando causa a condenação do esculápio ao pagamento de indenização por dano moral e estético.

<sup>20</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 174.

<sup>21</sup> LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

<sup>22</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 560.

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 129.

<sup>24</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70082963075**. Médico. Dever de indenizar configurado. Julgador (a) 1º Grau: Michel Martins Arjona. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925420543/apelacao-civel-ac-70082963075-rs/inteiro-teor-925420545?ref=serp>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>25</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 200.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1485743 MG**. Ação de indenização. Erro médico. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 10 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=106026434&registro\\_numero=201901033678&peticao\\_numero=201900687550&publicacao\\_data=20200213&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=106026434&registro_numero=201901033678&peticao_numero=201900687550&publicacao_data=20200213&formato=PDF). Acesso em: 28 ago. 2020.

Diante da interligação dos danos supra aludidos no acórdão, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 387<sup>27</sup>, pacificou o entendimento, no sentido de admitir a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

No âmbito do debate da diferenciação entre o dano moral e dano estético, a apelação civil oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, inobstante datada do ano de 2001, revela com precisão os elementos valorados para configuração dos referidos danos:

O dano moral é aquele que invade a psique do indivíduo, tais como a dor, o sofrimento, a humilhação, o constrangimento, o vexame e outros, enquanto o dano estético abala o corpo, o físico, o visível, a deformidade, o aleijão, a cicatriz, a repulsa que pode causar àqueles que, sem sentimento e respeito, expõem o lesado à sua repugnância. A diferença é notória, pois não guarda qualquer semelhança a violação da honra - princípio que norteia o caráter, a honestidade, a dignidade - com o aleijão, a deformidade e as cicatrizes, ressaltando, ainda, que o tempo se encarrega de fazer a vítima superar a primeira, enquanto que a segunda se perpetua até a morte.<sup>28</sup>

Ao tratar da reparação pecuniária do dano, esta detém duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Inobstante, a doutrina brasileira é considerada escassa no tocante às funções da responsabilidade civil ora mencionadas, conquanto visam um fim pedagógico e mudança de postura social.<sup>29</sup>

A finalidade precípua não é punir o responsável, mas fazer com que a vítima seja indenizada de sua dor ou prazer de viver. Destaca-se que, tanto o ressarcimento do dano patrimonial quanto do dano extrapatrimonial tem, igualmente, o objetivo de desestimular o ofensor à repetição do ato, pois este terá que responder pelos prejuízos que causar a terceiros.<sup>30</sup>

Malgrado as dificuldades do judiciário em possuir um critério para o arbitramento do dano moral, deve o juiz estar atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, pois de nada adiantaria estabelecer uma indenização sem que o ofensor possa suportá-la, tornando inexecutível a obrigação. Ao mesmo tempo, a fixação do *quantum* não pode ser tão pequena a ponto de tornar-se inexpressivo e inócuo.<sup>31</sup>

Deste modo, deve sempre ser analisada a intensidade do sofrimento da vítima para que haja a fixação da indenização. Todavia, há pessoas que são excessivamente afetadas em seu interior a ponto de tornarem-se insuscetíveis de reposição por ser financeiramente imensurável, uma vez que, a pecúnia não retira a dor, podendo tão somente amenizá-la.

Sintetizando a abordagem do tema, traz-se a lume o acórdão abaixo:

**O dano moral dispensa prova concreta para a sua caracterização, que origina o dever de indenizar.** Conforme doutrina abalizada sobre a matéria, **a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato.** Com efeito, a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: STJ, 2009. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27387%27>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>28</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (Décima Primeira Câmara Civil). **Apelação Cível nº 2001.001.08334**. Dano moral. Dano estético. Relator: Des. Cláudio Mello Tavares, 31 de outubro de 2001. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400230337/apelacao-apl-61818920088190209-rio-de-janeiro-barrada-tijuca-regional-7-vara-civel/inteiro-teor-400230346?ref=serp>. Acesso em: 28 ago. 2020.

<sup>29</sup> VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 376.

<sup>31</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 378.

signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado.<sup>32</sup> (Grifo nosso)

É sabido que o dano moral não tem medida, nem é dosado, nem pesado, é produto subjetivo que leva o ofendido à tristeza, sofrimentos íntimos, amarguras, depressão e, muitas vezes ao choro sem lágrimas, pois “[...] chorar com lágrimas é sinal de dor moderada, chorar sem lágrimas é sinal de dor maior [...]”.<sup>33</sup>

Por fim, é indispensável que se estabeleça um elo entre o dano e o fato gerador, constituindo este o nexos de causalidade, elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado.<sup>34</sup> No acórdão supra, a ementa trata do nexos de causalidade, assim o identificando:

Hipótese em que a autora, mesmo após o transcurso de longo período após a realização de cirurgia bariátrica, apresentava quadro de dor crônica, vômitos, inchaço abdominal e dificuldade para ingerir alimentos, sem que o demandado realizasse os exames necessários à verificação das causas dos sintomas apresentados pela demandante. Assim, passado mais de um ano da última cirurgia, em contato com outro profissional, com a realização de exames ecográficos e endoscópicos, verificou-se a existência de fistulização do anel gástrico com a parede do estômago, tendo então a autora sido submetida a duas cirurgias de urgência, para refazer a operação anteriormente realizada.

O nexos de causalidade está centrado no fato de ter o réu agido de maneira negligente no período pós-cirúrgico, não tendo providenciado os exames necessários à verificação das reais razões para o sofrimento da autora, que apresentava séria complicação pós-operatória.<sup>35</sup>

Nem sempre é possível estabelecer, de forma clara e contundente, a relação de causalidade entre o dano e a conduta. Assim, diversas teorias jurídicas surgiram acerca da relação de causalidade, dentre elas destacam-se três principais: teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato. Embora o Código Civil Brasileiro vigente não diga expressamente qual a teoria adotada, alguns autores sustentam diferentes ideias acerca da teoria prevalecente.

A primeira (teoria da equivalência dos antecedentes causais), também chamada de *conditio sine qua non*, considera que, quando houver pluralidade de causas, todas devem ser consideradas eficientes na produção do dano.<sup>36</sup> É criticada por conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexos causal.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70021409248**. Responsabilidade Civil. Complicações no período pós-operatório. Negligência evidenciada. Julgador (a) 1º Grau: Ana Paula Caimi. Relator: Des. Odone Sanguiné, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=700&comarca=&numero\\_processo=70021409248&numero\\_processo\\_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70021409248&numero_processo_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=). Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>33</sup> VIEIRA, Antônio. **Sermões do Padre Antônio Vieira**. Porto Alegre: L&PM, 1953. p. 131.

<sup>34</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 476.

<sup>35</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70021409248**. Responsabilidade Civil. Complicações no período pós-operatório. Negligência evidenciada. Julgador (a) 1º Grau: Ana Paula Caimi. Relator: Des. Odone Sanguiné, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=700&comarca=&numero\\_processo=70021409248&numero\\_processo\\_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70021409248&numero_processo_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=). Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>36</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

A teoria da causalidade adequada formula um juízo de probabilidade com cada uma das múltiplas possíveis causas, restringindo seu conceito e tendo o objetivo de limitar os exageros da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Dessa forma, a mencionada teoria auxilia o judiciário a estabelecer se determinado fato foi, ou não, causa de certo evento.<sup>38</sup> A esta corrente filia-se Paulo de Tarso Sanseverino, manifestando entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro a adota como predominante por apresentar formas mais convenientes de solucionar, com razoabilidade, os problemas práticos ocorridos.<sup>39</sup>

Por fim, a teoria do dano direto e imediato sufraga entendimento de que diante da concorrência de múltiplas condições para o evento danoso, nem todas irão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano.<sup>40</sup> Seguindo esta trilha, Gisela Sampaio da Cruz, escora seu entendimento no sentido de que predita teoria mostra-se a mais apta para enfrentar o problema da causalidade múltipla.<sup>41</sup> Esta teoria alcançou muito prestígio na doutrina e jurisprudência brasileira, tendo fundamento legal no artigo 403<sup>42</sup> do Código Civil Brasileiro, legislação “[...] enriquecida na sua estrutura por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados [...]”.<sup>43</sup>

Condensando a matéria tratada neste capítulo, cai a talho o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde feito referência à responsabilidade civil médica e seus pressupostos configuradores como sendo: a conduta culposa do agente (ação ou omissão), o dano e o nexo de causalidade, sendo que a ausência de qualquer destes afasta o dever de indenizar.<sup>44</sup>

A responsabilidade do médico deve ser analisada sob o prisma da responsabilidade subjetiva, exigindo a comprovação de culpa. No caso tratado no acórdão, o paciente não se desincumbiu do ônus probatório, deixando de comprovar a imperícia, negligência ou imprudência do esculápio. Diante da ausência de culpa do médico, o Tribunal reformou a sentença de primeiro grau, julgando improcedentes os pedidos indenizatórios formulados pelo paciente.

Em tendo o médico, como todo e qualquer profissional, o dever de atuar de forma zelosa, a culpa ganha relevância na apuração da responsabilidade civil. Dessa forma, o capítulo posterior visa analisar a responsabilidade contratual e subjetiva com relação ao médico.

<sup>38</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

<sup>39</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 247.

<sup>40</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 103.

<sup>41</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 107.

<sup>42</sup> “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. (BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 30 ago. 2020).

<sup>43</sup> TABARELLI, Liane. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários. *In*: BUHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (org.). **Direitos fundamentais: direito ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2018. p. 64-85.

<sup>44</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Civil). **Apelação Cível n° 70037029303**. Erro médico. Ausência do nexo causal. Julgador (a) 1° Grau: Jorge Alberto Silveira borges. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22898845/apelacao-civel-ac-70037029303-rs-tjrs/inteiro-teor-111156540?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 set. 2020.

## 2.2 DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E SUBJETIVA DOS FACULTATIVOS

Assume crescente destaque no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade dos profissionais liberais no exercício de suas atividades. Nessa perspectiva, muitos profissionais, malgrado submeterem-se à legislação específica de sua profissão, quando danos são causados no exercício da atividade, são alcançados pela regra geral da responsabilidade civil.<sup>45</sup>

Nesta senda, convém ressaltar que a relação entre médico e paciente poderá assumir natureza contratual, que é a mais comum, ou extracontratual<sup>46</sup>, que é a exceção, sendo que, em ambos os casos, para que nasça o dever de indenizar, por se constituir a atividade médica numa obrigação de meio, apesar do propósito da profissão estar voltado a cura do paciente ou mesmo, em situações extremas, minimização dos danos causados pela doença, mediante introdução de tratamento que traga um mínimo de dignidade de vida, é indispensável a configuração e prova da culpa.

A responsabilidade extracontratual do médico, também denominada responsabilidade aquiliana, diz com a desnecessidade da existência de vínculo anterior ao fato para gerar a responsabilidade do médico, bastando, conforme dito, a violação de um dever contido em um regramento legal, causando dano ao paciente.

Mesmo adotando-se os mais rigorosos protocolos, predições precisas quanto a aplicação de métodos e fórmulas, não está o médico indene de gerar ao paciente o resultado esperado, porquanto não ser a medicina uma ciência exata. Por mais hábil que seja o médico, em tempo algum pode assumir a obrigação de resultado, pois diversas variáveis interferem na equação da cura, muitas das quais fora do âmbito de alcance do profissional da medicina.

O médico, desse modo, se compromete a prestar seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão. Assim, Sergio Cavalieri Filho se posiciona acerca do encargo deste ofício:

**A obrigação assumida pelo médico é de meio**, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores nacionais e estrangeiros, e é também consagrada pela jurisprudência. Disso resulta que **a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada.**<sup>47</sup> (Grifo do autor)

À vista disso, para que o profissional liberal seja responsabilizado, sem olvidar a ocorrência do dolo, exige a configuração da culpa como fato gerador da indenização, que poderá ostentar configuração de imperícia, negligência ou imprudência, ilícito que encontra espeque no artigo 186 combinado com artigo 927, ambos do Código Civil. Ademais, a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal está preceituada no artigo 14, §4<sup>48</sup> do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de relação de consumo, caso em que “[...] haja remuneração

<sup>45</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 567.

<sup>46</sup> Exemplos de responsabilidade extracontratual: o fornecimento de atestados falsos; erros quanto a prescrição de dosagem dos medicamentos, suscetíveis de gerar acidentes ou até mesmo a morte; não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o paciente está sendo tratado; realizar intervenção cirúrgica sem estar habilitado, entre outras.

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 493.

<sup>48</sup> “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 05 set. 2020).

do serviço prestado diretamente pelo paciente [...]”<sup>49</sup>, sem desnaturar-se a exigência da demonstração de culpa.

Na esteira da fundamentação retro, o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul traz a lume trecho do voto do Desembargador Carlos Eduardo Richinitti:

Partindo da premissa de que não há falar em responsabilidade (em qualquer modalidade) sem violação de dever jurídico preexistente (seja ele imposto por contrato ou pela lei), deve-se ter em conta que **a atuação do médico enquanto pessoa física prestadora de serviço é uma obrigação de meio**, com raras exceções como, por exemplo, a das intervenções estéticas embelezadoras e serviços radiológicos. Tanto a legislação substantiva civil (p. ex. artigo 927, parágrafo único, e artigo 951) como o **Código de Defesa do Consumidor, em seu § 4º do artigo 14, estabelece que a responsabilidade é subjetiva, pressupondo, portanto, comprovação de culpa para o resultado danoso**, em uma de suas formas: negligência, imprudência ou imperícia.<sup>50</sup> (Grifo nosso)

O caso concreto aborda situação de falta de diligência por parte do médico no período pós-operatório, cuja conduta errônea acarretou danos à paciente. O acórdão envereda na avaliação de ser a medicina uma obrigação de meio, mesmo assim, diante da ocorrência do ato culposo, o comportamento do médico deu causa ao dever de indenizar.

Por outro lado, a inserção das instituições hospitalares e os demais estabelecimentos congêneres como prestadores de serviços à saúde, revela a modificação da natureza jurídica da responsabilidade que, neste caso, passa a ser objetiva, na forma do contido no *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>51</sup>

A propósito, a correlação existente entre a responsabilidade do médico (subjetiva) e da instituição de saúde (objetiva) encontra paralelo “[...] em torno da responsabilidade do Estado, por danos causados por seus agentes [...]”,<sup>52</sup> tendo a doutrina brasileira se filiado na corrente de ser objetiva a responsabilidade do Estado e subjetiva a do funcionário.<sup>53</sup>

Destarte, a conjugação dos três requisitos tradicionais, exigíveis para configuração da responsabilidade civil (culpa, dano e nexo de causalidade), vem se relativizando perante os

<sup>49</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 570.

<sup>50</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 770078204062**. Erro médico. Ausência do nexo causal. Julgador (a) 1º Grau: Luciano Bertolazi gauer. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti, 16 de setembro de 2018. Disponível em:

[https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=&comarca=&numero\\_processo=&numero\\_processo\\_reduzido=70084387331&nr\\_themis=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_reduzido=70084387331&nr_themis=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=). Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>51</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Vigésima Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70080177314**. Falha na prestação de serviço. Infecção hospitalar. Julgador (a) 1º Grau: Eliane Garcia Nogueira. Relator: Des. Glênio José Wassarstein Hekman, 27 de maio de 2020. Disponível em:

<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931988140/apelacao-civel-ac-70080177314-rs/inteiro-teor-931988150>. Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>52</sup> BUHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do estado**. São Paulo: Thomson, 2004. p. 128.

<sup>53</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sexta Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70084387331**. Na medida em que os danos alegados decorreram de falhas no atendimento médico hospitalar prestado pelo SUS, a responsabilidade do demandado deve ser analisada à luz do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que determina a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos que seus agentes eventualmente causarem a terceiros. No entanto, para que o Município seja responsabilizado por algum alegado erro de diagnóstico, de intervenções cirúrgicas ou condução de determinados procedimentos e tratamentos, é necessário que reste demonstrada a conduta negligente, imprudente ou imperita do corpo clínico que atendeu o paciente. Julgador (a) 1º Grau: Jorge Alberto Silveira borges. Relator: Desª. Eliziana da Silveira Perez, 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920334978/apelacao-civel-ac-70084387331-rs/inteiro-teor-920335043>. Acesso em: 05 set. 2020.

tribunais diante do surgimento da perda da chance, a qual se encontra inserida no instituto da responsabilidade civil, assunto a ser indagado no capítulo consecutivo.

### 3 DA PERDA DA CHANCE NA SEARA MÉDICA

*Perte d'une chance* é um novo enfoque perante o clássico instituto da responsabilidade civil e possui grande relevância na atualidade em virtude da constante evolução do direito. De confessa origem francesa, o tema ganhou destaque em meados da década de sessenta quando, em 1965, a Corte Francesa proferiu uma decisão que pela primeira vez utilizou-se de tal conceituação. Tratava-se de um recurso<sup>54</sup> acerca da responsabilidade civil de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.

A referida teoria ganhou destaque jurisprudencial e doutrinário no cenário jurídico brasileiro, pois a perda de uma chance ou oportunidade constitui uma zona limítrofe entre o hipotético e o seguro, sendo a área médica o âmbito de maior proliferação para este debate, uma vez que a singularidade de cada ser humano não permite que o profissional da saúde ofereça precisão matemática quanto aos resultados esperados.

É na responsabilidade médica que surgem os múltiplos questionamentos acerca da conjuntura do paciente, seja devido ao seu óbito ou a piora de sua condição, e se alguma destas consequências serão atribuídas ao médico, ou a própria doença. São nessas situações em que o tema é debatido sob a ótica da perda de uma chance de cura ou sobrevida (*perte de chances de guérison ou de survie*).<sup>55</sup> Nos dias atuais, com o surgimento da Covid 19, pandemia que assolou o mundo, a deficiência do sistema de saúde em alguns países, e o Brasil é um exemplo, por falta de recursos que, ao longo do tempo, deixaram de ser canalizados, vem causando danos de elevada monta, diante da falta de testagem da doença, o que impede a obtenção de um diagnóstico da enfermidade e, por consequente, do tratamento necessário à sua cura.

São inúmeros os eventos dessa ordem, onde a falta de enfrentamento da doença no seu primeiro estágio desencadeia a morte ou até mesmo, apesar da cura, sequelas no paciente, pois a falta da investigação e a adoção do tratamento recomendado configuram situação que autoriza a invocação da perda de chance.

Cumprido ressaltar que a presença dos pressupostos configuradores da responsabilidade civil é imprescindível, além dos elementos caracterizadores da perda da chance. Todavia, tanto o dano quanto o nexo causal serão analisados diante de nova perspectiva, uma vez que há a possibilidade de mitigação do rigorismo do requisito de certeza. Dessa forma, o capítulo posterior irá abordar estas premissas.

#### 3.1 CONCEITOS E REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA PERDA DA CHANCE

A unanimidade presente na doutrina e jurisprudência afirma que o dano, para ser passível de reparação, deve ser certo. Como efeito desta assertiva tem-se que o prejuízo não pode ser eventual ou hipotético, assim, dentro desse paradigma reparatório insere-se a responsabilidade civil pela perda de uma chance, a qual abarca a possibilidade de superação e sofisticação deste requisito de certeza.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27.

<sup>55</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 677.

<sup>56</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237.

O direito pátrio vem encontrando ampla aceitação no que concerne a teoria da perda de uma chance, sua caracterização se dá em decorrência de ato antijurídico por parte de terceiro onde é retirado da vítima a oportunidade de atingir um resultado ou de evitar um dano. A reparação da chance perdida não pode consistir em hipótese ou mera possibilidade aleatória, é preciso analisar cada cenário e identificar o prejuízo, seja material ou imaterial, decorrente de fato sério e real consumado.<sup>57</sup>

Para que a teoria da perda da chance seja aplicada é necessário: (i) que haja uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo, (ii) que a ação ou omissão do agente tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance; (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

São remansosas as decisões do Superior Tribunal de Justiça, criando jurisprudência na linha da teoria supracitada, onde exigido o implemento dos requisitos enunciados, como abaixo segue:

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.<sup>58</sup> (Grifo nosso)

Nessa senda, invoca-se o trecho do julgado do Superior tribunal de Justiça com a seguinte percepção a respeito da teoria da perda da chance: “[...] a probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável [...]”.<sup>59</sup> Ainda, em acréscimo traz-se a lume o julgado da 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça: “[...] 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[...]”.<sup>60</sup>

De forma ainda mais elucidativa, Paulo de Tarso Sanseverino aduz:

**Na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final.**<sup>61</sup> (Grifo nosso)

<sup>57</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 110.

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.104.665 RS**. Erro médico. Teoria da perda da chance. Relator: Min. Massami Uyeda, 09 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AgRg no Ag 1222132 RS**. Erro médico. Dever de indenizar. Relatora: Min. Eliana Calmon, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8633790/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1222132-rs-2009-0165707-5-stj>. Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.538 MG**. Erro médico. Dever de indenizar. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de março de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600652704&dt\\_publicacao=24/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600652704&dt_publicacao=24/03/2017). Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>61</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.291.247 RJ**. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino 19 de agosto de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num\\_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF). Acesso em: 05 set. 2020.

Cumprе ressaltar o posicionamento e as balizas interpretativas estipuladas pelo Tribunal Superior acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance na área médica. Sendo esta aplicada quando o evento danoso acarretar a alguém, a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.<sup>62</sup>

A sobredita teoria se relaciona com o problema de certeza, havendo duas conjecturas nas quais é enquadrada: a perda de chance clássica e a perda de chance atípica.

A primeira é aquela em que há certeza quanto à autoria do fato, visto que, a conduta do agente interrompeu um processo em curso e o possível dano resulta desta interrupção. Ou seja, a conduta do agente retira da vítima a chance de obter uma vantagem futura, e, a incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes do fato.<sup>63</sup>

Miguel Kfourı Neto exemplifica em sua obra a situação do médico que realizou uma radiografia no paciente que sentia fortes dores no punho e não constatou nenhuma anormalidade. Todavia, sete anos mais tarde, identificou dores incomuns na mesma região, assim, moveu uma ação contra o médico após o perito confirmar que a fratura está constatada desde a radiografia, fato não percebido pelo esculápio.<sup>64</sup>

Por outro lado, a perda da chance atípica é a principal categoria que menciona os casos relacionados à seara médica. Ocorre quando há uma conduta omissiva sendo impossível provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu,<sup>65</sup> que possuía o dever jurídico de interromper o processo causal.

Sérgio Cavalieri Filho enuncia em seu livro caso médico onde a conduta omissiva do esculápio privou o paciente da chance de cura por não haver a interrupção do processo causal e, conseqüentemente, atingiu o último estágio:

A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade.<sup>66</sup>

A teoria da perda de uma chance na atividade médica compreende hipóteses de falta profissional, ocasionando a perda da possibilidade de recuperação ou sobrevivida do paciente ou, ainda, se há a violação do dever de informação pelo esculápio, faz com que a vítima se prive da possibilidade de decisão.<sup>67</sup>

Em reforço do argumento exposto, invoca-se o acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que assevera ter o óbito da vítima decorrido de erro médico (erro de diagnóstico) em face da negligência de não ter esgotado o contingente de exames capaz de atestar, com firmeza, a origem do mal a que acometido o paciente. A vítima acorreu ao hospital apresentando sinais característicos de infarto, tendo o médico submetido o paciente a exame de eletrocardiograma, com diagnóstico de gastrite, deixando de solicitar exame de

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.291.247 RJ**. Perda de uma chance. Responsabilidade civil. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 19 de agosto de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num\\_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF). Acesso em: 05 set. 2020.

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

<sup>64</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e o 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: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

<sup>65</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

<sup>66</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 503.

<sup>67</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115.

dosagem seriada de enzimas cardíacas no sangue, o que confirmaria, ou descartaria a existência do infarto.

Essa abordagem, atestando a falha no atendimento médico, consta de percuciente parecer do Ministério Público exarado no corpo do acórdão, abaixo transcrito:

[...] Resta claro, através da análise da prova, que houve, sim, erro médico, por negligência e desídia no atendimento prestado, com liberação de paciente medicado para gastrite quando os sintomas, indicavam infarto (falta de ar, dor no peito e dormência no braço) e o levaram a óbito.

[...]

Um atendimento compatível, competente e digno, se não evitasse a morte, por certo permitiria-lhe, ao menos, uma chance de reverter o infarto fatal. O agir culposos, subtraiu-lhe essa possibilidade.

A denominada teoria da perda de uma chance é aplicada justamente quando é impossível determinar com precisão, a nível de certeza moral, a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, sendo suficiente para sua caracterização a demonstração de que o demandado deixou de empreender todas as diligências que estavam ao seu alcance a fim de impedir a ocorrência do evento morte. Aludida teoria detém, de um lado, a certeza, relacionada à chance perdida (no caso dos autos, a realização de exame de sangue para confirmação do quadro de infarto e correto encaminhamento para internação, cautelas óbvias e imprescindíveis), e de outro, a incerteza quanto ao resultado/dano, porque não se pode precisar de forma absoluta que a morte, ainda que tomada todas as providências indicadas para o caso, teria sido evitada [...].<sup>68</sup>

Assim, foi reconhecida a chance perdida do paciente uma vez que outros exames poderiam ter sido realizados a fim de evitar o resultado morte. Nesse sentido, Grácia Cristina Moreira do Rosário<sup>69</sup> compreende que se o indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, dessa forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está configurada a perda de chance que também constitui um dano em si mesma.

O julgado supracitado também dá ênfase a dificuldade de determinar com precisão a existência do nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura, uma vez que gera confronto com os artigos 186 e 927 do Diploma Civil que apontam o nexo causal como sendo um dos pressupostos do dever de indenizar. Assim, a obra de Rafael Peteffi da Silva esclarece:

[...] grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos [...].<sup>70</sup>

Em perspectiva análoga proferida em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi<sup>71</sup> admite que, nas hipóteses da perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar

<sup>68</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70082318502**. Responsabilidade civil. Erro médico. Ausência de exame imprescindível ao caso. Julgador (a) 1º Grau: Lilian Raquel Bozza. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935469558/apelacao-civel-ac-70082318502-rs/inteiro-teor-935469561>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>69</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade médica**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 167-186, 2008. p. 170.

<sup>70</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 71.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141 PR**. Redução das possibilidades de cura. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda

independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente a quem se imputa a culpa.

Na hipótese apresentada, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte. Aqui, a extensão do dano já está definida, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência denexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da teoria da perda da chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do artigo 403 do Código Civil Brasileiro, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Registra-se que o referido entendimento se vincula à teoria da causalidade direta e imediata, como já apreciado no capítulo 2.1 do presente trabalho. Esse entendimento se conjuga com o artigo 402 da mesma legislação sendo apontados como sustentáculos para verificação do requisito de certeza, impondo maior exigibilidade perante o magistrado ao proferir a condenação do réu para reparação dos danos que não estejam devidamente provados.<sup>72</sup>

Compreende-se, destarte, que a teoria da perda da chance não afasta a teoria da causalidade direta adotada no artigo 403 do Código Civil, desta forma, sob a ótica da teoria da perda de uma chance, o médico não será responsabilizado por um dano que adveio de forma indireta de sua conduta, mas sim, porque devido sua atuação que acabou, por, de fato, privar a vítima de sua chance. É essa privação que deve ser ressarcida.

Imperioso apontar que dentro do instituto da responsabilidade civil não é somente a perda da chance que dispensa o caráter de certeza acentuada, existindo, ainda, a responsabilidade pela criação de risco.

Abra-se parênteses para uma rápida digressão que, não obstante refuja do objeto deste trabalho, merece abordagem. Apesar da carência de literatura especializada em relação a criação de riscos, Rafael Peteffi da Silva<sup>73</sup> em seu esclarecedor magistério versa sobre o assunto.

Apesar de ambas enfrentarem situações em que a vítima foi comprometida pela conduta do réu e de se encontrarem em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano, “[...] o ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, o dano final[...]”.<sup>74</sup>

Nos casos clássicos da perda de uma chance, assunto tratado no presente capítulo, a conduta do agente retira da vítima a chance de obter uma vantagem futura e, a incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes do fato, todavia, quando o processo chega ao final, reserva um resultado negativo para a vítima. Observa-se a perda da vantagem esperada.

Enquanto nos casos de simples aumento de riscos, “[...] a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa[...]”.<sup>75</sup> É

---

de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num\\_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF).

<sup>72</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 238.

<sup>73</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

<sup>74</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

<sup>75</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

impossível saber se futuramente a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada.

Exemplo clássico são os casos em que pessoas são expostas a elementos tóxicos inerentes à atividade desenvolvida no trabalho. O risco de contrair uma doença pode ser cientificamente comprovado, apesar de a vítima continuar gozando de saúde perfeita. Neste caso, é impossível saber se a vítima irá desenvolver determinada doença, que pode restar em estado de latência durante vários anos ou nunca vir a se desenvolver. Desse modo, “[...] a vantagem esperada pela vítima, que é a manutenção da saúde perfeita, ainda pode ser alcançada. Por outro lado, nas demandas de responsabilidade civil pela perda de uma chance, a doença já se manifestou de forma definitiva[...]”.<sup>76</sup>

À margem de discussões mais calorosas em relação a matéria, ante a crise mundial do Covid 19, traz-se a situação do médico que é convocado a trabalhar na linha de frente do hospital, se expondo a maior risco de contaminação. Pode o médico contrair o vírus e não desenvolver problema instantâneo, contudo, em longo prazo, a doença pode deixar sequelas permanentes, como por exemplo, fibrose pulmonar. Sendo impossível saber se a vítima irá desenvolver determinada sequela ou não.

Fechando parênteses e voltando ao tema desse artigo, observa-se que os civilistas têm debatido a reparação dos cognominados danos da perda de uma chance e as diferentes concepções que surgem acerca da matéria. Isso porque sua reparabilidade, para alguns, possui natureza de cunho moral, para outros, se confunde com a categoria dos lucros cessantes ou danos emergentes, enquanto outros, ainda, a consideram um terceiro gênero. Tema tratado no próximo item.

### 3.2 DAS FORMAS DE RESSARCIR O PACIENTE DIANTE DE EVENTUAL PERDA DA CHANCE

Uma das polêmicas debatidas no ordenamento jurídico brasileiro guarda conexão com a natureza do dano indenizável na teoria da perda de uma chance. O debate sobre a natureza do dano oriundo da referida teoria - se seria um dano de cunho moral ou de natureza patrimonial, se tratar-se-ia de lucro cessante, dano emergente, ou de dano autônomo -, tem sido abordado por diferentes visões doutrinárias.

Em 1955, Agostinho Alvim abordou em sua obra a hipótese da responsabilidade civil do advogado negligente que gerou dano ao seu cliente ao deixar transcorrer o prazo de recurso. Embora impossível provar o êxito da ação, caso interposto o recurso, houve a lesão a uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio.<sup>77</sup>

Ademais, o autor cita o caso em que o dono de um animal raro inscreve-se para concorrer em um certame que renderá elevado prêmio. No deslocamento, o transportador envolve-se em um acidente, ocasionando a morte do animal, que poderia ter sido evitado, frustrando a participação no evento, conforme retratado no texto abaixo:

[...] se o dono do animal, ao demandar o prejuízo, incluir aí o prêmio, é certo que sua pretensão terá que ser repelida. Tal lucro era hipotético. Mas é inegável que o animal, antes do certame, e tendo probabilidade de ganhar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, nesse momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço. Esse *a mais*, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio de seu dono. De modo que, se o que se pede é esse *a mais*, e não o prêmio, não se está no terreno

<sup>76</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 116.

<sup>77</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 192.

da fantasia e, sim, do real.<sup>78</sup> (Grifo do autor)

Frente ao caso concreto, acima relatado, verifica-se que o autor se filia a corrente na qual a natureza indenizatória da perda da chance coincide com os danos emergentes, considerando que a vítima sofre diretamente prejuízos econômicos, importando na diminuição do seu patrimônio devido a uma conduta antijurídica,<sup>79</sup> assunto já exposto no capítulo 2.1 do presente artigo.

Miguel Maria de Serpa Lopez e Caio Mário da Silva Pereira afinam pelo mesmo diapasão, enfatizando este que “[...] a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.”<sup>80</sup> Reforçando o fundamento, o magistério de Serpa Lopez:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia numa probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização.<sup>81</sup> (Grifo do autor)

São complexas as questões relacionadas ao plano indenizatório no seio da natureza da teoria da perda de uma chance. Não obstante a visão supramencionada, há civilistas que seguem a corrente dos lucros cessantes como forma de indenização, dentre os quais é possível citar José de Aguiar Dias e Sergio Novais Dias.

Tema tratado no capítulo 2.1, supra, o lucro cessante corresponde ao que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, àquilo que teria recebido se o dano não tivesse ocorrido.<sup>82</sup>

José de Aguiar Dias expõe em sua obra a visão de que os interesses lesados devem corresponder ao patrimônio da vítima, trazendo para o sistema da indenização, a noção de patrimônio como unidade de valor. “O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação”.<sup>83</sup>

Sob a mesma ótica do autor retro citado, Sergio Novais Dias discorre acerca da responsabilidade civil do advogado. O civilista traz como exemplo da perda da chance o comportamento do advogado que deixa escoar o prazo prescricional, fazendo o cliente perder as chances de ganhar ou aumentar o ganho de uma causa.<sup>84</sup> O autor acredita que a indenização pela chance perdida é equiparada a uma espécie de lucro cessante presumível no caso concreto, pois é preciso utilizar-se de um juízo probabilístico de êxito do recurso e que, em caso positivo

<sup>78</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 194.

<sup>79</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

<sup>80</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 40.

<sup>81</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II, p. 391.

<sup>82</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304.

<sup>83</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Aumentada por Rui Berford Dias. p. 975.

<sup>84</sup> DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999. p. 57.

(certeza de que o recurso seria provido), o advogado teria de indenizar o cliente no valor equivalente ao que receberia do *ex adverso* caso vencesse a demanda judicial.<sup>85</sup>

Afrontando a doutrina citada, colhe-se de julgado proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento de que não se confunde lucro cessante com dano decorrente da perda de uma chance:

De acordo com o CC/02, os lucros cessantes representam aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor.

A perda de uma chance não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e que traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar.

**Nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir uma vantagem. Trata-se, portanto, de dois institutos jurídicos distintos.**<sup>86</sup> (Grifo nosso)

A posição majoritária aponta diferença entre o lucro cessante e a perda de chance, entendendo que no primeiro há uma probabilidade objetiva de que o resultado em expectativa aconteceria, se não houvesse dano, enquanto no segundo se estaria diante da expectativa como sendo aleatória, ante do grau de probabilidade de obtenção da vantagem (dano final), sendo impossível afirmar que o resultado aconteceria se o fato antijurídico não se concretizasse.

Não obstante as diferentes concepções acerca da indenização da perda de uma chance com base no dano patrimonial, seja dano emergente ou lucro cessante, há doutrinadores que a enquadram como dano extrapatrimonial.

Estes distintos entendimentos são pacificados no acórdão proferido pela Ministra Nancy Andrighi<sup>87</sup>, na abordagem do caso em que o advogado deixou transcorrer *in albis* o prazo para interposição do recurso de apelação e, devido sua conduta negligente, a autora perdeu sua moradia e a retenção das benfeitorias introduzidas no imóvel. Sufragando entendimento de que a teoria da perda de uma chance é aplicável tanto aos danos morais (perda da moradia) quanto os danos materiais (não indenização das benfeitorias).

Considerando a perda da chance como capaz de gerar danos de natureza extrapatrimonial, Sergio Savi<sup>88</sup> destaca que a oportunidade perdida pela vítima, devido a um ato antijurídico, poderá dar causa a danos de naturezas distintas, patrimonial e extrapatrimonial. Em seu livro, relata o caso de uma pessoa que se vê ilegitimamente excluída, pela comissão organizadora, de realizar a prova final do concurso, perdendo a chance de ser aprovada, diante do que poderá pleitear o pagamento de indenização decorrente de danos materiais emergentes (perda da chance) e de danos morais (frustração decorrente do ato ilícito).

Em suma, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral, havendo circunstâncias em

<sup>85</sup> GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: parâmetros de aplicação à luz do direito civil brasileiro. **Revista de direito privado**, [s. l.], v. 101, p. 263-291, set./out. 2019. Artigo consultado na base de dados Revista dos Tribunais Online.

<sup>86</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.750.233 SP**. Indenização por perdas e danos. Condenação em lucros cessantes. Fixação do valor devido pela perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de fevereiro de 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801555630&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801555630&dt_publicacao=08/02/2019). Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185 MG**. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo. Teoria da perda da chance. Aplicação. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de agosto de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>88</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

que não será possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, justamente por falta de implemento dos requisitos exigíveis, porém será possível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa.<sup>89</sup>

Seguindo no mesmo rumo, Sérgio Cavaliere Filho doutrina que “[...] a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato real, consumado, não hipotético”.<sup>90</sup> Acrescenta que a razoabilidade deve ser o critério de fixação da indenização, levando-se em conta a perda da oportunidade de auferir uma vantagem, mas nunca a própria vantagem.

O critério da razoabilidade é uma diretriz de senso comum para estipular o valor que a vítima lucraria, segundo um juízo de probabilidade. É árduo estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa. Nessa “[...] tarefa penosa, deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético [...]”,<sup>91</sup> o que seria a continuação normal dos fatos se não houvesse ocorrido o ato ilícito.

Cotejando-se este entendimento, traz-se à luz o exemplo abundantemente comentado na doutrina brasileira: o “Show do Milhão”. Constituía-se em um concurso em que, respondendo corretamente as perguntas formuladas, o candidato poderia ganhar o prêmio R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). No caso apresentado, a candidata já havia auferido o direito ao recebimento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e, a última pergunta, se respondida corretamente, asseguraria o prêmio máximo. Todavia, a empresa promotora do concurso formulou uma pergunta em que todas as opções apresentadas estavam incorretas. A concorrente interpôs ação judicial cumulando pedidos de dano material (parcela do prêmio não recebida) e dano moral (frustração da expectativa de ser a ganhadora do certame, sonho acalentado por longo tempo). A decisão foi proferida nos seguintes termos:

Não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta assim o pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade qual seja, a certeza- ou a probabilidade objetiva- do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.  
[...]

Quanto ao valor de ressarcimento, a exemplo que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.<sup>92</sup>

A condenação imputou à empresa o dever de indenizar a participante pela perda da oportunidade, fixando o *quantum* indenizatório em R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), equivalente a um quarto do valor pretendido, cálculo elaborado diante da probabilidade matemática de acerto da questão, a partir do que razoavelmente haja deixado de lucrar.

A posição majoritária percorrida pela doutrina e pelos tribunais, no entanto, considera a teoria da perda de uma chance como terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante, sob o fundamento de que “[...] o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento.”<sup>93</sup>

No endosso da doutrina citada, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tarjou de *tertium genus* a perda de uma chance, como se colhe na passagem abaixo:

<sup>89</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

<sup>90</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109.

<sup>91</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 109.

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459 BA**. Perda da oportunidade.

Indenização. Relatora: Min. Fernando Gonçalves, 03 de março de 2006. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>93</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 38.

**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.<sup>94</sup> (Grifo nosso)

Nesta traça, o já citado REsp 1.254.141, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.<sup>95</sup>

A partir da abordagem jurisprudencial e com esteio na posição adotada por Rafael Peteffi da Silva, o ressarcimento pela privação da chance enquadra-se como categoria de dano independente: “Desse modo, fixar-se-á a natureza jurídica das espécies de perda de uma chance, no sentido de caracterizá-las como espécies de dano autônomo ou de causalidade parcial do dano final [...]”.<sup>96</sup>

Em relação a quantificação do dano proveniente da perda de uma chance, cabe ao julgador, diante de cada conjuntura apresentada, o dever de ponderar todos detalhes e trabalhar dentro de uma estimativa. Deve ser limitada a um valor obrigatoriamente menor do que o valor da vantagem esperada pela vítima, já que a lei não estabelece critérios objetivos para a fixação do *quantum* que deflui da perda de uma chance.

Cumprido reiterar que o dano nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa do terceiro, assim, para que a pretensão indenizatória de reparação seja eficaz, é necessário que a oportunidade perdida traga, como prejuízo, uma desvantagem. “O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização”,<sup>97</sup> sendo imprescindível a dosagem desta indenização mediante o prudente arbítrio do julgador, devendo este atentar para a função reparadora, evitando que o lesado venha a locupletar-se com enriquecimento indevido. O multicitado REsp 1.254.141 menciona:

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**

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.190.180 RS**. Responsabilidade civil. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 22 de novembro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866588417/recurso-especial-resp-1190180-rs-2010-0068537-8/inteiro-teor-866588421?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141 PR**. Redução das possibilidades de cura. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num\\_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF). Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>96</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 104.

<sup>97</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

**de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada.**

**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>98</sup> (Grifo nosso)**

A justiça intenta proferir uma indenização de molde que a vítima retorne ao seu *status quo ante*, sempre analisando os casos e identificando os requisitos da teoria da perda de uma chance em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Assim, é possível perceber a natureza peculiar da teoria estudada sendo considerada uma categoria inédita no ordenamento jurídico pátrio, um terceiro gênero de dano.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medicina é uma das áreas do conhecimento que exige maior comprometimento e responsabilidade do profissional, cujo caráter humanitário se revela diante do paciente que, fragilizado pela doença e carente de cura, encontra no médico sua última chance de melhorar a saúde ou manter a vida.

Nunca se falou tanto em medicina. A pandemia do Covid 19, diante das demandas geradas pela doença, colocou o médico em posição de destaque, chamando atenção ao denodo do profissional, cujo desígnio voltado ao salvamento de vidas.

A partir de informações recolhidas, experiências clínicas, conhecimento técnico e pessoal, o médico adquire informações a partir das quais toma as decisões quanto ao tratamento do paciente. A condição fisiológica, bioquímica e genética do ser humano pode acarretar que diagnósticos e tratamentos idênticos, diante da complexidade da estrutura humana, gerem desfechos diferentes ao paciente, cabendo investigar se o resultado adverso teve como causa o erro médico.

Neste momento vem à tona o instituto da responsabilidade civil, conduta antijurídica do ato que gera o dever de indenizar o paciente por danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, restabelecendo-se o equilíbrio nas relações sociais.

Dedicando artigos exclusivos, o Código Civil Brasileiro exige pressupostos para configuração da responsabilidade civil, sejam eles a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade. Surge então, o questionamento acerca da relativização do nexo de causalidade a partir da nova perspectiva apresentada na doutrina brasileira e nos tribunais: a teoria da perda de uma chance.

Assunto do presente trabalho, o tema transita pela legislação e invoca jurisprudência, ressaltando aspecto particularizado da perda de uma chance, correspondendo a um juízo de probabilidade, onde a chance perdida precisa ser séria e real, o prejuízo certo e onde não se indeniza o dano final.

Não obstante a perda de chance clássica, há também a perda de chance atípica, ambas se relacionam com o problema de certeza, todavia, a primeira é aquela em que há certeza quanto à autoria do fato, enquanto a segunda é impossível provar que o dano final é consequência certa e direta da conduta do réu.

A abordagem veiculada neste artigo, sem a pretensão de esgotar o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, traz posicionamentos contrários no que

---

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141 PR**. Redução das possibilidades de cura. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num\\_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF). Acesso em: 13 set. 2020.

concerne a natureza jurídica da perda de uma chance. No trato da matéria com posições doutrinárias em variados enfoques, apresentado com o objetivo de instigar a reflexão, contribuindo, modestamente para o esclarecimento do assunto.

Trata-se de um terceiro gênero de dano situado entre o lucro cessante e o dano emergente, onde a conduta antijurídica do terceiro faz com que a vítima deixe de auferir uma vantagem. Para que haja a quantificação do dano proveniente deste ato, o jurista precisa avaliar caso a caso e calcular o prejuízo suportado pela vítima, buscando reestabelecer o *status quo ante* do lesado para que seja possível diferenciar o improvável do quase certo e, assim, evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes.

Por fim, o paradoxo que chama atenção e preocupa: o afastamento físico médico-paciente, resultado da pandemia da Covid 19, que escancarou a necessidade da evolução de processos e tecnologia de atendimento à saúde, exaltou o atendimento remoto, exigência forçada pela quarentena, como foi o caso da telemedicina que, se por um lado, levará atendimento a milhares de pessoas, por outro poderá se converter em um terreno instável, ampliando os casos de erros médicos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Brasília, DF: Sessão Plenária, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2620>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n° 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1485743 MG**. Ação de indenização. Erro médico. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 10 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=106026434&registro\\_numero=201901033678&peticao\\_numero=201900687550&publicacao\\_data=20200213&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=106026434&registro_numero=201901033678&peticao_numero=201900687550&publicacao_data=20200213&formato=PDF). Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AgRg no Ag 1222132 RS**. Erro médico. Dever de indenizar. Relatora: Min. Eliana Calmon, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8633790/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1222132-rs-2009-0165707-5-stj>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185 MG.**

Responsabilidade de advogado pela perda do prazo. Teoria da perda da chance. Aplicação.

Relatora: Min. Nancy Andrichi, 04 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.104.665 RS.** Erro médico.

Teoria da perda da chance. Relator: Min. Massami Uyeda, 09 de junho de 2009. Disponível

em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs)

[2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1/inteiro-teor-12198394?ref=juris-tabs). Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.190.180 RS.** Responsabilidade civil. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 22 de novembro de 2010. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866588417/recurso-especial-resp-1190180-rs-2010-0068537-8/inteiro-teor-866588421?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141 PR.** Redução das possibilidades de cura. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num\\_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.291.247 RJ.** Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino 19 de agosto de 2014. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num\\_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF). Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.538 MG.** Erro médico.

Dever de indenizar. Aplicação da teoria da perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy

Andrichi, 21 de março de 2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600652704&dt\\_publicacao=24/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600652704&dt_publicacao=24/03/2017). Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.750.233 SP.** Indenização por perdas e danos. Condenação em lucros cessantes. Fixação do valor devido pela perda de uma chance. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 05 de fevereiro de 2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801555630&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801555630&dt_publicacao=08/02/2019). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459 BA.** Perda da oportunidade. Indenização. Relatora: Min. Fernando Gonçalves, 03 de março de 2006.

Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297?ref=juris-tabs)

[788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297?ref=juris-tabs). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Brasília, DF: STJ, 2009. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27387%27>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 565.714 MG**. Fixação da base de cálculo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 31 de março de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12726195>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BUHRING, Marcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do estado**. São Paulo: Thomson, 2004.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica**. São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: CFM, 2019. p. 21. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Aumentada por Rui Berford Dias.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: parâmetros de aplicação à luz do direito civil brasileiro. **Revista de direito privado**, [s. l.], v. 101, p. 263-291, set./out. 2019. Artigo consultado na base de dados Revista dos Tribunais Online.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e o 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: Revista dos Tribunais, 2002.

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

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (Décima Primeira Câmara Civil). **Apelação Cível nº 2001.001.08334**. Dano moral. Dano estético. Relator: Des. Cláudio Mello Tavares, 31 de outubro de 2001. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400230337/apelacao-apl-61818920088190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-7-vara-civel/inteiro-teor-400230346?ref=serp>. Acesso em: 28 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70082318502**. Responsabilidade civil. Erro médico. Ausência de exame imprescindível ao caso. Julgador (a) 1º Grau: Lilian Raquel Bozza. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935469558/apelacao-civel-ac-70082318502-rs/inteiro-teor-935469561>. Acesso em: 27 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Décima Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70037029303**. Erro médico. Ausência do nexa causal. Julgador (a) 1º Grau: Jorge Alberto Silveira borges. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22898845/apelacao-civel-ac-70037029303-rs-tjrs/inteiro-teor-111156540?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70082963075**. Médico. Dever de indenizar configurado. Julgador (a) 1º Grau: Michel Martins Arjona. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925420543/apelacao-civel-ac-70082963075-rs/inteiro-teor-925420545?ref=serp>. Acesso em: 28 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70021409248**. Responsabilidade Civil. Complicações no período pós-operatório. Negligência evidenciada. Julgador (a) 1º Grau: Ana Paula Caimi. Relator: Des. Odone Sanguiné, 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=700&c\\_omarca=&numero\\_processo=70021409248&numero\\_processo\\_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&c_omarca=&numero_processo=70021409248&numero_processo_desktop=70021409248&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=). Acesso em: 05 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Nona Câmara Civil). **Apelação Cível nº 770078204062**. Erro médico. Ausência do nexa causal. Julgador (a) 1º Grau: Luciano Bertolazi gauer. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti, 16 de setembro de 2018. Disponível

em:

[https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index&combo\\_comarca=&comarca=&numero\\_processo=&numero\\_processo\\_reduzido=70084387331&nr\\_themis=N&comarca=&nome\\_comarca=&uf\\_OAB=&OAB=&comarca=&nome\\_comarca=&nome\\_parte=](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_reduzido=70084387331&nr_themis=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=). Acesso em: 05 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70083443622**. Responsabilidade civil por erro médico. Julgador (a) 1º Grau: Doris Muller Klug. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/802006425/apelacao-civel-ac-70083443622-rs/inteiro-teor-802006437>. Acesso em: 28 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sexta Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70084387331**. Na medida em que os danos alegados decorreram de falhas no atendimento médico hospitalar prestado pelo SUS, a responsabilidade do demandado deve ser analisada à luz do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que determina a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos que seus agentes eventualmente causarem a terceiros. No entanto, para que o Município seja responsabilizado por algum alegado erro de diagnóstico, de intervenções cirúrgicas ou condução de determinados procedimentos e tratamentos, é necessário que reste demonstrada a conduta negligente, imprudente ou imperita do corpo clínico que atendeu o paciente. Julgador (a) 1º Grau: Jorge Alberto Silveira borges. Relator: Desª. Eliziana da Silveira Perez, 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920334978/apelacao-civel-ac-70084387331-rs/inteiro-teor-920335043>. Acesso em: 05 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Vigésima Câmara Civil). **Apelação Cível nº 70080177314**. Falha na prestação de serviço. Infecção hospitalar. Julgador (a) 1º Grau: Eliane Garcia Nogueira. Relator: Des. Glênio José Wassarstein Hekman, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931988140/apelacao-civel-ac-70080177314-rs/inteiro-teor-931988150>. Acesso em: 05 set. 2020.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade médica**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 167-186, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil: obrigações em geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. II.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TABARELLI, Liane. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental e os deveres anexos impostos aos contratantes em pactos agrários. *In*: BUHRING, Marcia Andrea; FUHRMANN, Italo Roberto; TABARELLI, Liane (org.). **Direitos fundamentais: direito**

ambiental e os novos direitos para o desenvolvimento socioeconômico. Caxias do Sul: EDUCS, 2018. p. 64-85.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil:** da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil .13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Antônio. **Sermões do Padre Antônio Vieira.** Porto Alegre: L&PM, 1953.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)