

A perda de uma chance no direito médico e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Carolina Martins USCOCOVICH*

Romualdo Baptista dos SANTOS**

RESUMO: Este estudo trata da teoria da perda de uma chance, sua aplicação ao direito médico e o tratamento dado ao tema pelo STJ. Com emprego do método dedutivo teórico, inicialmente se procede à análise qualitativa do material bibliográfico, a fim de estabelecer os contornos jurídicos da teoria e analisar seus aspectos mais polêmicos. Na sequência, a partir da análise quanti-qualitativa sobre julgados mais recentes, conclui-se que a Corte assimilou o debate desenvolvido pela doutrina, posicionando-se pela autonomia do dano que resulta da perda de uma chance e estabelecendo critérios para a sua verificação e para a quantificação do montante indenizatório.

PALAVRAS-CHAVE: Perda de uma chance; direito médico; responsabilidade civil; critérios de quantificação; jurisprudência do STJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 1.1. A perda de uma chance na dogmática jurídica; – 1.2. Conceito e características; – 1.3. Variações da perda de uma chance; – 1.4. Autonomia do dano indenizável; – 1.5. Chance concreta e real; – 1.6. Natureza patrimonial ou extrapatrimonial; – 1.7. Perda de uma chance, danos emergentes e lucros cessantes; – 1.8. Configuração do nexos de causalidade; – 1.9. A perda de uma chance e o princípio da reparação integral – 2. A perda de uma chance no direito médico – 3. Julgados do Superior Tribunal de Justiça; – 3.1. Julgados da pesquisa sobre “perda de uma chance”; – 3.2. Julgados da pesquisa sobre “perda de uma chance” e “erro médico”; – 4. Conclusões; – Referências.

TITLE: *The Loss of a Chance in the Medical Law and the Jurisprudence of the Superior Court of Justice*

ABSTRACT: *This study deals with the theory of the loss of a chance, its application to medical law and the treatment given to the subject by the Superior Court of Justice. Using the theoretical deductive method, a qualitative analysis of the bibliographic material is carried out in order to establish the legal contours of this theory and analyze its most controversial aspects. In the sequence, based on the quantitative and qualitative analysis of recent judgments, it is concluded that the Superior Court assimilated the debate developed by the doctrine, positioning itself for the autonomy of the damage that results from the loss of a chance and establishing criteria for its verification and for the quantification of the indemnity amount.*

KEYWORDS: *Loss of a chance; medical law; civil liability; quantification criteria; jurisprudence of the STJ.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 1.1. The loss of a chance in the legal doctrine; – 1.2. Concept and features; – 1.3. Variations of loss of a chance; – 1.4. Autonomy of indemnifiable damage; – 1.5. Concrete and real chance; – 1.6. Heritage or off-balance sheet nature; – 1.7. Loss of a chance, consequential damages and lost profits; – 1.8. Configuration of the causal link; – 1.9. Loss of a chance and the principle of integral reparation – 2. Loss of a chance in the medical law – 3. Judged by the Superior Court of Justice; – 3.1. Judgments of research on “loss of a chance”; – 3.2. Research judgments on “loss of a chance” and “medical error”; – 4. Conclusions; – References.*

* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela PUC/PR e pela FMP. Membro do Grupo de Pesquisas Direito da Saúde e Empresas Médicas. Advogada.

** Mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, especialista em Direito Contratual e Direito de Danos (Contratos y Daños) pela Universidade de Salamanca – USal. Pós-doutorado em Direitos Humanos, Sociais e Difusos pela Universidade de Salamanca – USal. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil – IBERC e do Grupo de Pesquisas Direito da Saúde e Empresas Médicas. Advogado.

1. Introdução

A cláusula geral de responsabilidade civil, cristalizada no art. 1.382 do *Code Napoléon*, de onde se espraiou para praticamente todas as codificações oitocentistas, diz que aquele que causa um dano fica obrigado a repará-lo. No entanto, há situações em que a pessoa se encontra em vias de alcançar um benefício, mas sofre uma interrupção em sua trajetória, ficando impedida de atingir seu objetivo. Nessa hipótese, há dificuldade em estabelecer qual é o dano sofrido, pois não é possível saber se essa pessoa alcançaria o benefício almejado. Além disso, há um problema de causalidade, pois não se pode atribuir ao agente a causa da perda de um benefício que era apenas almejado e que ainda não integrava o patrimônio da vítima no momento da ação.

O propósito do presente estudo é investigar o instituto da perda de uma chance na dogmática jurídica, destacando seu conceito, suas características, as hipóteses de aplicação na seara do direito médico e o tratamento dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O objetivo principal do estudo é investigar o tratamento do tema pelo Superior Tribunal de Justiça. São objetivos secundários apresentar o conceito e as principais características e peculiaridades da perda de uma chance.

Para alcançar esses objetivos, adota-se o método dedutivo teórico, com abordagem quantitativa e qualitativa, consistente no levantamento bibliográfico sobre o tema investigado e na pesquisa jurisprudencial no âmbito da Corte Superior, a fim de extrair as conclusões e as aplicações práticas que possam ser úteis aos profissionais do direito.

1. A perda de uma chance na dogmática jurídica

A teoria da perda de uma chance surgiu no direito francês, no final do século XIX, para tratar de situações em que a pessoa que se encontra em vias de alcançar um benefício sofre uma interrupção em sua trajetória, ficando impedida de atingir seu objetivo. Sua aplicação foi admitida pela primeira vez em uma decisão da Corte de Cassação da França, proferida no dia 17 de julho de 1889, que aceitou pedido de indenização formulado pelo autor de uma ação judicial, que perdeu a oportunidade de ganhar a demanda por causa da negligência de um funcionário público que impediu a tramitação regular do processo.¹ Posteriormente, na segunda metade do século XX, a teoria passou a ser aplicada na seara do direito médico, diante da dúvida sobre o nexo de causalidade

¹ ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23-24; CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 79-81.

entre o ato médico e a morte ou agravamento da enfermidade do paciente. Os primeiros casos foram julgados pela Corte de Cassação francesa, na década de 1960.²

Conquanto se trate de um instituto clássico do direito civil, até os dias atuais vários questionamentos podem ser levantados em torno dessa teoria, dada a dificuldade de seu enquadramento nos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente quando de sua aplicação na seara do direito médico.

1.1. Conceito e características

Em sua primeira formulação, no início da modernidade, a responsabilidade civil se ocupava apenas da reparação dos danos patrimoniais que pudessem ser demonstrados objetivamente, mediante comparação entre a situação atual e aquela em que a vítima se encontrava antes da ofensa.³ Ao longo do século XX, formou-se a ideia de que alguns danos atingem valores que não podem ser objetivamente quantificados, como os sentimentos da pessoa, seus atributos e as expressões da personalidade, dando origem à classificação entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais ou danos morais em sentido amplo.⁴

No caso da perda de uma chance, a lesão não atinge diretamente o benefício pretendido pela vítima, mas interrompe a trajetória da pessoa que se encontra em vias de alcançar uma posição que a colocaria em condições de disputar um benefício. Desse modo, o que se perde é a possibilidade de alcançar a posição almejada e não o benefício final pretendido. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “Caracteriza-se a perda de uma

² PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica: uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; DOMENECH, Javier Barceló; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 413-434, especialmente p. 415; KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar. In: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 310-312; SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83-84; CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 138-139.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 29 e 60-64; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 160; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 10; FACCHINI NETO, Eugênio. *Code Civil francês: gênese e difusão de um modelo*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.

⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1, p. 600-601; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II, p. 314; ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. IV: La responsabilità civile, p. 608; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92-93; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005. v. 7: Responsabilidade civil, p. 63-66, 70 e 91; CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 81.

chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”.⁵

O exemplo típico de perda de uma chance é o do candidato que sofre um acidente e fica impedido de chegar ao local onde realizaria uma prova de concurso para um cargo público. A perda para o candidato não é exatamente a vaga disputada, visto não ser possível saber se seria aprovado, mas a perda da oportunidade de se colocar na posição de disputar a vaga pretendida. Outro exemplo é o do advogado que perde o prazo para apresentar contestação ou recurso em uma ação judicial, fazendo com que seu cliente perca a oportunidade de disputar a vitória processual.

A principal característica da perda de uma chance é a álea que envolve o objetivo almejado pela vítima, da qual sobressaem os vários questionamentos sobre a validade e os contornos da teoria. Tendo em vista a incerteza sobre se a vítima alcançaria o objetivo almejado, não é possível estabelecer a perda desse objetivo como um dano causado pela conduta do agente. Por outro lado, embora a chance perdida não se confunda com o benefício pretendido pela vítima, é necessário que se trate de uma chance séria e real, isto é, que a vítima teria a possibilidade de disputar e a probabilidade de alcançar aquele benefício se não fosse ceifada a oportunidade pela lesão.

Desse modo, a perda de uma chance pode ser definida como a interrupção de uma trajetória que colocaria a vítima em posição de disputar um benefício futuro, com probabilidade de êxito, embora sujeito a uma álea, de modo a não se saber se esse benefício seria alcançado.

1.2. Variações da perda de uma chance

A conceituação da perda de uma chance pode sofrer variação em razão do efetivo perecimento do bem da vida pretendido pela vítima. Na primeira hipótese, após a interrupção da trajetória da vítima, o bem da vida que era almejado permanece submetido a uma álea, pois não é possível saber se seria alcançado se não ocorresse a conduta lesiva. Na segunda hipótese, depois de interrompida a trajetória da vítima, o processo aleatório prossegue e chega ao seu final, com perecimento do benefício pretendido.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 98.

Chama-se perda de uma chance clássica aquela em que o benefício pretendido pela vítima permanece sujeito a uma álea, ao passo na perda de uma chance de cura ou de sobrevivência (“perte d’une chance de survie ou de guérison”), atinente ao direito médico, o processo aleatório chega ao final com a perda em definitivo do bem pretendido.⁶

Inspirado nas lições de François Chabas, Rafael Peteffi da Silva percebe duas categorias de perda de uma chance: a primeira como dano específico e independente do bem final da vida; a segunda, como forma de mitigar o nexo de causalidade em face da perda do benefício perdido pela vítima.⁷

Em outra abordagem, a doutrina faz distinção entre a perda de uma chance de alcançar um benefício e a perda de uma chance de evitar um prejuízo.⁸ Essa diferenciação é bem sutil porque, em ambos os casos, a interrupção do processo aleatório impede a vítima de colocar-se em posição de disputar um benefício, seja para obter um ganho, seja para evitar um prejuízo.

Essas distinções são importantes para fins de aplicação da teoria da perda de uma chance no campo do direito médico, pois na maior parte dos casos o que se perde efetivamente é o bem da vida pretendido pela vítima e não somente a oportunidade de disputar aquele benefício.

1.3. Autonomia do dano indenizável

O dano é considerado o principal pressuposto da responsabilidade civil, sem o qual não é possível cogitar a hipótese do dever de reparar. O dano é um prejuízo sentido pela vítima como consequência de uma lesão perpetrada pelo agente causador, seja por uma conduta culposa ou uma atividade de risco.⁹

No caso da perda de uma chance, há dificuldade em identificar o prejuízo sentido pela vítima porque a ação lesiva não produz a perda do bem da vida pretendido, mas apenas

⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 83-85; KFOURI NETO, Miguel. *Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar*, cit., p. 312.

⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 106-107.

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 671-672; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil 4: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 140.

⁹ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 1; BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2001, p. 483; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 313.

da oportunidade de disputá-lo em um processo aleatório. No exemplo do candidato impedido de chegar ao local de prova de um concurso, não se pode dizer que a ação lesiva tenha produzido a perda do cargo pretendido. Logo, o dano não é a perda do cargo almejado, mas algo que ficou no meio do caminho entre a lesão e esse objetivo.

De acordo com Zannoni, “A chance é a possibilidade de um benefício provável, futuro, que integra as facultades de agir do sujeito em cujo favor milita a esperança. Privá-lo dessa esperança configura dano, porque o que se perde, o que se frustra, na realidade, é a chance e não o benefício esperado”.¹⁰ Estudando o tema na seara do direito médico, Miguel Kfoury Neto ensina que “É facilmente perceptível a noção de chance, como valor autônomo, destacado do conceito de prejuízo ou vantagem final”, a exemplo do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, impedido de concluir a prova em primeiro lugar pela ação desvairada de um espectador.¹¹ Também Fernando Noronha defende que a vantagem esperada pela vítima não passa de um dano incerto, insuscetível de reparação, ao passo que a perda da chance é um dano certo e distinto do benefício que era esperado.¹²

A conclusão que se extrai é a de que o dano que resulta da perda de uma chance não se confunde com o bem da vida pretendido pela vítima porque, de fato, não se pode garantir que a pessoa alcançaria o objetivo se não tivesse sua trajetória interrompida pela ação lesiva. Por outro lado, não se pode dizer que a perda de uma chance seja um nada jurídico, isto é, que a vítima não tenha sofrido um prejuízo ao ser impedida de prosseguir em sua trajetória. Logo, existe um dano a ser reparado, que é autônomo em relação ao objetivo pretendido pela vítima.

Sem embargo disso, respeitáveis autores analisam a perda de uma chance como um problema de causalidade parcial entre a conduta ou atividade e o benefício final pretendido pela vítima, especialmente nas situações em que o benefício efetivamente se perde.¹³ Nessa abordagem, a vítima é só parcialmente indenizada do prejuízo sofrido, com vulneração ao princípio da reparação integral, uma vez que este não pode ser integralmente imputado à conduta ou atividade indicada como sua causa.

¹⁰ Confira-se: “La chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la chance e no el beneficio esperado, como tal” (ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 52).

¹¹ KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar, cit., p. 301.

¹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 674.

¹³ Rafael Peteffi da Silva analisa detidamente essa configuração da perda de uma chance pelo prisma da causalidade parcial (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 50-67).

1.4. Chance concreta e real

Uma das dificuldades de compreensão quanto à teoria da perda de uma chance é que o dano indenizável deve ser certo e atual, no sentido de que deve existir enquanto fenômeno, razão pela qual, em princípio, não são suscetíveis de reparação os danos hipotéticos, eventuais ou meramente conjecturais.¹⁴ No caso da perda de uma chance, opera-se a interrupção do processo aleatório antes que a vítima atinja a posição de disputar o benefício pretendido. Desse modo, não é possível dizer que há perda do benefício porque este se encontra envolvido em uma álea, podendo ou não se concretizar. Por isso, na perda de uma chance, não se deve confundir o prejuízo que resulta da perda da oportunidade com o benefício almejado pela vítima, uma vez que o primeiro é real e concreto, enquanto o segundo se encontra no terreno das hipóteses, das conjecturas e da eventualidade.¹⁵

Não obstante isso, para a configuração do dano por perda de uma chance é indispensável que se trate de uma chance concreta e real, havendo probabilidade de que a vítima poderia obter o benefício final, caso se colocasse na posição de disputá-lo.¹⁶ Assim, por exemplo, não se pode falar em perda de uma chance se o candidato impedido de chegar ao local da prova não preenchia os requisitos objetivos para participar do concurso, como a conclusão do grau acadêmico exigido pelo edital do certame.

Disso resulta que, na perda de uma chance, o dano sofrido não coincide com o bem da vida ao final pretendido pela vítima, mas se restringe à perda da oportunidade de se colocar em posição de disputá-lo. A autonomia do dano que resulta da perda de uma chance implica reconhecer que a chance existe como interesse juridicamente tutelável no momento da lesão, o qual foi destruído pela ação lesiva, provocando o seu desaparecimento e transformando a perda de uma chance em dano emergente.¹⁷

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 45-48; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 51-52.

¹⁵ De acordo com Paulo de Tarso Sanseverino, “Na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não 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” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167).

¹⁶ Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. [...] A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 98).

¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 674; ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*, cit., p. 63-64.

Não obstante sua autonomia, o dano que resulta da perda de uma chance se relaciona com o bem da vida pretendido pela vítima, dada a necessidade de comprovar a existência de uma chance séria e real de alcançá-lo e também porque o valor do benefício almejado serve como parâmetro para o arbitramento da indenização por perda de uma chance.¹⁸

1.5. Natureza patrimonial ou extrapatrimonial

Há dificuldade de enquadramento da perda de uma chance nas categorias tradicionais de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, uma vez que o prejuízo causado não se confunde com o bem da vida pretendido pela vítima, conquanto esteja a ele de certa forma relacionado. A perplexidade surge porque o prejuízo efetivamente sofrido pela vítima não possui conteúdo patrimonial, mas o bem da vida almejado pode ter conteúdo patrimonial ou não patrimonial. De um modo geral, a doutrina se inclina no sentido de que “a perda de uma chance representará um dano patrimonial ou extrapatrimonial para a vítima, a depender do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do resultado que poderia ser obtido por meio dela”.¹⁹

Nesse sentido, o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do CJF indica que a perda de uma chance pode ter consequências patrimoniais e extrapatrimoniais a depender do caso concreto:

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

Um bom caminho para entender a natureza do dano por perda de uma chance é ter em mente, unicamente, o fato em si da oportunidade perdida, deixando de lado, em suspenso, o bem da vida que era almejado pela vítima. Sob esse prisma, vê-se que a lesão atinge a pessoa em projeção, em busca de uma finalidade sujeita a uma álea, o que só pode ser compreendido como um interesse de conteúdo extrapatrimonial. Posteriormente, uma vez reconhecida a perda da oportunidade, o valor do bem que era

¹⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 128-137.

¹⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 170-171; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 98; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil 4*, cit., p. 140.

almejado pela vítima volta a ser cogitado para fins de quantificação do montante indenizatório.²⁰

Na jurisprudência dos nossos tribunais, fixou-se o entendimento no sentido de que o valor da indenização deve ser arbitrado levando em conta o valor do bem pretendido pela vítima. No caso do *Show do Milhão*, o valor da reparação foi fixado em proporção ao valor do prêmio que seria disputado.²¹ Nos casos em que o resultado final tem natureza exclusivamente extrapatrimonial, a exemplo dos pais que perderam a oportunidade de assistir ao casamento da filha ou do pai que perdeu a oportunidade de acompanhar o nascimento de um filho, o valor da chance perdida se confunde com o do bem pretendido, de modo que a teoria da perda de uma chance serve tão somente como fundamentação para a caracterização do dano.

O elemento distintivo no instituto da perda de uma chance é a álea quanto ao bem da vida pretendido pela vítima, mas isso nem sempre é muito claro nas situações concretas em que ocorre a perda do próprio bem pretendido. No exemplo dos pais que, impedidos de embarcar em um avião, não puderam presenciar o casamento da filha, assim como no caso do agente financeiro que deixa de realizar a aplicação determinada pelo investidor, pode-se afirmar que houve dano patrimonial ou extrapatrimonial puro e simples, uma vez que houve perda do próprio bem pretendido pela vítima.

Dito de outro modo, tanto os pais que perderam o casamento da filha quanto o investidor que deixou de investir sofreram dano efetivo, uma vez que os bens da vida pretendidos se perderam efetivamente como decorrência da lesão. Isso é bem diferente das situações do candidato que perdeu a prova do concurso, do advogado que perdeu o prazo e do nadador que perdeu a oportunidade de disputar a prova, nas quais existe uma álea a respeito de serem alcançados os bens da vida – patrimonial ou extrapatrimonial – que eram pretendidos pelas vítimas.

1.6. Perda de uma chance, danos emergentes e lucros cessantes

Discute-se em sede doutrinária se o dano resultante da perda de uma chance coincide com os lucros cessantes ou com os danos emergentes. De acordo com o art. 402 do Código Civil, as perdas e danos envolvem o que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. Na doutrina, essa distinção recebe a denominação de danos emergentes, que emergem imediatamente do ato ilícito; e lucros cessantes, que a

²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 674.

²¹ STJ, Quarta Turma, REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 08/11/2005.

vítima deixou de lucrar em virtude do ocorrido. O exemplo usual é o do taxista que sofre danos em seu veículo e fica impedido de trabalhar em virtude de acidente de trânsito causado por terceiro.²²

A rigor, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes emergem do fato lesivo, com a diferença de que a extensão dos primeiros é conhecida desde logo, enquanto a extensão dos últimos deve ser calculada com base em uma projeção dos ganhos que a vítima teria se não houvesse sofrido a lesão. O perfeito enquadramento da perda de uma chance passa por reconhecer a sua autonomia em relação ao benefício final pretendido pela vítima. Reconhecida essa autonomia, é fácil perceber que a vítima já se encontra na titularidade de um interesse, a chance, no momento em que é atingida pela lesão e, portanto, trata-se de dano que emerge diretamente do fato lesivo.

Vistos sob esse prisma, percebe-se que todos esses tipos de dano emergem do fato lesivo, havendo, porém, distinção quanto à materialização do prejuízo: nos danos emergentes, o prejuízo se materializa no momento da lesão; nos danos emergentes, o prejuízo é calculado em uma projeção dos ganhos que a vítima teria se não fosse o fato da lesão; na perda de uma chance, o prejuízo se materializa no momento em que a chance se perde em definitivo.

A perda de uma chance se aproxima do conceito de lucros cessantes porque em ambos há um grau de incerteza quanto à materialização do prejuízo. A confusão entre esses conceitos pode surgir se tivermos em mente, na perda de uma chance, o bem da vida ao final pretendido pela vítima. No caso dos lucros cessantes, a vítima perde o próprio bem da vida pretendido; no caso da perda de uma chance, a vítima perde a oportunidade de se colocar em posição de disputar o bem da vida. No primeiro, há certeza quanto ao prejuízo sofrido, que é um lucro realizável e projetado, restando somente apurar seu valor; na segunda, o prejuízo se restringe à perda da oportunidade, não havendo certeza quanto à possibilidade de alcançar o bem da vida pretendido.²³

Por outro lado, se considerarmos a autonomia da perda de uma chance em relação ao bem da vida pretendido pela vítima, ela se aproxima da noção de dano emergente. Cabe

²² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 196-198.

²³ Glenda Gondim anota que a diferença entre lucros cessantes e perda de uma chance é quanto ao grau de certeza: no primeiro, o bem jurídico certamente seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, enquanto, na segunda, o benefício é almejado, porém incerto (GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Orientador: Eroulths Cortiano Junior. 2010. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2010, p. 123-124).

lembrar que o dano indenizável requer certeza e atualidade, do que resulta a impossibilidade de reparação de dano hipotético, eventual ou conjectural.²⁴ Também na perda de uma chance trata-se de dano certo e atual, uma vez que a lesão incide sobre bem ou interesse que já existem no momento da lesão.²⁵ Desse modo, é possível compreender a perda de uma chance como dano que emerge diretamente do fato lesivo.²⁶

1.7. Configuração do nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o liame lógico que se estabelece entre dois fenômenos: o dano e a conduta culposa ou a atividade de risco. Enquanto o dano e a causa são eventos que se realizam no tempo e no espaço, o nexo de causalidade é construção lógica realizada pela racionalidade jurídica. Dentro da teoria geral da responsabilidade civil, várias teorias se formaram a esse respeito, dentre as quais se destacam a da causalidade adequada e a da equivalência das condições. Todas as teorias cuidam de estabelecer a causa do evento danoso, com a finalidade de definir o dever de indenizar.²⁷

O deslocamento da discussão sobre perda de uma chance para o campo do nexo causal leva alguns autores a defender a tese da causalidade parcial, no sentido de que o agente não deu causa à perda de todo o benefício pretendido pela vítima. Rafael Peteffi da Silva explora algumas formas de mitigação do nexo de causalidade, em contraposição à concepção da perda de uma chance como dano indenizável autônomo.²⁸ O autor conclui que é equivocado considerar todas as hipóteses de perda de uma chance como prejuízo autônomo, de modo que “a correta sistematização da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias: a primeira estaria embasada em um conceito específico e

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 45-48; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 51-52.

²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, cit., p. 167.

²⁶ De acordo com Nuno Rocha, “As «chances» que preexistiriam no patrimônio do lesado foram destruídas por uma acção culposa do lesante, provocando o seu desaparecimento no momento em que ocorreu o facto ilícito, transformando desta forma a «a perda de uma chance» num verdadeiro dano emergente” (ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*, cit., p. 63-64).

²⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 587; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 63-69; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3: Responsabilidade civil, p. 370-375; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-111; MORAES, Renato Duarte Franco de. *A causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores*. Orientadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 16-37.

²⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 50-54, 64-68, 68-72 e 77-83.

independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao resultado final”.²⁹

Em sentido diametralmente oposto, Fernando Noronha defende a autonomia do dano por perda de uma chance em relação ao benefício final pretendido pela vítima porque esse benefício ainda não faz parte do seu patrimônio, ao passo que a oportunidade de disputá-lo já se encontra em seu poder no momento da lesão. Portanto, a tarefa de quem analisa a relação de responsabilidade civil é, reconhecendo a autonomia do dano por perda de uma chance, é estabelecer o nexo de causalidade entre a ação lesiva e a perda da oportunidade de disputar o bem da vida.³⁰

1.8. A perda de uma chance e o princípio da reparação integral

A cláusula geral de responsabilidade civil impõe que aquele que causa um dano tem o dever de repará-lo em toda a sua extensão (CC, arts. 186 e 187, c/c o art. 927 e art. 944, *caput*). O princípio da reparação integral é um postulado de justiça, segundo o qual a vítima tem direito à reparação completa do dano sofrido, mediante reposição à situação em que se encontrava antes do evento danoso.³¹

A tese que subordina a perda de uma chance ao bem da vida que era pretendido pela vítima produz algumas distorções, dentre as quais se destaca a de que haveria uma causalidade parcial e, por conseguinte, a reparação parcial do dano, com vulneração ao princípio da reparação integral. Este não parece ser um bom caminho, se considerarmos que o que realmente se perde para a vítima é a chance e não o bem que era pretendido. Logo, o nexo causal se estabelece entre a conduta ou atividade e a chance perdida.

Vista por esse prisma, a chance perdida é dano autônomo que deve receber reparação integral, embora o arbitramento do montante indenizatório possa ser realizado em um cálculo de proporcionalidade, levando em conta o valor do bem da vida que era pretendido pela vítima e a probabilidade de alcançá-lo se não fosse a chance perdida.

2. A perda de uma chance no direito médico

²⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 104-106 e 110.

³⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 674. Em igual sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, cit., p. 167; ROCHA, Nuno Santos. A “perda de chance” como uma nova espécie de dano, cit., p. 63-64.

³¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, cit., p. 34.

A teoria da perda de uma chance é um tema clássico do direito civil que foi admitido pela primeira vez em uma decisão da Corte de Cassação da França, proferida no dia 17 de julho de 1889. Posteriormente, a teoria passou a ser aplicada também na seara do direito médico, como perda de chance de cura ou de sobrevivência (“perte d’une chance de survie ou de guérison”), a partir de dois julgados da mesma Corte proferidos na década de 1960.³²

Não é tão simples a caracterização da perda de uma chance na seara do direito médico. Como o profissional médico interfere no processo vital do paciente, a escolha de determinada terapia implica necessariamente o abandono de outra que, eventualmente, poderia ser mais vantajosa. É preciso ter em mente que todos os seres vivos são predestinados a adoecer e morrer, de modo que tudo o que fazemos durante a vida é negociar com a doença e com a morte, afastando ou postergando esse destino inexorável.³³ Por isso, como regra, a intervenção do profissional médico no processo vital do paciente é instrumental, de meio, com o sentido de auxiliá-lo na luta pela cura ou pela sobrevivência contra um processo inexorável de adoecimento e de morte.

Tendo vista a natureza instrumental da atividade médica, Miguel Kfoury Neto sustenta que, “exatamente por se vincular a uma obrigação de meios, quase sempre milita em favor do médico uma presunção de que o dano teria ocorrido de qualquer modo, desencadeado por uma causa inteiramente alheia à vontade do profissional e superior às forças deste, para tentar evitá-la”. Esse mesmo autor explica que, caso advenha o agravamento da doença ou a morte do paciente, surge o problema de comprovar se o profissional atuou de maneira idônea e diligente: “Se o tratamento foi idôneo, a morte do enfermo há de ser atribuída à impossibilidade de se obter a cura”.³⁴

Sob esse ponto de vista, é lícito afirmar que: a) o fracasso do tratamento idôneo empregado pelo médico não configura responsabilidade do profissional pelo agravamento da doença ou pela morte do paciente; b) o erro médico escusável não pode ser dado como causa do agravamento da saúde ou da morte nem da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência do paciente; c) somente o erro médico grosseiro ou doloso pode ser tomado como causa do agravamento da saúde ou da morte do paciente, tendo como consequência a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

³² Vide nota 2, acima.

³³ FERRI, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 19-23; FERRI, Luc. *O homem-Deus, ou, O sentido da vida*. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2007, p. 9-11.

³⁴ KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar, cit., p. 304-305.

A passagem da teoria da perda de uma chance para a seara do direito médico implica uma variação conceitual, deslocando-se do problema do dano e sua reparação para o problema da causalidade, com prejuízo para o princípio da reparação integral. Tratando da responsabilidade civil no ambiente do direito médico, Miguel Kfourri Neto escreve que:

Considera-se que a perda de uma chance trata de um tipo de dano projetado no futuro. Tal noção serviria para posicionar, no lugar do dano patrimonial ressarcível, um prejuízo frequentemente incerto, ou seja, vinculado não de maneira clara, mas sim muito provável, ao evento danoso. Nessas condições, exige que se recorra ao juízo de equidade – e por isso se distancia da reparação integral, que caracteriza o ressarcimento do dano patrimonial. Na perda de uma chance, indeniza-se a chance perdida, não o prejuízo final. Por isso, é parcial a reparação. Essa teoria foi transposta para a área médica sob a rubrica de *perte de chance de survie* ou de *guérison*, deslocando-se a teoria do prejuízo para a causalidade.³⁵

A luz de um exemplo extraído da obra de François Chabas, o mesmo autor complementa que: “Esgarçando-se o nexos causal, não obstante evidentes o ato médico e o prejuízo, concluiu-se que o profissional comprometera uma chance da vítima – e, por isso, impõe-se indenização mitigada, segundo as circunstâncias do evento”.³⁶

No cenário do direito português, Rute Teixeira Pedro analisa o caso de uma paciente com sintomas de pneumonia, em que o médico não solicita exames para fechar o diagnóstico, sobrevivendo o óbito horas mais tarde por infecção generalizada. A autora destaca que, embora não se possa estabelecer o nexos de causalidade entre o erro de diagnóstico e a morte da paciente, mostra-se possível reconhecer a perda de chances de sobrevivência.³⁷

Rafael Peteffi da Silva faz distinção entre a perda de uma chance clássica e a perda de uma chance na seara médica, citando como exemplos o caso do advogado que perde um prazo processual e o do paciente que vem a óbito após submeter-se a tratamento médico equivocado. De acordo com esse autor, o deslocamento do problema da responsabilidade da esfera do dano para a do nexos causal leva os juízes a perguntar aos

³⁵ KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar, cit., p. 312.

³⁶ KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar, cit., p. 312.

³⁷ PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica, cit., p. 418-419.

peritos qual a probabilidade de existir nexo de causalidade entre o ato médico e o dano final, a fim de conceder indenização parcial.³⁸

Em sentido semelhante, Daniel Carnaúba explica que a reparação de chances é uma técnica de proteção de interesses aleatórios, que passou a ser usada para superar as dificuldades entre a responsabilidade civil e a incerteza quanto ao dano. Reportando-se aos dois julgados proferidos pela Corte de Cassação da França nos anos de 1960 e 1965, que marcam a aplicação da teoria no direito médico, esse autor sustenta que é impossível estabelecer o nexo de causalidade entre a conduta e a vantagem final, que é aleatória. Por isso, há uma mudança do eixo de reparação, estabelecendo-se a causalidade entre a conduta e a perda de uma chance, não entre a conduta e a vantagem final aleatória. Isso também se aplica aos casos de erro médico porque não é possível saber se o paciente alcançaria a cura ou se não perderia a vida, a depender da intervenção do médico. Logo, só se pode indenizar a perda da chance perdida.³⁹

Sem embargo, a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara do direito médico, sob o prisma da causalidade parcial, é passível de críticas consistentes, a começar pela vulneração ao princípio da reparação integral. De outro lado, Adriano Godinho e Igor Mascarenhas lastreiam sua crítica em dois argumentos: primeiro, a hipótese não encontra amparo na legislação brasileira; segundo, o recurso a essa teoria serve para contornar a ausência de um dos pressupostos do dever de indenizar, que é o nexo de causalidade.⁴⁰ Por seu turno, Eduardo Dantas questiona a própria existência da teoria da perda de uma chance, que, a seu ver, não se encaixa nas regras de responsabilidade civil e consiste em uma espécie de semirresponsabilidade, fundada na incerteza e na possibilidade de um evento hipotético.⁴¹

Embora consistentes, esses argumentos não florescem porque, como regra, a responsabilidade civil não requer tipificação legal, mas se baseia em uma cláusula geral de indenizar os danos causados.⁴² De outro lado, o argumento da

³⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance, cit., p. 85-86.

³⁹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 138-141.

⁴⁰ MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, p. 159-192, set./dez. 2016.

⁴¹ DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 388-389.

⁴² A cláusula geral de responsabilidade civil, consagrada nos arts. 1.382 e 1.383 do *Code Napoléon*, de 1804, figura do art. 186 c/c 927, *caput*, do atual Código Civil brasileiro. A respeito das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa, confirmam-se: JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22-23; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 276-280; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 53-67; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27-28.

semirresponsabilidade serve apenas como filtro para reafirmar que a perda de uma chance não se presta à reparação de danos hipotéticos e conjecturais, mas é perfeitamente aplicável aos casos em que haja “probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso”.⁴³

O problema parece estar na abordagem da perda de uma chance pelo prisma da causalidade parcial, que produz a impressão de reparação de um dano incerto ou inexistente e, de outro lado, a sensação de reparação apenas parcial de um dano efetivamente sofrido. Para espancar as possíveis críticas, é melhor considerar que, também na seara do direito médico, a perda de uma chance constitui dano autônomo, indenizável por si mesmo, nas hipóteses em que haja probabilidade para o paciente de alcançar a cura ou sobrevivência.

Louvando-se nas lições de Sinde Monteiro, Rute Teixeira Pedro explica que a álea, que é própria da atividade médica, é precisamente o que densifica a obrigação de meios; e destaca que, para a caracterização da perda de uma chance, é necessária a existência de chances sérias, reais e consideráveis de cura ou sobrevivência que a atuação médica visa aproveitar, bem como a existência de um ato médico fundante da responsabilização pelo dano da perda de uma chance.⁴⁴ Isso quer dizer que a perda de uma chance pode perfeitamente ser compreendida como um dano autônomo, uma perda de oportunidade sofrida pela vítima, cuja caracterização tem em perspectiva a probabilidade de se alcançar o bem da vida primitivamente almejado. Sem essa probabilidade, não há falar em perda de chance.

É importante lembrar que o dano é fenômeno a partir do qual se desencadeiam os deveres de responsabilidade (prevenção/precaução e reparação). Com isso em mente, é preciso identificar nos casos concretos a ocorrência de uma chance perdida, como evento que não se confunde com o bem da vida pretendido pela vítima, mas para cuja configuração se exige ao menos uma probabilidade de ser alcançado. A partir da identificação da chance como bem jurídico tutelável se torna possível cogitar a reparação de seu perecimento pela ação antijurídica de terceiro.

Não faz sentido realizar uma operação hipotética para tentar estabelecer um nexo de causalidade parcial em relação à perda do bem pretendido pela vítima, que sabidamente não foi causada pelo ato médico, para ao depois deduzir um percentual ao

⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, cit., p. 167.

⁴⁴ PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica, cit., p. 424-425.

montante indenizatório com base em um cálculo de proporcionalidade realizado sobre o valor do bem da vida.

3. Julgados do Superior Tribunal de Justiça

Este tópico trata da pesquisa realizada no *site* do Superior Tribunal de Justiça, com análise quantitativa e qualitativa, a fim de identificar a aderência da teoria da perda de uma chance na jurisprudência da Corte Superior.

A primeira busca no *site* do Tribunal, sob o argumento “perda de uma chance”, abrangendo o período de dez anos, entre 1º de fevereiro de 2013 e 1º de fevereiro de 2023, apresentou o seguinte resultado:

Tribunal	STJ
Argumento	“Perda de uma chance”
Período	01/02/2013 – 01/02/2023
Súmulas	01
Acórdãos	112
Decisões monocráticas	2.962

A segunda busca, sob o argumento “perda de uma chance e erro médico”, no mesmo período, apresentou como resultado:

Tribunal	STJ
Argumento	“Perda de uma chance e erro médico”
Período	01/02/2013 – 01/02/2023
Súmulas	00
Acórdãos	10
Decisões monocráticas	368

O que essa pesquisa revela é a presença marcante da teoria da perda de uma chance na jurisprudência dos tribunais brasileiros, tanto que a matéria chega em grande quantidade até a Corte Superior, esbarrando, porém, nos filtros processuais procedimentais da falta de prequestionamento e da vedação à reapreciação da matéria fática.

3.1 Julgados da pesquisa sobre “perda de uma chance”

Neste item analisamos a súmula e os dez primeiros julgados que apareceram na pesquisa sob o argumento “perda de uma chance”, de modo isolado. A análise foi feita por amostragem, em virtude da grande quantidade de julgados que aparece na pesquisa. Iniciamos com a Súmula 595 da Segunda Seção do Superior Tribunal de

Justiça, cujo verbete enuncia-se da seguinte forma: “As instituições de ensino superior respondem objetivamente pelos danos suportados pelo aluno/consumidor pela realização de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação, sobre o qual não lhe tenha sido dada prévia e adequada informação”.

A tese da perda de uma chance aparece em dois dos acórdãos que deram origem à súmula, em que os autores postularam indenização por lucros cessantes em relação ao período em que ficaram impedidos de exercer as respectivas profissões por falta de registro de seus diplomas. Em um dos casos, foi mantida a condenação por lucros cessantes, mas a tese da perda de uma chance não foi acolhida por ausência de enfrentamento do tema nas instâncias ordinárias.⁴⁵ No outro caso, o Tribunal de origem havia condenado a instituição de ensino a indenizar os lucros cessantes, utilizando a perda de uma chance como argumento na fundamentação do acórdão, mas o STJ afastou a condenação por lucros cessantes, por falta de comprovação efetiva do prejuízo e, embora mantendo a condenação por danos morais, reduziu o valor da indenização por entendê-lo exorbitante.⁴⁶ Prosseguindo com a análise qualitativa, foram escolhidos, por amostragem, os dez julgados mais recentes sobre perda de uma chance.

	Recurso	Data	Turma	Min. Relator	Assunto	Resultado
1	AgInt no AREsp 2.163.535/RJ	13/12/2022	1 ^a	Gurgel de Faria	Proibição de licitar	Súmula 7
2	AgInt no AREsp 1.915.389/DF	24/10/2022	3 ^a	Paulo de Tarso Sanseverino	Responsabilidade Advogado	Súmula 7
3	REsp 1.929.450/SP	18/10/2022	3 ^a	Paulo de Tarso Sanseverino	Doações inoficiosas	Súmula 7
4	AgRg no AREsp 1.955.954/PR, Rel.	18/10/2022	6 ^a	Laurita Vaz	Criminal cerceamento	Súmula 7
5	AgInt nos EDcl no AREsp 1.610.544/RJ	17/10/2022	2 ^a	Assusete Magalhães	Servidor público anistiado	Súmula 7 Súmula 284
6	AgInt no AREsp 2.089.565/BA	26/09/2022	3 ^a	Moura Ribeiro	Companhia aérea Tratam. médico	Súmula 7
7	AgInt no AREsp 2.127.702/GO	20/09/2022.	4 ^a	Antonio Carlos Ferreira	Protesto indevido	Súmula 7
8	AgInt nos Edcl no REsp 1.949.934/MG	19/09/2022	1 ^a	Gurgel de Faria	Responsabilidade Advogado/prescrição	Devolvido
9	AgInt no AREsp 2.000.983/SC	02/08/2022	2 ^a	Og Fernandes	SAMU	Acolhida a tese
10	AgInt no AREsp 2.028.906/PR	30/05/2022	4 ^a	Raul Araújo	Responsabilidade Advogado	Súmulas 283 e 356

⁴⁵ STJ, Quarta Turma, REsp 1.244.685/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 03/10/2013.

⁴⁶ STJ, Terceira Turma, REsp 1.232.773/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 18/03/2014.

No primeiro acórdão, trata-se de pedido de indenização fundado na perda de uma chance formulado por escritório de advocacia que sofreu sanção administrativa de impedimento de licitar. O Tribunal de origem enfrentou diretamente o tema da perda de uma chance, mas negou o pedido de reparação por entender que não era possível prever se o escritório seria vencedor da licitação se não ocorresse sua exclusão. O STJ manteve a decisão por não ser possível revolver a matéria fática na instância especial, em virtude da Súmula 7.⁴⁷

O segundo acórdão trata de ação de indenização por perda de uma chance movida contra advogado que deixou de providenciar penhora no rosto dos autos de outro processo, esvaindo-se a possibilidade de realizar o crédito do autor. O Tribunal de origem afastou a pretensão e o STJ rejeitou o recurso especial por falta de impugnação objetiva e pormenorizada aos fundamentos da decisão recorrida, aplicando a Súmula 7.⁴⁸

No terceiro acórdão, as autoras alegam a perda de uma chance de mover ação de nulidade de doações inoficiosas feitas por seu falecido pai porque não tiveram acesso a documentos que estavam em posse da ré. A ação foi julgada improcedente nas instâncias ordinárias, dada a ausência de probabilidade de êxito na eventual demanda a ser promovida pelas autoras, pois não foram comprovadas as doações do falecido. O STJ considerou válidos os argumentos lançados pelo Tribunal *a quo* quanto aos pressupostos para o reconhecimento da perda de uma chance, acrescentando que a revisão desses fundamentos exigiria o reexame de provas (STJ, Súmula 7).⁴⁹

O quarto aresto trata de um caso curioso de alegação de perda de uma chance em matéria criminal, quando na verdade se trata de suposto cerceamento de defesa por falta de oportunidade de produzir determinada prova.⁵⁰

O quinto acórdão exibido na pesquisa trata de ação movida por funcionário público contra a União, visando à incorporação de acréscimos remuneratórios, bem como à ascensão ao cargo de auditor fiscal do trabalho, em razão de sua condição de anistiado político. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau e o autor interpôs recurso de apelação, alegando perda de uma chance de ascender ao referido cargo de fiscal do trabalho. O Tribunal Regional Federal negou provimento ao apelo, destacando que não existe certeza de que o autor alcançaria o cargo em questão. O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso especial, ressaltando que o agravante não indicou quais dispositivos legais foram malferidos pela decisão recorrida (STF, Súmula 284).⁵¹

⁴⁷ STJ, Primeira Turma, AgInt no AREsp 2.163.535/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, j. 12/12/2022.

⁴⁸ STJ, Terceira Turma, REsp 1.929.450/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 18/10/2022.

⁴⁹ STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.915.389/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/10/2022.

⁵⁰ STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.955.954/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 18/10/2022.

⁵¹ STJ, Segunda Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 1.610.544/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 17/10/2022.

O sexto acórdão levantado pela pesquisa trata de ação movida contra uma companhia aérea que impediu o embarque do filho da autora, que buscava tratamento médico em São Paulo, de modo que seu estado de saúde se agravou, vindo a óbito 30 dias depois. O Tribunal de origem considerou que “houve a perda de uma chance por parte do paciente, em realizar consultas e exames em local especializado e lá receber imediato tratamento por força da premência do caso, capaz de interromper o curso da falência do corpo”. O Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação, pois não seria possível reapreciar as decisões das instâncias ordinárias sem ofensa à Súmula 7.⁵²

O sétimo acórdão trata de ação de indenização movida por uma empresa que teve frustrada a chance de fechar um contrato com outra empresa em virtude do protesto indevido de seu nome pela requerida. O Tribunal de Justiça confirmou a sentença que reconheceu a perda de uma chance e o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação, mesmo porque não poderia reapreciar a matéria fática (Súmula 7).⁵³

O oitavo julgado exibido na pesquisa trata de ação de indenização de danos por perda de uma chance movida contra advogados por desídia na defesa da autora em reclamações trabalhistas. A ação foi extinta em primeiro grau com base na prescrição trienal, mas o TRF reformou a sentença por entender que, em se tratando de matéria contratual, a prescrição é decenal. O STJ manteve a decisão de segunda instância e devolveu os autos para que a matéria de fundo seja apreciada com base na teoria da perda de uma chance.⁵⁴

O nono julgado trata de ação indenizatória movida contra Prefeitura Municipal por negativa de atendimento pelo SAMU a pessoa infartada, que veio a óbito. O juiz de primeiro grau adotou a linha argumentativa da perda de uma chance e fixou o valor da indenização em R\$ 50 mil, levando em consideração a probabilidade de sobrevivência da vítima, acaso tivesse sido socorrida. O Tribunal de origem reduziu o montante indenizatório para R\$ 25 mil, considerando novamente a tese da perda de uma chance. O Superior Tribunal de Justiça partiu da premissa de que, consoante a jurisprudência da própria Corte, o valor da indenização por morte deve se situar entre 300 e 500 salários mínimos e estabeleceu a indenização em R\$ 60 mil, que corresponde a 20% sobre o mínimo daqueles parâmetros.⁵⁵

O décimo acórdão analisado trata de uma ação de indenização por perda de uma chance movida contra advogados, sob alegação de falta de zelo no tocante a uma ação de usucapião. O Tribunal de origem rechaçou a pretensão, “em virtude de não ter ficado

⁵² STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 2.089.565/BA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 26/09/2022.

⁵³ STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 2.127.702/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 20/09/2022.

⁵⁴ STJ, Primeira Turma, AgInt nos Edcl no REsp 1.949.934/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, j. 19/09/2022.

⁵⁵ STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 2.000.983/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, j. 02/08/2022.

comprovado pelo Autor que o pedido de usucapião certamente seria julgado improcedente caso os advogados tivessem agido com zelo”. O STJ negou provimento ao recurso especial, por falta de prequestionamento da matéria recursal (STF, Súmulas 282 e 256).⁵⁶

A análise desses julgados revela que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é receptiva à teoria da perda de uma chance. Nos julgados que originaram a Súmula 595, a tese aparece como subsídio para fundamentar a condenação por lucros cessantes. Quanto às outras dez decisões analisadas, a maior parte é pela não admissão de recurso especial, seja por falta de prequestionamento, seja por cuidar-se de rediscutir a matéria de fato.

3.2. Julgados da pesquisa sobre “perda de uma chance” e “erro médico”

Por último, foi realizada a análise qualitativa dos dez acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que surgiram na pesquisa realizada no *site* do Tribunal, com os argumentos “perda de uma chance” e “erro médico”.

	Recurso	Data	Turma	Min. Relator	Assunto	Resultado
1	REsp 1.844.668/RJ	14/19/2021	4ª	Maria Isabel Gallotti / Antonio Carlos Ferreira	Plano de saúde Redução da indenização por PdC	Manteve a aplicação da PdC Súmula 7
2	AgInt no AREsp 1.380.905/ES	28/05/2019	4ª	Antonio Carlos Ferreira	Responsabilidade Plano de saúde	Não se aplica a PdC
3	AgInt no AREsp 832.397/ES	10/04/2018	3ª	Moura Ribeiro	Erro médico Paraplegia	Inovação Súmulas 283 e 356
4	REsp 1.662.338/SP	12/12/2017	3ª	Nancy Andrighi	Erro médico escusável	Hipótese de PdC, mas não houve erro grosseiro
5	REsp 1.677.083/SP	14/11/2017	3ª	Ricardo Villas Bôas Cueva	Erro médico inescusável	Manteve a aplicação da PdC
6	AgInt no AREsp 140.251/MS	03/08/2017	4ª	Maria Isabel Gallotti	Negligência médica Não internação	Manteve a aplicação da PdC com ressalva à Súmula 7
7	AgInt no AREsp 909.233/RS	16/05/2017	2ª	Assusete Magalhães	Julgamento <i>extra petita</i>	Manteve a aplicação da PdC
8	REsp 1.622.538/MS	21/03/2017	3ª	Nancy Andrighi	Falta de acompanhamento pós-cirúrgico	Hipótese de PdC, mas não houve erro grosseiro
9	AgInt no AREsp 553.104/RS	01/12/2015	4ª	Marco Buzzi	Demora do atendimento Perda da visão	Manteve a aplicação da PdC
10	REsp 1.254.141/PR	04/12/2012	3ª	Nancy Andrighi	Erro grosseiro Tratamento inadequado	Manteve a aplicação da PdC, dano autônomo aplicando redução

⁵⁶ STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 2.028.906/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, j. 30/05/2022.

O primeiro acórdão analisado trata de pedido de indenização fundado em alegação de negligência da equipe hospitalar e falta de autorização do atendimento pelo plano de saúde, que teria resultado na morte da filha da autora. A perícia atestou a ausência de nexo de causalidade entre as condutas das requeridas e a morte da filha da autora, mas o juiz afastou a prova pericial e julgou parcialmente procedente a ação, com base na teoria da perda de uma chance. O Tribunal de origem julgou improcedente a ação em relação ao hospital e parcialmente procedente em relação ao plano de saúde. O STJ manteve a condenação do plano de saúde e rejeitou o pedido de redução proporcional da indenização, dada a falta de prequestionamento dessa matéria.⁵⁷

O segundo acórdão trata de um caso em que restou comprovada a negligência e a imperícia do médico de uma operadora de plano de saúde, que deixou de observar um protocolo médico específico para pacientes cardiopatas, retirando as chances de evitar parada cardiorrespiratória que produziu sequelas graves, irreversíveis e permanentes para o paciente. O Tribunal local manteve a sentença, com modificação apenas no tocante à contagem dos juros moratórios. Nas razões do recurso especial, o plano de saúde alegou que o Tribunal estadual não se manifestou quanto à inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance, tendo o Ministro relator registrado que a tese não tem relevância para o caso, uma vez que a condenação não se baseia nessa teoria, mas na responsabilidade objetiva da apelante, diante da reconhecida negligência e imperícia (erro inescusável) de seu preposto.⁵⁸

O terceiro julgado trata de ação indenizatória em que a autora alega que se tornou paraplégica em razão de erro médico, consistente na realização de cirurgia desnecessária pelos requeridos. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, mas o Tribunal reformou a sentença, condenando os profissionais médicos a reparar os danos causados, uma vez comprovado por perícia o nexo de causalidade entre o ato médico e o estado de paraplegia da autora. Nas razões do recurso especial, o recorrente sustentou que o Tribunal estadual se baseou na teoria da perda de uma chance, embora ausentes seus pressupostos. O STJ afastou as pretensões recursais com base na Súmula 7, acrescentando, quanto à teoria da perda de uma chance, que se trata de “inadmissível inovação recursal”, pois a tese não foi sequer ventilada nas instâncias ordinárias.⁵⁹

⁵⁷ STJ, Quarta Turma, REsp 1.844.668/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, relator para o acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 14/19/2021, maioria.

⁵⁸ STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1.380.905/ES, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 28/05/2019, v.u.

⁵⁹ STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 832.397/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 10/04/2018, v.u.

O quarto acórdão analisado trata de ação movida pelos pais de uma paciente que veio a óbito em razão da alegada negligência e imperícia do médico. O juiz de primeiro grau condenou o requerido a pagar indenização por danos morais, no valor equivalente a 1.000 salários mínimos. O Tribunal estadual, porém, reduziu o montante indenizatório para R\$ 124 mil. Ao apreciar os recursos especiais, o STJ concluiu ser a hipótese de aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que a conduta médica não pode ser tomada como causa autônoma e eficiente do óbito, mas que restou frustrada para a paciente a chance de sobreviver. No entanto, tendo em vista as condições pessoais da paciente, que apresentou melhora após ser medicada, a Corte considerou justificada a conduta do médico que lhe deu alta e recomendou seu retorno no dia seguinte para a realização de exames complementares. Com isso, embora admitida a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao caso em análise, a Corte entendeu que não houve erro crasso na conduta médica que justificasse a frustração de chance, razão pela qual reformou o acórdão de segundo grau e julgou improcedente a ação.⁶⁰

O quinto acórdão que aparece na pesquisa cuida do caso de uma paciente que acorreu ao hospital se sentindo mal. Realizado exame de hemografia, a paciente foi dispensada, com atestado de dois dias, embora o resultado tenha saído em poucas horas. No dia seguinte, a paciente teve convulsão em casa, caiu de uma escada e teve traumatismo craniano, vindo a óbito. A indenização foi fixada em R\$ 50 mil pelas instâncias ordinárias e o requerido apresentou recurso especial, alegando a existência de outras causas que concorreram para a produção do resultado danoso. Com base nas provas constantes dos autos, o STJ entendeu que “a atuação negligente dos profissionais médicos [...] retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem”. Quanto ao montante indenizatório, o Tribunal entendeu que a quantia fixada em segundo grau não se mostra desarrazoada, mesmo considerando que esse valor se destina a reparar apenas a perda da chance de um diagnóstico correto e não o resultado final, isto é, a morte da paciente.⁶¹

O sexto acórdão analisado trata de ação de reparação de danos morais e materiais, em que a autora alega que tentou internação em três hospitais distintos, em cinco oportunidades ao longo de um dia, sempre orientada a retornar para casa, embora apresentasse quadro de convulsões. Ao final, a autora foi socorrida por meio do SAMU, já em estado de coma, com parada cardiorrespiratória, permanecendo internada por 15

⁶⁰ STJ, Terceira Turma, REsp 1.662.338/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 12/12/2017, v.u.

⁶¹ STJ, Terceira Turma, REsp 1.677.083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, j. 14/11/2017, v.u.

dias em leito de UTI e mais 45 dias em leito normal, restando graves sequelas físicas e neurológicas. O Tribunal estadual, ao apreciar o recurso de apelação manejado pela autora, aplicou a teoria da perda de uma chance, registrando que “por conduta inadequada ou insuficiente dos médicos plantonistas não foi proporcionado à embargada a chance de não ter, ou não ficar, com tantas sequelas neurológicas e físicas”. Ao apreciar o recurso especial interposto por um dos hospitais requeridos, o Superior Tribunal de Justiça destacou o acerto da decisão recorrida, sublinhando a correta aplicação da teoria da perda de uma chance. No mais, o Tribunal ressaltou que a revisão das premissas do julgado recorrido esbarraria no empecce da Súmula 7.⁶²

O sétimo acórdão que aparece na pesquisa cuida de uma ação de reparação de danos movida por uma paciente contra os médicos e o hospital, sob alegação de erro médico. O Tribunal estadual confirmou a sentença condenatória, porém reduziu o montante indenizatório para R\$ 80 mil. Nas razões do recurso especial, o réu retoma o argumento já veiculado na apelação de que a sentença de primeiro grau fora *extra petita* ao adotar a teoria da perda de uma chance. O Superior Tribunal de Justiça afastou a alegação do recorrente, asseverando que a menção da aludida teoria na fundamentação da sentença não configura julgamento *extra petita*, uma vez que o magistrado acolheu as alegações dos autores quanto aos fatos da causa para efeito de condenação dos réus (p. 16 do acórdão).⁶³

O oitavo acórdão trata de ação de reparação de danos fundada em erro de diagnóstico que retirou da autora as chances de tratamento adequado e cura. Consta do corpo do acórdão que a autora foi operada em 2005 para retirada de um tumor benigno do joelho, mas as dores continuaram até que novos exames diagnosticaram a existência de um tumor maligno, obrigando à realização de nova cirurgia em 2006 para remoção do joelho da paciente, que veio a falecer em 2011. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, uma vez que o laudo pericial não acusou nenhum erro de conduta dos profissionais nem falha dos exames laboratoriais, suscitando a hipótese de evolução da doença entre a realização do primeiro e do segundo exames. O Tribunal de Justiça estadual reformou a sentença, condenando o requerido a pagar o equivalente a 150 salários mínimos a título de reparação moral, uma vez que o médico ortopedista deixou de prestar o devido acompanhamento no período pós-operatório, em que a paciente reclamava de dores intensas, conforme consta do item 4 da ementa do julgado. O

⁶² STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 140.251/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 03/08/2017, v.u.

⁶³ STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 909.233/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, j. 16/05/2017, v.u.

Superior Tribunal de Justiça entendeu que o caso merece ser analisado à luz da teoria da perda de uma chance, uma vez que, em tese, a conduta médica não seria causa do óbito, mas somente da perda da oportunidade de cura e sobrevivência da paciente. No entanto, afastou a responsabilidade do médico porque sua conduta não pode ser tida como erro grosseiro, que é um dos requisitos para configuração da “perte d’une chance de survie ou de guérison”.⁶⁴

No nono acórdão que aparece na pesquisa, trata-se de pedido de reparação de danos morais formulado contra um hospital em razão da demora e inadequação do atendimento prestado ao autor, vítima de acidente automobilístico, que teve como resultado final a perda da visão do olho direito. O Tribunal local adotou as conclusões do laudo pericial, de que houve negligência quando do atendimento ambulatorial, pois a perda da visão se deu pela gravidade dos ferimentos decorrentes do acidente, mas também pela demora na realização do tratamento adequado. Ao apreciar o recurso especial interposto pelo requerido, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acórdão de segundo grau, assentando que “a perda de uma chance pode ser constatada pela demora no atendimento, circunstância que parece ter inviabilizado a chance de, obtendo um diagnóstico precoce, o recorrente iniciar, de pronto, o tratamento adequado à gravidade da lesão” (p. 6 do acórdão).⁶⁵

O décimo e último acórdão trata de ação indenizatória devido a uma série de equívocos no tratamento dispensado à esposa e mãe dos autores, vítima de câncer, culminando com o agravamento da enfermidade e o óbito da paciente. A ação foi julgada procedente em primeiro grau, fixado o valor da reparação moral em R\$ 120 mil, além dos danos materiais declinados na petição inicial. O Tribunal de Justiça manteve a condenação, invocando a teoria da perda de uma chance. Ao apreciar o recurso especial interposto pelo requerido, a Ministra relatora escrutina a controvérsia que envolve a teoria da perda de uma chance, com respaldo principalmente na doutrina de Fernando Noronha e Rafael Peteffi, para concluir que também na seara médica essa teoria deve ser admitida como dano autônomo: “O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse

⁶⁴ STJ, Terceira Turma, REsp 1.622.538/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 21/03/2017, v.u.

⁶⁵ STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 553.104/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, j. 01/12/2015, v.u.

dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida” (p. 11 do acórdão). Uma vez admitida a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ao caso, a Ministra relatora passou a analisar, à luz do que restou comprovado nos autos, se a conduta médica pode ser admitida como causa da perda da oportunidade de cura e sobrevivência da paciente, concluindo que “Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la”. Por fim, uma vez reconhecida a responsabilidade do profissional médico pela frustração da chance de cura e sobrevivência da paciente, passou-se à análise do valor da indenização, mediante redução de 20% sobre o valor fixado em primeiro grau, dado que o acórdão recorrido invocou a teoria da perda de uma chance, mas não realizou o respectivo cálculo de proporcionalidade.⁶⁶

A análise desses julgados revela que a teoria da perda de uma chance tem plena aderência na jurisprudência da Corte Superior. Ao contrário do que ocorre com os julgados analisados no item anterior, nos quais a Corte deixa de adentrar ao mérito em virtude da Súmula 7, os casos envolvendo direito médico são debatidos abertamente, seja pela admissão ou pela inadmissão da perda de uma chance, desde que preenchidos os seus requisitos.

Quanto a esse ponto, constata-se que a perda de uma chance é matéria de direito, não de fato. Uma vez demonstrados os fatos nas instâncias ordinárias, a Súmula 7 não impede que a Corte Superior resolva sobre seu enquadramento na hipótese de perda de uma chance para fins de delimitação do dever de indenizar. No entanto, é preciso que o tema tenha sido enfrentado pelo Tribunal de origem, pena de caracterizar-se inovação recursal que inviabiliza a apreciação do recurso especial pelo STJ (STF, Súmulas 282 e 356).

Desponta da análise dos julgados a identificação da perda de uma chance de cura ou sobrevivência como dano autônomo, cabendo identificar em cada caso concreto a ocorrência de um prejuízo consistente na perda da oportunidade de obter a cura e de sobrevivência. Uma vez estabelecido o dano, cabe perquirir sobre o nexo de causalidade entre a conduta médica e a perda de chance; e não com relação à morte ou invalidez do paciente. Todavia, um fator determinante da responsabilidade é que se trate de erro grosseiro e inescusável, pois, do contrário, considerando a natureza instrumental da atividade médica, a conduta não pode ser tomada como causa da perda de chance de cura ou sobrevivência.

⁶⁶ STJ, Terceira Turma, REsp 1.254.141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 04/12/2012, v.u.

Colhe-se também dos julgados que a utilização da perda de uma chance como fundamento da decisão condenatória não constitui julgamento *extra petita*, mesmo que a parte autora não tenha invocado esse argumento. Trata-se, na verdade, de enquadramento teórico dos fatos narrados pelas partes, isto é, de atribuição de *nomen juris* aos fatos descritos, sem alteração de seu conteúdo.

Uma vez reconhecida a responsabilidade do profissional médico pela perda de sua chance de cura ou sobrevivência, cabe o arbitramento do montante indenizatório. Em um dos julgados analisados, o STJ reduziu em 20% o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias, uma vez que o Tribunal estadual não efetuou essa operação ao aplicar a perda de uma chance sobre o valor arbitrado em primeiro grau.

É preciso ter em conta que o valor da indenização por perda de uma chance é fixado por arbitramento, considerando o grau da probabilidade que o paciente tinha de alcançar um resultado final favorável, se o processo aleatório não fosse interrompido. Ora, a tarefa tormentosa de arbitrar a indenização por danos morais se torna ainda mais íngreme quando se exige uma redução proporcional à probabilidade de alcançar o benefício que foi tolhido pela conduta danosa. No caso mencionado, o montante indenizatório foi fixado em primeiro grau, sem aplicação da teoria da perda de uma chance, razão pela qual parece razoável a redução aplicada, levando em conta o referido fator probabilidade, o qual restou evidenciado pela análise das diversas falhas apontadas na conduta médica. No entanto, esse percentual pode variar de caso a caso, em razão da oscilação do fator probabilidade.

Reafirma-se também, diante da análise dos julgados do STJ, o que foi sustentado na primeira parte deste estudo: embora a perda de uma chance possa ser tomada como um dano autônomo, é evidente sua relação com o benefício final pretendido pela vítima, tanto no momento de apurar se havia uma chance real e concreta quanto no momento de estabelecer o valor da reparação.

4. Conclusões

Atendendo aos propósitos estabelecidos no introito do presente estudo, procedeu-se ao levantamento bibliográfico e à pesquisa jurisprudencial, com emprego do método dedutivo, com vista a estabelecer os contornos da perda de uma chance e as suas peculiaridades quando da aplicação na seara do direito médico.

A partir da análise dos textos doutrinários, conclui-se que a perda de uma chance pode ser conceituada como a interrupção de uma trajetória que colocaria a vítima em posição de disputar um benefício futuro, com probabilidade de êxito, embora sujeito a uma álea, de modo a não se saber se esse benefício seria alcançado.

Existem basicamente duas modalidades de perda de uma chance: na primeira, considerada clássica, após a interrupção da trajetória da vítima, o benefício almejado permanece envolvido em uma álea, não se sabendo se seria ou não alcançado; na segunda, o processo aleatório prossegue após a interrupção da trajetória da vítima, culminando com a perda efetiva do objetivo que ela pretendia alcançar.

São características da perda de uma chance a álea que envolve o objetivo pretendido pela vítima e, ao mesmo tempo, a probabilidade de ser alcançado, que torna a chance clara, real e não apenas hipotética ou conjectural. A chance perdida se confunde com o benefício pretendido pela vítima, mas com ele se relaciona tanto no cálculo da probabilidade quanto no momento da quantificação do montante indenizatório.

Discute-se na doutrina se a perda de uma chance constitui dano autônomo ou se se encontra a meio caminho do bem da vida perdido pela vítima, hipótese em que haveria uma causalidade parcial e, por conseguinte, uma reparação parcial dessa perda. Respeitadas as posições em contrário, a melhor solução parece ser a que compreende o instituto como dano autônomo, embora relacionado ao bem da vida que era pretendido pela vítima e restou prejudicado.

A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito médico adquire contornos específicos porque o bem da vida almejado pelo paciente é a cura ou sobrevivência (“perte d’une chance de survie ou de guérison”), cuja perda ou comprometimento não podem ser atribuídos à atuação médica, que é de meios e não de resultados.

A análise quantitativa dos dados disponíveis no *site* do Superior Tribunal de Justiça, no período de dez anos entre 01/02/2013 e 01/02/2023, indica que o argumento “perda de uma chance” aparece em 3.075 eventos, sendo 2.962 decisões monocráticas, 112 acórdãos e 1 súmula. Quando se acrescenta o argumento “erro médico”, no mesmo período aparecem 368 decisões monocráticas e 10 acórdãos. Esses dados indicam que a teoria da perda de uma chance é uma tese que transita com elevada frequência na jurisprudência dos tribunais, chegando em grande quantidade à Corte Superior.

Na análise qualitativa, desprezadas as decisões monocráticas em razão da grande quantidade, foram analisados os dez acórdãos que aparecem na primeira página da pesquisa quantitativa sobre a perda de uma chance em geral. Observou-se que o STJ é receptivo ao emprego da tese pelas cortes estaduais, mas deixa de adentrar ao tema, ora por falta de prequestionamento, ora por cuidar-se de matéria fática.

Algo diverso ocorre com a pesquisa qualitativa sobre a perda de uma chance aplicada ao direito médico, tendo o Tribunal adentrado ao tema e assimilado o intenso debate que ocorre no campo doutrinário, assumindo posição sobre a autonomia do dano, sobre a necessidade de a chance ser real e concreta e sobre a forma de fixação do montante indenizatório em proporção ao valor do bem da vida que era pretendido pela vítima.

A Corte Superior fixou os requisitos para a caracterização da perda de uma chance de cura ou sobrevivência (“perte d’une chance de survie ou de guérison”), quais sejam a existência da chance perdida pelo paciente como bem jurídico autônomo e a existência de um ato médico que possa ser ligado como causa desse fato.

Por outro lado, o STJ estabeleceu um roteiro, em três movimentos, para o reconhecimento da perda de uma chance: em primeiro lugar, deve-se indagar se a hipótese preenche os requisitos para ser apreciada à luz da teoria da perda de uma chance; em seguida, analisa-se a atuação médica para determinar se houve erro grosseiro ou erro escusável, pois só no primeiro caso a perda de chance pode ser imputada ao profissional; uma vez reconhecido o nexo de causalidade entre o erro grosseiro e a perda de chance de cura ou sobrevivência, passa-se ao cálculo do montante indenizatório, que leva em conta o grau de probabilidade que a vítima tinha de alcançar a cura ou a sobrevivência.

Referências

- ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. IV: La responsabilità civile.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2001.
- CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Code Civil* francês: gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRI, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- FERRI, Luc. *O homem-Deus, ou, O sentido da vida*. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2007.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Orientador: Eroulths Cortiano Junior. 2010. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KFOURI NETO, Miguel. Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e responsabilidade civil médico-hospitalar. In: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- MASCARENHAS, Igor de Lucena; GODINHO, Adriano Marteleto. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, p. 159-192, set./dez. 2016.
- MORAES, Renato Duarte Franco de. *A causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores*. Orientadora: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica: uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; DOMENECH, Javier Barceló; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROCHA, Nuno Santos. A “perda de chance” como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina, 2014.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil 4: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

Como citar:

USCOVICH, Carolina Martins; SANTOS, Romualdo Baptista dos. A perda de uma chance no direito médico e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
9.3.2023