

## Extraíndo a *ratio decidendi* dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que decidiram a respeito da teoria da perda de uma chance em casos de erro médico

Rafael Santos de Barros e SILVA\*

Igor Itapary PINHEIROS\*\*

**RESUMO:** O presente artigo analisa os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que decidiram sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos em que se discute a ocorrência de erro médico para deles extrair a respectiva *ratio decidendi*. A partir da análise dos acórdãos coletados no STJ, é extraída a *ratio decidendi* para, assim, bem identificar quais são os aspectos temporal, espacial, subjetivo e material que precisam se fazer presentes em um dado caso concreto, com vistas a resultar na necessidade de aplicação da teoria. Também é realizada identificação do panorama legislativo e pontuadas as principais considerações doutrinárias sobre a teoria. Ao final, são apresentadas as conclusões extraídas da pesquisa realizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Ratio decidendi*; perda de uma chance; erro médico.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Da teoria da perda de uma chance; – 3. Premissas gerais extraídas da jurisprudência do STJ; – 4. Perda de uma chance no erro médico; – 5. Extraíndo a *ratio decidendi* dos julgados do STJ; – 6. Conclusões; – Bibliografia.

**TITLE:** *Extracting the Ratio Decidendi from the Precedents of the Superior Court of Justice that Decided on the Theory of Loss of a Chance in Medical Error Cases*

**ABSTRACT:** *This article analyzes the judgments of the Superior Court of Justice (STJ) that decided on the application of the Theory of Loss of Chance in cases in which the occurrence of medical error is discussed in order to extract from them the respective ratio decidendi. From the analysis of the judgments collected in the STJ, the ratio decidendi is extracted in order to precisely identify which are the temporal, territorial, subjective and material aspects that need to be present in a given case, with a view to resulting in the need to apply the theory. Identification of the legislative panorama and the main doctrinal considerations about the theory are also carried out. At the end, the conclusions drawn from the research are presented.*

**KEYWORDS:** *Ratio decidendi*; loss of a chance; medical error.

**CONTENTS:** 1. Introduction; – 2. The theory of the loss of a chance; – 3. General premises extracted from the jurisprudence of the STJ; – 4. Loss of a chance in medical error; – 5. Extracting the ratio decidendi from STJ judgments; – 6. Conclusions; – Bibliography.

### 1. Introdução

O presente artigo se utiliza dos julgados do Superior Tribunal de Justiça que analisaram a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance em casos de responsabilidade civil por erro médico para o fim de identificar a *ratio decidendi* que seja comum a essas decisões.

\* Doutorando em Direito no IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

\*\* Mestrando em Direito no IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Inicialmente, são apresentadas considerações a respeito da referida teoria identificando seu lugar dentro da teoria geral da responsabilidade civil. Utilizando os critérios de pesquisa de “perda”, “chance”, “erro” e “médico”, na base de dados de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, criou-se um banco de dados com 08 acórdãos que, de alguma forma, tratavam do mérito da questão. A partir da análise dessas decisões foi possível identificar quais premissas fáticas e jurídicas são relevantes para as decisões judiciais que tratam desse tema.

É apresentada uma proposta de modelo de identificação da *ratio decidendi* das decisões judiciais que leva em consideração quatro elementos que fazem parte de qualquer decisão judicial: subjetivo, temporal, espacial e material. A partir da identificação desses elementos nos acórdãos coletados na base de dados do Superior Tribunal de Justiça foi possível identificar que o aspecto subjetivo pode levar em consideração tanto a vítima do evento danoso, quanto seus sucessores e que o aspecto material pode sofrer algumas variações caso se trate de doença rara ou se a opção terapêutica que foi apresentada ao paciente era, ou não, válida. Constatou-se, ainda, que o STJ não firma um “percentual de chance” a partir do qual a supressão dessa poderia a ser indenizável.

Defende-se que esse modelo de identificação da *ratio decidendi* aqui apresentado é bastante útil para fins de analisar decisões judiciais, notadamente aquelas oriundas dos Tribunais Superiores e sua aplicação nos julgados que trataram da perda de uma chance nos casos de erro médico evidenciou importantes premissas que devem ser consideradas, bem como também apresentou campos que ainda não se encontram devidamente delineados pelo STJ.

## **2. Da teoria da perda de uma chance**

A complexidade da vida atual impulsiona cada vez mais o incremento de riscos, a justificar que se faça uma releitura do instituto da responsabilidade civil, sob pena de eventualmente se deixar danos sem as respectivas reparações. A atribuição de novos contornos à teoria da responsabilidade civil ora perpassa pelo abandono do apego ao elemento culpa, ora pelo abrandamento do rigor quando do exame do nexa etiológico entre o ilícito e prejuízo.<sup>1</sup>

Há, na esteira das lições de Anderson Schreiber, uma erosão dos pressupostos da

---

<sup>1</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais* (E-Book). São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 3.

responsabilidade civil que hodiernamente se vincula a uma maior proteção dos interesses salvaguardados em um sistema jurídico, como sucede no caso brasileiro, especialmente após a vigência da Constituição Federal de 88, que se pauta pela primazia da proteção da dignidade da pessoa humana, sem desprezar o apego ao solidarismo social.<sup>2</sup> A dissipação de controvérsias quando diante de prejuízos oriundos de eventos timbrados pela álea é o ponto central da teoria da perda de uma chance desde o seu nascedouro,<sup>3</sup> providência que se tonifica ainda mais no seio de uma sociedade que se pretende social, fraterna e observadora dos valores inerentes à dignidade humana. Não se pode supor, de forma segura, como ficaria a situação daquele que se vê na contingência de experimentar prejuízos em interesses aleatórios, o que inevitavelmente inviabilizaria o acolhimento de qualquer pretensão reparatória.<sup>4</sup>

A objetivação da responsabilidade civil é fenômeno que se aparta da sociedade individualista, responsável pela criação de codificações liberais entre o século XIX e o início do século XX,<sup>5</sup> para se orientar no sentido da sociabilidade, um dos pilares, juntamente com a eticidade e a operabilidade, do Código Civil em vigor.<sup>6</sup> Igualmente, o atrito entre interesses divergentes decorrentes do adensamento populacional e do exercício de novas atividades econômicas multiplica a causação de danos de origem indefinida e colocam em xeque a proteção das suas vítimas, notadamente em face de fenômenos ainda não perfeitamente conhecidos.<sup>7</sup> A busca excessiva pela vinculação da conduta ilícita a um dano certo e tangível caminha na contramão do princípio da *restitutio in integrum* e da vedação em enriquecimento ilícito,<sup>8</sup> vetores gerais da responsabilidade civil, e da vedação em enriquecimento ilícito.

A teoria da perda de uma chance tem o seu nascedouro na França a partir de decisões judiciais que não tinham propriamente respaldo legal e careciam de reentrâncias mais

<sup>2</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo* (EPUB). 5ª. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022, p. 259.

<sup>3</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 18.

<sup>4</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 73.

<sup>5</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Carlos Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022, p. 93.

<sup>7</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

<sup>8</sup> “Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos. *Reality show*. Fase semifinal. Contagem dos pontos. Erro. Eliminação. Ato ilícito. Indenização. Dano material. Perda de uma chance. Cabimento. Danos morais demonstrados. (...). A reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos, consagrado no art. 944 do CC/2002. Deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real, não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado para que o dano seja indenizado. (...)” (REsp n. 1.757.936/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 28/8/2019).

aprofundadas na doutrina.<sup>9</sup> Rafael Peteffi da Silva sustenta que o exemplo mais antigo relacionado ao acolhimento da teoria da perda de uma chance como fundamento do dever de indenizar se deu em um julgado, datado de 17.07.1889, proferido pela *Chambre de Requête*s da Corte de Cassação francesa, ocasião na qual

aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento.<sup>10</sup>

Entretanto, esse julgado não é a gênese pretoriana do instituto, ainda que não seja incomum apontá-lo como tal.<sup>11</sup> A *Chambre de Requête*s não detinha competência para fixar indenizações ou conferi-las através do acolhimento do recurso, bem porque não adentrava ao exame do mérito da controvérsia senão quando o desprovesse.<sup>12</sup>

O caso em questão foi assim resumido por Flavio Higa:

a Caixa Comercial de Limoges requeria que o *huissier* Rives, que atuara em seu favor, fosse condenado a pagar 9.000 francos, a título de reparação de danos, por força do não preenchimento de requisitos formais quando da realização de uma intimação. A falha cometida pelo Sr. Rives (*huissier*) havia sido no preenchimento da intimação, pois, na cópia do mandado, não constara a indicação da pessoa com a qual ele o deixara, e esta pessoa permanecera desconhecida, o que gerou a nulidade da apelação.

Diante da nulidade (entre nós, 'não conhecimento') do recurso, a Caixa Comercial de Limoges ficou impossibilitada de reverter a condenação de 9.000 francos que lhe fora imposta nas instâncias inferiores. Prevendo essa possibilidade, a Caixa Comercial de Limoges colocou o *huissier* como uma espécie de 'pólo passivo alternativo' da fase recursal (com supressão de instância em relação a ele), pedindo que, caso fosse declarada a nulidade da apelação, que ele, o Sr. Rives, pagasse-lhe os 9.000 francos a que houvera sido condenada, sem oportunidade de prover o apelo a fim de absolver-se. A decisão da Corte de Cassação foi no sentido de negar qualquer reparação à Caixa Comercial de Limoges, ao fundamento de que, ainda que nula não fosse a apelação, caso conhecida e examinado o seu mérito, ela não teria sido exitosa, porque a decisão da instância inferior havia sido proferida em conformidade com a lei.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 11.

<sup>10</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

<sup>11</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, n. 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2012.

<sup>12</sup> HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho* (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo-USP, 2011, p. 20.

<sup>13</sup> HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho* (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo-USP, 2011, p. 21-24.

Ao que se vê, portanto, o *case* não versava sobre a perda de uma chance, senão sobre a possibilidade de a Caixa Comercial de Limoges ver-se ressarcida no caso de não ter o seu recurso acolhido, ou seja, não se deduziu – e tampouco se analisou – o pleito indenizatório à luz da (perda da) chance do êxito da insurgência, mas a repercussão de seu efetivo insucesso na esfera jurídica de interesses do recorrente. Estava em questão, pois “a reparação da própria vantagem aleatória não obtida, e não a reparação das chances de obtê-la”.<sup>14</sup>

Mais, a *Chambre de Requêtes* não arbitrou qualquer indenização à Caixa Comercial de Limoges, porquanto se limitou a confirmar a decisão da Corte de origem que rejeitou a pretensão indenizatória argumentando, para tanto, que o seu recurso estaria invariavelmente fadado ao insucesso, mesmo que não tivesse sido prejudicada pelo *huissier*.<sup>15</sup>

Na realidade, a assimilação da teoria na França ocorreu a partir da década de 30, notadamente a partir de 1932, quando a Corte de Cassação manteve a condenação de um notário, Grimaldi, que por falha na prestação de seus serviços impediu com que os consortes Marnier perdessem a chance de adquirir uma propriedade desejada.<sup>16</sup>

Apesar de oriunda no direito francês (*la perte d'une chance*), a teoria teve sua aplicação irradiada por diversos sistemas jurídicos, em especial, os de *civil law*. Flávio Higa, após relatar as dificuldades para consultar a base de julgados da Corte de Cassação Italiana, especialmente quando comparadas às facilidades de acessá-las nos tribunais brasileiros, assevera que o primeiro registro da alicação da teoria foi em 19 de novembro de 1983. O caso foi assim sumariado:

(...) um grupo de trabalhadores, mediante requisição numérica obtida perante uma agência de colocação, havia sido aprovado nos testes iniciais para conquista do emprego de motorista, mas impedido, injustificadamente, de participar das provas subsequentes, de cultura elementar e guia.

O pretor de Roma (juiz de 1ª instância), em sentença de 27 de março de 1977, declarou o direito à contratação dos trabalhadores, com a condição de serem aprovados nos testes faltantes, e condenou a empresa ao ressarcimento do dano pela procrastinação no

---

<sup>14</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 95.

<sup>15</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 95-96.

<sup>16</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB) Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, p. 105.

procedimento de admissão. O argumento foi construído a partir de um precedente que dizia que o candidato possuidor de uma requisição numérica era titular do direito subjetivo à realização de todas as provas, o que obrigava o empregador a recrutá-lo, em caso de aprovação, a menos que o empregado já tivesse trabalhado anteriormente para a empresa, e sido dispensado por justa causa.

O Tribunal de Roma, mediante decisão prolatada em 24 de novembro de 1978, rejeitou a demanda relativa à reparação de danos, mas confirmou a obrigação de a empresa admitir os trabalhadores. Cinco deles recorreram à Corte de Cassação, insistindo na afirmação do direito ao ressarcimento do dano pelo atraso no procedimento admissional, sustentando que a recusa de a empresa submetê-los às provas ulteriores, necessárias à celebração do contrato, lhes havia privado não de um resultado útil, mas da possibilidade de consegui-lo.

Ao censurar a decisão recorrida, a Corte de Cassação resgatou o argumento do juiz de primeiro grau, acerca da existência de um direito subjetivo dos postulantes às vagas, salvo se já houvessem sido dispensados, daquela empresa, por justa causa. Por isso, tendo os concorrentes sido aprovados no exame de saúde, tinham o direito de fazer as provas de 'ditado' e 'aritmética', além do teste de 'direção'. A motivação axiológica desse argumento fundava-se na impessoalidade da contratação, no desejo de subtrair do empregador a escolha arbitrária, garantindo a ocupação precípua dos postos de trabalho pelos trabalhadores mais meritórios, livrando a classe operária da sujeição à discriminação ou aos sistemas de corrupção e clientelismo. (...).

Sobre a perda de uma chance, destacou-se que o conceito de perdas e de ganhos tratado no artigo 1.223 do Código Civil italiano não se referia apenas a uma entidade pecuniária, mas a qualquer entidade economicamente valorável. Naquele caso concreto, constituiu, para os julgadores, uma entidade patrimonial juridicamente tutelável a situação em que havia a probabilidade de se obter um benefício (no caso, o emprego). Quanto ao argumento de contrariedade (incerteza do dano), os juízes entenderam que a situação idônea a produzir apenas um ganho provável, e não um ganho certo, não influenciava na existência do dano, mas, apenas, na sua quantificação.<sup>17</sup>

Nos sistemas de *common law*, igualmente, há registro de aplicação da teoria (*loss-of-a-chance*). Na Inglaterra, por exemplo, o primeiro registro de sua ficou por conta do caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, no qual a autora, que figurava entre uma das 50 (cinquenta) finalistas de um concurso de beleza, foi indevidamente impedida pelo réu de participar de sua derradeira fase que dizia com a apresentação para um corpo de jurados. O concurso outorgava 12 prêmios variados e, quando do julgamento do *case*, um dos

---

<sup>17</sup> HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho* (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo-USP, 2011, p. 39-41.

magistrados, se arvorando na “doutrina das probabilidades” concluiu que havia 25% (vinte e cinco por cento) de chances de a autora ganhar um dos prêmios caso prosseguisse até os ulteriores tempos do certame.<sup>18</sup> O julgamento foi inédito não apenas pelo fato de ter concluído pela possibilidade de indenizar a perda de uma chance, mas também pelo fato de se ter feito aplicar um fator redutor quando da apuração do *quantum* indenizatório.<sup>19</sup>

Porém, a sua aceitação não é unânime. Registre-se recente julgado (de dezembro/2020) proferido pela Suprema Corte da Carolina do Norte onde a *Opinion of the Court* foi:

*In this case we are asked to change our existing jurisprudence regarding proximate causation and to establish a new cause of action, “loss of chance.” We decline to make these significant changes because they are best left to the legislative branch (...) Moreover, damages for a possible chance simply cannot fit within our traditional framework. (...)*

*We decline to do so.*

*Such a policy judgment is better suited for the legislative branch of government.<sup>20</sup>*

Já em terras brasileiras, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi vanguardista na aplicação da teoria da perda de uma chance.<sup>21</sup> Mais recentemente, por ocasião da V Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, logrou-se aprovar o enunciado 444/CJF, assim redigido:

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

À época da aprovação do verbete houve a preocupação em não vincular a teoria da perda de uma chance a uma espécie de dano moral, porquanto, nos termos da justificativa

<sup>18</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

<sup>19</sup> HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho* (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo-USP, 2011, p. 35.

<sup>20</sup> ANITA KATHLEEN PARKES v. JAMES HOWARD HERMAN, N.º 241PA19 Tradução livre: “Neste processo, somos solicitados a mudar nossa jurisprudência existente sobre a causa imediata e estabelecer uma nova causa de ação, “perda de chance”. Recusamos fazer essas mudanças significativas porque é melhor deixá-las para o Poder Legislativo (...) Além disso, os danos por uma eventual chance simplesmente não podem se enquadrar em nossa estrutura tradicional. Para alcançar o resultado desejado pelo demandante, seria necessário um afastamento de nossa lei comum sobre causalidade e danos imediatos, uma vez que uma ação de perda de chance seria concedida pela possibilidade de que a negligência do réu contribuiu para a condição do demandante. Nós nos recusamos a fazer isso. Tal julgamento de política é mais adequado para o ramo legislativo do governo”.

<sup>21</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 196.

adotada para a sua elaboração e a subsequente aprovação, a “(...) teoria da perda de uma chance pode albergar danos de natureza patrimonial como de natureza extrapatrimonial”.<sup>22</sup>

Conquanto o sobredito enunciado tenha a virtude reconhecer na chance um valor jurídico, a sua redação desconsidera o seu caráter autônomo relativamente aos danos extrapatrimoniais.

Daniela Pinto de Carvalho, em estudo acadêmico,<sup>23</sup> cita exemplificativamente três acórdãos do Superior Tribunal de Justiça através dos quais se antevê que a Corte divergiu quanto à categorização da indenização decorrente da teoria da perda de uma chance. O primeiro deles, da lavra do Ministro Fernando Gonçalves,<sup>24</sup> envolveu o emblemático caso do “jogo do milhão” no qual o participante se sujeitava a responder indagações e a cada resposta correta avançava para outra etapa garantindo prêmio mais expressivo. Ao responder a última pergunta a participante optou por abandonar o jogo e garantir a bonificação até então lograda sendo que, em momento posterior, se identificou que o questionamento não teria resposta correta, ou seja, era “irrespondível”. Ao manter o dever de indenizar, porém em valor inferior ao imposto pela instância ordinária, a Corte Superior classificou o dano como sendo de ordem material. A propósito, confira-se o seguinte excerto do voto do eminente Relator:

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta 'irrespondível', não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar.

Outro acórdão paradigmático, prossegue Daniela Pinto de Carvalho,<sup>25</sup> é o REsp n.

<sup>22</sup> Conselho da Justiça Federal. Disponível em: [www.cjf.jus.br/](http://www.cjf.jus.br/).

<sup>23</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. *Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 112.

<sup>24</sup> “Recurso especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. Recurso conhecido e, em parte, provido” (REsp n. 788.459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006, p. 334).

<sup>25</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. *Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 113.

1.115.687/SP,<sup>26</sup> relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe de 2/2/2011, no qual ficou assentado que “somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais”, a sugerir um estreitamento entre indenização pela perda de uma chance a essa espécie de dano indenizável.

O derradeiro aresto referenciado por Daniela de Carvalho<sup>27</sup> e mais alinhado ao teor do enunciado 444 do CJF é o REsp n. 1.079.185/MG,<sup>28</sup> relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe de 4/8/2009. No julgado se firmou a compreensão no sentido de que “a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais”.

Analisando com mais vagar o instituto, não se pode compreender a indenização por uma chance perdida dentre aquilo que ordinariamente se compreende como danos morais indenizáveis, vez que estes estão jungidos a ofensas à dignidade da pessoa humana, ainda que não haja dor, sofrimento ou vexame.<sup>29</sup> De efeito, na responsabilidade civil pela perda de uma chance se indeniza, quando o caso, não a dor ou o sofrimento suportado pela vítima em razão de tê-la perdido, mas sim a sua perda em si.<sup>30</sup> A chance, por si, não integra propriamente o rol de direitos da personalidade, ainda que seja vigorosamente um patrimônio da vítima.<sup>31</sup>

Defende-se, assim, se tratar de uma hipótese de lesão que atinge o patrimônio material, sem se desconsiderar a hipótese de poder eventualmente atingir também a esfera

<sup>26</sup> “Direito civil. Danos morais. Leilão extrajudicial de imóvel realizado nos moldes do DL 70/66. Ausência de intimação pessoal dos devedores. Perda da oportunidade de purgar a mora. Improbabilidade do pagamento. Danos morais. Indenização indevida. É indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos termos do DL 70/66. Precedentes. Somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais. Na hipótese dos autos, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido” (REsp n. 1.115.687/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe de 2/2/2011).

<sup>27</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. Fixação do *quantum* indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 113.

<sup>28</sup> “Processual civil e direito civil. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7, STJ. Aplicação. (...) A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. (...)” (REsp n. 1.079.185/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe de 4/8/2009 – grifo acrescido).

<sup>29</sup> FILHO, Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 20154, p. 107.

<sup>30</sup> LUCAS, Laís Machado; FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um estudo comparado. *Anais da IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*. Disponível em: editora.pucrs.br/.

<sup>31</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. Fixação do *quantum* indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 120.

imaterial do lesado. Nesse sentido:

Em conclusão, haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente.<sup>32</sup>

Para além, da reparação perda de uma chance, mesmo se caracterizando como uma indenização decorrente de dano material, não se confunde com o lucro cessante, o qual não se dissocia de um juízo de certeza. A chance, por sua vez, se adere a um resultado desejado, incerto, porém provável. Outrossim, a ocorrência – ou a perda – de uma chance subordina-se a um plexo de variáveis. É inviável comprovar cabalmente a sua realização, mas apenas a probabilidade de ocorrer se não fosse a alteração do curso causal já deflagrado. O lucro cessante é o ganho efetivo que não se obteve por conta de uma conduta impeditiva.<sup>33</sup>

A chance, quando perdida, já integra do patrimônio jurídico da vítima, bem porque precisa ser séria, real e provável e, bem por isso, tampouco depende de outras variáveis para que a sua perda seja reparada por conduta atribuída a outrem. Logo, a sua reparabilidade se insere na categorização de danos emergentes.<sup>34</sup>

No plano legislativo nacional, atualmente encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o PL 10.360/2018 (Câmara dos Deputados) que propõe positivar a teoria no Código Civil, acrescentando os seguintes dispositivos ao art. 927 do Código Civil.<sup>35</sup>

Independentemente da futura alteração legislativa que venha a ser implementada com a aprovação do referido projeto de lei, no estágio atual, a teoria já encontra pleno

<sup>32</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. *Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 113.

<sup>33</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda e uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal do Paraná-UFPR, 2010, p. 122-124.

<sup>34</sup> CARVALHO, Daniela Pinto de. *Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por perda de uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012, p. 129.

<sup>35</sup> Art. 927. (...) § 2º A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais. § 3º A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

acolhimento no ordenamento brasileiro, não apenas com base nos art. 927 e 944 do Código Civil (“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” “A indenização mede-se pela extensão do dano”), mas, também, por possuir fundamento constitucional em diversos princípios veiculados na CF/88 (arts. 1º, III, 5º, incisos X, XXXII, XXXV e 37, § 6º), notadamente no que se refere a danos causados em uma relação de consumo.

Importante também consignar que o princípio da reparação integral, que no Código Civil está fundado em seu art. 944 (A indenização mede-se pela extensão do dano), possui fundamento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quando se está diante de danos pessoais:

Nos danos pessoais, assume especial importância a dignidade da pessoa humana, valor e princípio constitucional, consagrado como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 10, III, CF/88) (...)

Assim, nos danos pessoais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado.<sup>36</sup>

A premissa da teoria consiste em responsabilizar alguém por retirar, subtrair, de outrem a oportunidade de lograr uma situação posterior melhor,<sup>37</sup> o que pode refletir tanto na possibilidade de obter uma vantagem como na de evitar um dano. O prejudicado é alguém que teria a possibilidade de obter um ganho ou, por outro lado, alguém que teria a possibilidade de evitar sofrer um determinado dano, mas essas oportunidades lhe foram suprimidas. Essa supressão de oportunidade é o ato ilícito que gera um dano jurídico certo (a retirada da oportunidade em si, a chance perdida, a probabilidade excluída) e que implica dever de reparação.

A existência dessas duas vertentes da teoria – impedir vantagem ou evitar prejuízo - é esclarecida por Fernando Noronha:

(...) A chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que estava em curso um processo vantajoso e este foi interrompido, poderemos

---

<sup>36</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que estava em curso um processo danoso que podia ter sido interrompido e não foi, falaremos em frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido.<sup>38</sup>

Judith Martins Costa<sup>39</sup> leciona que na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente “a chance” de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante. Nada obstante a lição da professora Judith, necessário consignar que nada impede que o lesante atue de forma dolosa para a supressão da chance e, não apenas, de maneira culposa.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que a perda de uma chance consagra a indenizabilidade de determinados danos que, sob um rigor conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém, violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social, justificando, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais.<sup>40</sup>

Na análise desta espécie de responsabilidade, há necessidade de ser realizado um específico juízo de valor, qual seja: qual era a probabilidade de a vantagem perdida ou o dano sofrido ter sido concretizada ou ter sido evitado se a oportunidade não tivesse sido suprimida. De fato, a teoria da perda de uma chance leva, necessariamente, a uma análise sobre juízos de certeza, que naturalmente se antagonizam com os vários vetores que podem intervir na evitação de um prejuízo.<sup>41</sup> E é esse o juízo fundamental para que se possa considerar que a perda da chance deve ser indenizada.

Evidentemente, nestas situações, não se está a buscar a certeza do dano ou da perda da vantagem, mas, sim a probabilidade de esses ocorrerem. É que a vítima do ilícito guarda consigo apenas uma expectativa incerta no atingimento de uma vantagem ou, ao revés, na evitação de um resultado pior.<sup>42</sup>

Daniel Amaral Carnaúba afirma que a perda de uma chance é uma técnica decisória

<sup>38</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 696.

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 360.

<sup>40</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79.

<sup>41</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 115.

<sup>42</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*. n. 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2012, p. 139-171.

criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Consigna que da análise dos julgados proferidos pela Corte de Cassação Francesa, dois elementos foram definidos para a identificação da chance reparável: as probabilidades envolvidas no caso e a prova de que a chance em questão interessava concretamente ao seu beneficiário.<sup>43</sup> Vê-se, então, que mesmo algo totalmente aleatório, mas que possua reais probabilidades de ocorrer, passa a ser tutelado pelo direito.

De fato, a aplicação da Teoria no ordenamento brasileira independe – como independe – de previsão legal específica. A perda de uma chance apenas se caracteriza como uma peculiar forma de praticar danos que devem ser indenizados e, por certo, a legislação não tem como prever todas as maneiras pelas quais danos podem ser praticados. Essa maneira de causar prejuízos, inclusive, pode ser verificada tanto em responsabilidade contratual, quanto extracontratual (para particulares ou em face do Estado) bem como nas suas modalidades subjetiva e objetiva e para reparar danos materiais ou imateriais.

A aplicação desta doutrina pode se dar nos mais diversos campos da responsabilidade civil e isso fica claro quando se verifica os exemplos nos quais o STJ já decidiu pela sua aplicação: erro na formulação de questão ou na contagem de pontos em *game show* televisivo; perda da oportunidade de vender ações em momento mais vantajoso em razão de prática indevida realizada pela instituição financeira; erro médico que suprime oportunidade de cura ou de tratamento adequado; má prestação de serviço no recolhimento de células-tronco.

No que se refere ao valor da reparação do dano decorrente da perda de uma chance, a regra é que essa resulte num valor inferior daquela na qual, do ilícito decorreria, diretamente, o dano certo e devidamente identificado. O raciocínio é o de que, como o ilícito recaiu sobre a perda de “uma chance” e não sobre o objeto propriamente dito, a reparação não poderia tomar por base a integralidade do objeto que sofreu os efeitos desta perda. Nesse sentido, entende-se que a reparação deve levar em consideração o “grau de probabilidade” de a vantagem ser obtida ou de o dano não ocorrer, caso a chance não fosse perdida. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura.<sup>44</sup> Trata-se de um novo (em comparação aos tradicionais) critério de mensuração de dano.

---

<sup>43</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, n. 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2012, p. 139-171.

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 108-109.

Evidentemente, quanto mais grave for a falha na prestação de um serviço, por exemplo, maior é a probabilidade de que, se a chance não fosse perdida por aquela falha, o dano não ocorreria e, assim, o *quantum* indenizatório muito se aproxima daquele cabível quando o dano é dirigido diretamente ao bem final tutelado e não apenas à chance de que esse não sofra dano.<sup>45</sup>

Trabalhar com graus de probabilidade é igualmente necessário para verificar se a chance perdida era real e concreta, única passível de ser indenizada. É necessária a existência de uma probabilidade (de êxito) e de uma certeza (de que a chance, se exercida, poderia impedir o prejuízo ou resultar em vantagem). Nesse aspecto, interessante raciocínio realizado pela *Court of Appeals* da Carolina do Norte (julgamento anterior ao proferido pela Suprema Corte da Carolina do Norte) ao considerar que só há uma chance passível de ser indenizada quando essa possui probabilidade de ocorrer igual ou superior a 50%.<sup>46</sup>

Os requisitos para aplicação da Teoria são de duas naturezas, os gerais, que se referem à Teoria Geral da Responsabilidade Civil (conduta, nexos de causalidade e dano) e que devem ser somados ao requisito específico da teoria que é a presença de uma chance real, que gere probabilidades, não sendo admissível uma mera situação hipotética. Importante atentar para as considerações da Min. Nancy Andrichi no sentido de que a visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva (na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito) não é mitigada na teoria da perda de uma chance.<sup>47</sup>

### 3. Premissas gerais extraídas da jurisprudência do STJ

Analisando os principais acórdãos do STJ<sup>48</sup> que decidiram sobre a aplicação da teoria em um âmbito geral – ainda não tratando especificamente para situações de erro médico –

<sup>45</sup> Veja-se caso oriundo do TJDF onde a Fazenda Pública foi condenada, com base na aplicação da teoria, ao pagamento de 400 mil reais (200 mil para cada genitor) em razão de erro de diagnóstico praticado em uma menor de 14 anos, que foi atendida em hospital público e liberada com o diagnóstico de “*pseudocrises epilépticas*”, retornando ao hospital na noite seguinte, já em estado grave e não conseguindo receber tratamento adequado por ausência de leito em UTI, vindo a óbito sem ao menos ter sido examinada por um especialista (neurologista) (Processo 20150110198345APC, Rel. Des. Luiz Gustavo B. de Oliveira, acórdão mantido pelo STJ no AREsp 1415913/DF, DJe 22.04.2019).

<sup>46</sup> ANITA KATHLEEN PARKES v. JAMES HOWARD HERMAN 265 N.C.App. 475, 477, 828 S.E.2d 575, 577 (2019): “*A plaintiff cannot recover for a loss of less than a 50% chance under ‘the ‘traditional’ approach’ applied to loss-of-chance claims in Other jurisdictions, but a plaintiff may recover the full value of a healthier outcome if he or she can show that, more likely than not, the outcome could have been achieved absent the defendant’s negligence*”. Tradução livre: “Um querelante não pode recuperar por uma perda inferior a 50% de chance sob ‘a abordagem ‘tradicional’ aplicada a reivindicações de perda de chance em outras jurisdições, mas um querelante pode recuperar o valor total de um resultado mais saudável se puder mostrar que, muito provavelmente, o resultado poderia ter sido alcançado sem a negligência do réu”.

<sup>47</sup> REsp 1662.338/SP, DJe 02.02.2018

<sup>48</sup> REsp 1291247/RJ, DJe 01.10.2014; 1308719/MG, DJe 01.07.2013; 1540153/RS, DJe 06.06.2018; 1750233/SP, DJe 08.02.2019; 1757936/SP, DJe 28.08.2019.

extraem-se as seguintes premissas estabelecidas pela jurisprudência para fins de sua aplicação,<sup>49</sup> expostas nos parágrafos seguintes.

Primeiramente, 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 buscar posição jurídica mais vantajosa, vê o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

A perda de uma chance é colocada entre o dano certo e o hipotético, tratando-se de uma nova categoria de prejuízos. A perda de uma chance é, em si, um dano certo e específico. Existe prejuízo certo: a certeza de uma probabilidade que foi tolhida. Por outro lado, tratando-se de uma chance impossível ou improvável (suprimir a oportunidade de alguém chegar a Marte com um foguete construído em sua garagem, por exemplo), nada há o que se indenizar.

O ato ilícito consiste em promover a perda de uma chance de evitar prejuízo ou de obter vantagem. Imprescindível que haja uma conduta (comissiva ou omissiva) por parte do lesante, sem a qual a vítima teria obtido o resultado desejado, qual seja, a chance de tentar obter um ganho ou de tentar evitar um dano.

O nexos causal será analisado a partir da imediatidade entre o ato e a supressão da chance por ele realizada.

A perda de uma chance está focada no dano, em relação à conduta do lesante e ao nexos causal não há alteração em relação à doutrina tradicional (aplica-se a causalidade adequada, albergada no art. 403 do CC/2002). O dano, a perda da chance, deve ser um dano suportado injustamente, aquele que fere interesses legítimos, não necessitando sejam direitos subjetivos legalmente previstos. Essa categoria dos danos injustos é a tendência atual para o espectro de abrangência da responsabilidade civil.<sup>50</sup>

Não se exige a existência de “dano final”, bastando a prova da certeza da chance perdida. Esse ponto é bastante relevante e controverso, a depender do tipo de pretensão que se esteja pleiteando, pois poderá interferir no termo inicial da prescrição para pleitear a reparação pela chance perdida.

---

<sup>49</sup> Essas premissas nem sempre aparecem expressas nos julgados, foram extraídas pelo Autor deste artigo a partir da análise dos casos julgados pelo STJ.

<sup>50</sup> CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito*, 24(1), 2010.

Quanto a esse ponto, o termo inicial da prescrição para a situação de responsabilidade pela perda de uma chance, o melhor é considerar duas possibilidades: quando se tratar conceder uma vantagem o termo inicial deve ser a partir da ciência a respeito do ato que suprime a possibilidade de obter a vantagem e quando se tratar de perda de uma chance para evitar um dano, o termo inicial estará presente apenas quando este dano vier a se verificar. A propósito, nos autos do REsp n. 1.622.450/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16.3.2021, DJe de 19.3.2021, o STJ já considerou a *actio nata*, em seu aspecto subjetivo, para compreender que o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o exercício da pretensão reparatória decorrente da perda de prazo por profissional da advocacia é, de fato, o momento em que o constituinte tomou ciência da conduta negligente do causídico.<sup>51</sup>

Não há julgado do STJ analisando especificamente essa questão do termo inicial da prescrição, entretanto, aqui entende-se para essa situação de perda da chance de se evitar um dano, pode ser que a chance seja tolhida, mas o prejuízo que se poderia evitar nunca venha a ocorrer, por razões alheias à supressão da oportunidade. Assim, para essa hipótese, apenas com a ocorrência do prejuízo se poderia falar na perda de uma chance de evitá-lo. Essa parece ser a melhor solução para identificar o termo inicial da prescrição, dentro da Teoria da *Actio Nata* aplicada à perda de uma chance.

Mesmo incapazes podem estar sujeitos a sofrer prejuízos decorrentes da supressão de uma chance, não havendo necessidade de consciência para que seja possível identificar-se um dano moral decorrente da perda de uma chance.

O erro – falsa percepção da realidade - inescusável e que tolhe uma chance – independentemente da intenção de querer causar prejuízo - é ato ilícito que deve ser indenizado (casos dos erros praticados na contagem de pontos ou elaboração de

---

<sup>51</sup> “Recurso especial. Serviços advocatícios. Negligência. Perda de prazo. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Prescrição. Termo inicial. Conhecimento do dano. *Actio nata*. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). Cinge-se a controvérsia a definir o termo inicial da prescrição da pretensão de obter ressarcimento pela perda de uma chance decorrente da ausência de apresentação de agravo de instrumento. O prazo prescricional é contado, em regra, a partir do momento em que configurada lesão ao direito subjetivo, sendo desinfluyente para tanto ter ou não seu titular conhecimento pleno do ocorrido ou da extensão dos danos (art. 189 do CC/2002). O termo inicial do prazo prescricional, em situações específicas, pode ser deslocado para o momento de conhecimento da lesão ao seu direito, aplicando-se excepcionalmente a *actio nata* em seu viés subjetivo. Na hipótese, não é razoável considerar como marco inicial da prescrição a data limite para a interposição do agravo de instrumento, visto inexistirem elementos nos autos - ou a comprovação do advogado - evidenciando que o cliente tenha sido cientificado da perda de prazo para apresentar o recurso cabível. No caso dos autos, com o término da relação contratual, o cliente lesionado teve (ou poderia ter tido) ciência da atuação negligente do advogado anterior, sendo este o marco inicial da prescrição. Recurso especial não provido” (REsp n. 1.622.450/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 19/3/2021).

questionamentos de candidatos que participam de concursos televisivos).

Por fim, outra relevante característica da teoria é que a perda de uma chance não se confunde com indenização por lucros cessantes, nesses há certeza da vantagem perdida (já existia um lucro e esse vem a ser perdido) e, por isso, a forma de mensurar a indenização não pode ser a mesma.

#### 4. Perda de uma chance no erro médico

No caso de aplicação da teoria para situação de erro médico, alguns a nomeiam como a teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência<sup>52</sup> Nesta situação, o que se perde é a chance de obter um resultado favorável com um determinado tratamento, ao se suprimir do paciente todas as possibilidades de cura ou de sobrevivência.

Pesquisa realizada na base de jurisprudência do STJ, no dia 30.05.2023, utilizando-se os termos “perda”, “chance”, “erro” e “médico”, resultou em 14 (doze) acórdãos. Excluindo-se aqueles que não adentravam em algum mérito da aplicação da teoria e que apenas se limitavam a decidir sobre questões processuais afetas ao conhecimento do recurso, restaram 09 (nove) acórdãos.<sup>53</sup>

A identificação desses julgados, por si só, demonstra que já há uma consolidação de entendimento quanto à possibilidade de aplicação da teoria no sistema jurídico brasileiro – presentes determinadas condições –, a par de não existir previsão legal expressa a esse respeito.

No AgInt no REsp 1923907/PR (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.03.2023), decidiu-se que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance é uma qualificação jurídica a ser dada aos fatos litigiosos que sejam apresentados ao julgador, não havendo, propriamente, a obrigatoriedade de ser ela invocada pelas partes, afirmando-se, ainda, que a teoria tem aplicação diante de conduta omissiva que, se tivesse sido praticada a contento, poderia evitar prejuízo suportado pela

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11<sup>a</sup>. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

<sup>53</sup> AgInt no REsp n. 1.923.907/PR, STJ, Turma Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 20.3.2023; REsp 1677.083/SP, STJ, Terceira Turma, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 14.11.2017; REsp 1662338/SP, STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, j. em 12.12.2017; REsp 1622538/MS, STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, j. em 21.03.2017; REsp 1254141/PR, STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012; REsp 1184128/MS, STJ, Terceira Turma, Rel. Sidnei Beneti, j. em 08.06.2010; REsp 1.104.665/RS, STJ, Terceira Turma, Rel. Massami Uyeda, j. em 09.06.2009; AgInt no ARES 140.251/MS, STJ, Quarta Turma, Rel. Maria Isabel Gallotti, j. em 03.08.2017; AgRg no ARES 553.104/RS, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 01.12.2015.

vítima. Assim, o nexo de causalidade que é exigido para esse tipo de responsabilidade decorre do vínculo entre a conduta ilícita do médico – omissiva ou comissiva – e o comprometimento da possibilidade de um diagnóstico correto.

No REsp 1677.083/SP (STJ, Terceira Turma, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 14.11.2017), aplicou-se a teoria na situação em que foi concedida alta médica, antes do resultado dos exames laboratoriais realizados, os quais, quando do resultado, constatarem leucose aguda, de modo que, se ao invés de dar alta sem resultado dos exames, tivesse sido o paciente internado e iniciado tratamento, o dano posterior que lhe foi ocasionado poderia ter sido evitado.

À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal demonstrado é aquele existente entre a conduta negligente do hospital e a chance perdida de um diagnóstico correto e de todas as consequências normais que dele poderiam resultar, sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o resultado morte.

A atuação negligente dos profissionais médicos, sobretudo em função da gravidade da doença e da simplicidade do método capaz de diagnosticá-la – um simples hemograma –, retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado.

O dano – perda da chance - ocorre mesmo que não seja possível garantir que a atuação correta evitaria o dano morte. A negligência na adoção de medida para um diagnóstico correto expõe o paciente a um maior risco.

No REsp 1662338/SP (STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrichi, j. em 12.12.2017) foi consignado que a visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, faz-se presente o nexo causal.

A perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica

No REsp 1622538/MS (STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrichi, j. em 21.03.2017),

consignou-se que apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, em especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

No caso, a dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada “ausência de tratamento em momento oportuno”.

No REsp 1254141/PR (STJ, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012), afirmou-se que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal.

A controvérsia existente na aplicação da teoria na seara médica reside no fato de alguns entenderem, de modo equivocado, que ela implicaria num processo de mitigação do nexo causal. Admitir essa mitigação implicaria romper com o princípio da “*conditio sine qua non*”, que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

Sucedem que a perda da chance é 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 a apuração do nexo causal.

Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente não morreu, apesar da falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

A oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Daí a importância a respeito do termo inicial da prescrição, tratada linhas acima.

O STJ consignou ainda que falha realizada no acompanhamento pós-cirúrgico, com a ausência de realização de exames necessários, configuram ato que implica perda de chance.

Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

Quanto à indenização pela chance perdida, o STJ entendeu que o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance não pode alcançar o valor do bem perdido. E, então, decidiu-se por uma necessária redução proporcional.

No REsp 1184128/MS (STJ, Terceira Turma, Rel. Sidnei Beneti, j. em 08.06.2010), decidiu-se que a responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

Aqui, houve o reconhecimento de uma responsabilidade objetiva do hospital pela perda de uma chance resultante de ato praticado por seu profissional plantonista.

No REsp 1.104.665/RS (STJ, Terceira Turma, Rel. Massami Uyeda, j. em 09.06.2009), consignou-se que a aplicação da teoria está adstrita 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.

No AgInt no ARESp 140.251/MS (STJ, Quarta Turma, Rel. Maria Isabel Gallotti, j. em 03.08.2017), foi consignada a caracterização da perda da oportunidade de se evitar ou, no mínimo, amenizar as sequelas da parada cardiorrespiratória, caso os médicos tivessem sido mais diligentes e internado a recorrida “em alguma das 5 (cinco) oportunidades que tiveram”.

E, no AgRg no ARESp 553.104/RS (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 01.12.2015), decidiu-se ser plenamente cabível, ainda que se trate de erro médico, acolher a teoria da perda de uma chance para reconhecer a obrigação de indenizar quando verificada, em concreto, a perda da oportunidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo decorrente de ato ilícito praticado por terceiro.

A perda de uma chance pode ser constatada pela demora no atendimento no atendimento médico, circunstância inviabiliza a chance de, obtendo um diagnóstico precoce, o paciente iniciar, de pronto, o tratamento adequado à gravidade da lesão.

A partir dos pontos em comum existentes nesses 09 precedentes, pode-se extrair qual a *ratio decidendi* que é utilizada pelo STJ quando tenha que decidir sobre a aplicação da teoria nos casos em que se discute a ocorrência de erro médico.

## 5. A importância da extração da *ratio decidendi* dos julgados do STJ

As mudanças propostas pelo movimento neoconstitucional compõem um conjunto de fatos que se complementam sob os influxos de uma relação de causa e efeito. Assim, notadamente a partir da promulgação da Constituição de 1988, da positivação proeminente dos princípios com elevada carga axiológica em detrimento das regras decorre a ponderação como método de aplicação da norma, a exigir a análise pormenorizada do caso particular pelo Poder Judiciário, que agora é dotado de um protagonismo maior quando comparado ao Legislativo e ao Executivo, e se inclina por prestigiar com mais ênfase a Carta Maior em detrimento da legislação infraconstitucional.<sup>54</sup>

A propósito, o próprio Código de Processo Civil prevê que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (...)” (art. 1º), ao tempo em que determina que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8º), que nada mais são do que princípios de extração constitucional.

As fontes de Direito passam, pois, a contar de igual sorte com os princípios, os quais, segundo Jorge Miranda, possuem um vetor imediato quando diretamente capazes de regular relações político-constitucionais e um viés mediato “tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospetivo”.<sup>55</sup> O Direito, assevera Streck, se envolve em um corpo transformador porque as Constituições permitem o resgate de

---

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009.

<sup>55</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 390.

promessas<sup>56</sup> a serem convoladas em programas concretos.

Não fosse o bastante para justificar o alargamento da teoria das fontes, os sobreditos vetores, coadjuvados pelo fato de que o Poder Judiciário passou a salvaguardar a vontade geral – e não apenas aquela manifestada pela maioria – orientada por princípios positivados na ordem constitucional, impõem a discussão sobre o seu novel papel que, doravante, não pode mais se circunscrever a um comportamento passivo. O intervencionismo Judiciário autoriza a sua atuação para garantir valores inerentes ao núcleo duro da ordem constitucional social.<sup>57</sup>

O Poder Judiciário, além de pronunciar o certo ou o errado, exerce o controle de eventuais excessos e omissões legislativas e administrativas tendo em mira a realização dos resultados práticos almejados pela Constituição.<sup>58</sup> Veja-se, por oportuno, o viés concretista que o Supremo Tribunal Federal reconheceu na ação de mandado de injunção (MI 708-o/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), no bojo da qual, declarando a mora do legislador no sentido de disciplinar o direito de greve dos servidores públicos, determinou lhes fossem aplicadas, no que couber e enquanto permanecer a inércia, as disposições previstas na lei geral de greve.

Sendo o ordenamento composto – também – por princípios, os quais, como visto, revelam um exponencial potencial construtivo *pro futuro* e tendo o Poder Judiciário a atribuição de guardar e garantir as suas efetivações, inclusive quando diante de lei dispondo em sentido diverso, forçoso é compreender que as suas decisões se revestem de maior importância no ambiente jurídico, o que clarifica a força dos precedentes na teoria das fontes de Direito.

No campo da filosofia, a linguagem, até então concebida como um elemento apostado entre o sujeito e o objeto, é elevada à “(...) condição de possibilidade de todo o processo compreensivo”.<sup>59</sup> Deixa ela de ser um elemento mediador da comunicação para se revelar como uma forma de realização produtiva, e não meramente receptiva. Assim, no novo ambiente constitucional interpretar não significa apenas revelar um sentido já posto dos signos. Ao revés, interpretar é acrescer-lhes significados e sentidos embalados por

---

<sup>56</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 1(1):65-77, janeiro-junho 2009, Unisinos.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 8, n. 2, 2008.

<sup>58</sup> KREBS, Hélio Ricardo. *A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes* (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, 2018, p. 43.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 1(1):65-77, janeiro-junho de 2009, Unisinos.

expectativas.<sup>60</sup> A sucessiva apreciação dos casos pelo intérprete movimenta reiteradamente o sentido da regra em uma órbita que permite a edificação de novos significados.

O referido movimento espiral realça com mais nitidez o fato de que o Direito é uma obra que se encontra em constante modificação<sup>61</sup> para melhor se adaptar às realidades sociais, econômicas e culturais que se seguem. Como afirma Paulo Mendes, “(...) nesse iter, do geral para o individual, podem-se estabelecer inúmeras etapas normativas, em um processo crescente de concretização do Direito”.<sup>62</sup>

Daí porque a sua compreensão não dispensa a identificação de suas fontes e o apontamento das normas que delas decorrem.

Miguel Reale sustenta que as fontes de Direito são os ambientes através dos quais as regras jurídicas se positivam com contornos de obrigatoriedade<sup>63</sup>. As fontes, por sua vez, podem ser formais, que são “(...) os canais de exteriorização e inserção da disposição normativa em um ordenamento jurídico”,<sup>64</sup> e materiais, as quais dizem com as circunstâncias que dão ensejo ao surgimento da fonte formal.<sup>65</sup> Salvante os costumes, as fontes formais de Direito, no geral, encontram-se estampadas em documentos que permitem com que se lhes dê publicidade e amplo conhecimento.<sup>66</sup>

A gênese de Direito – a fonte – é apenas o ponto de partida para se chegar ao conteúdo de uma norma jurídica. A norma é o fruto do exercício interpretativo e criativo que recai sobre as fontes do Direito.

Nesse sentido, após a vigência da Constituição de 1988, no bojo da qual se deu destaque aos direitos fundamentais, com um apego não só às regras, mas sobretudo aos princípios, é de se impor ao Estado brasileiro um plexo enorme de programas a serem implementados no sentido de realizar os valores constitucionais. Nesse cenário, o juiz,

---

<sup>60</sup> VESING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

<sup>63</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140.

<sup>64</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 58.

<sup>65</sup> SOUZA, Marcos Seixas. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: Juspodivm, p. 86.

<sup>66</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 60.

ao interpretar, inevitavelmente exerce uma função criativa.<sup>67</sup>

Bem por isso, não há como deixar os precedentes à margem das fontes de Direito. Aliás, a corroborar tal assertiva, é de se notar que o artigo 926 do CPC versa sobre o dever de os Tribunais uniformizarem sua jurisprudência mantendo-a estável, íntegra e coerente. A coerência existirá se princípios já aplicados em decisões anteriores forem considerados em casos similares, ao passo que a integridade será observada diante da força normativa da Constituição,<sup>68</sup> autoridade que passou a gozar após o movimento neoconstitucionalista.

Não fosse o suficiente, ao cuidar das hipóteses de cabimento da ação rescisória, o Código de 2015, em seu art. 966, § 5º, assenta que a ofensa a “acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos” equivale à violação de norma (art. 966, V, do CPC). Ora, se a violação ao precedente – *rectius*, a ofensa ao conteúdo da sua *ratio decidendi* – se equipara, para efeito de rescindibilidade da decisão transitada em julgado, à ofensa de norma, e sendo essa o produto da interpretação da fonte de Direito, é de se concluir que o precedente é, efetivamente, uma de suas espécies.

Adicionalmente, a ciência é composta por enunciados que nem sempre ocupam o mesmo plano de incidência. Alguns são aplicados genericamente, ao passo que outros incidem especificamente, podendo, ainda, ser estruturantes ou adjacentes.<sup>69</sup>

Os conceitos jurídico-positivos são captados à luz de determinada realidade normativa já posta e só podem ser descritos após o exame do ambiente jurídico no qual inseridos. São conceitos que alternam ao sabor do momento histórico, social e temporal vivenciado.<sup>70</sup> Adversamente, os conceitos lógico-jurídicos são concebidos de modo tal a serem válidos em qualquer ordenamento jurídico.<sup>71</sup>

Daí se dizer que o alcance de suas definições se dá através de juízos apriorísticos dos sistemas. Os seus contornos não se modificam diante de peculiaridades geográficas ou temporais, mesmo se admitindo que são originários do intelecto humano. De toda sorte,

---

<sup>67</sup> SANTOS, Welder Queiroz dos. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 83.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 351.

<sup>69</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 50.

<sup>70</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 50.

<sup>71</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 56-57.

se, por um lado, as obras humanas não deixam de tomar em conta aspectos pontuais de tal ou qual contexto, por outro, presente a noção de que os conceitos lógico-jurídicos são estruturantes a qualquer ordenamento jurídico, devem eles ser gestados a partir da identificação de semelhanças entre os ordenamentos. Justamente pelo fato de serem usuais aos sistemas é que os conceitos lógico-jurídicos permitem a detecção dos conceitos jurídico-positivos, de modo que aqueles são prismas através dos quais estes são aquilatados.<sup>72</sup>

Por outras palavras, os conceitos lógico-jurídicos permitem a elaboração de conceitos jurídico-positivos e, de igual maneira, contribuem com a busca pela compreensão e aplicação do ordenamento jurídico.

Tais as considerações, é de se compreender que a definição de precedente se vincula à categorização dos conceitos jurídicos-positivos, vez que estritamente ligados à compreensão dos sistemas jurídicos,<sup>73</sup> notadamente porque é – o precedente – revelador de normas, ou seja, do significado que representam signos linguísticos.

O precedente, que não se identifica necessariamente com a jurisprudência, consiste na testificação das normas, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.<sup>74</sup> Logo, como gênese formal de Direito que é,<sup>75</sup> o precedente é uma fonte institucional, eis que originário do Poder Judiciário, de uma norma: a *ratio decidendi*, que, para Ravi Peixoto<sup>76</sup> e Lucas Buril de Macêdo,<sup>77</sup> é, ao lado do aspecto próprio do precedente (ponto de referência para a tomada de outras decisões), a sua faceta imprópria ou o seu aspecto normativo.

A invocação aos precedentes não é mais uma característica exclusiva do sistema do *common law*. Também é natural referi-los nos sistemas ligados à tradição do *civil law*, muito embora naqueles se lhes atribua historicamente uma força vinculante maior.<sup>78</sup> Não há, portanto, como compreender um sistema jurídico, em especial o brasileiro, sem

<sup>72</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6<sup>a</sup> ed. Salvador JusPodivum, 2021, p. 54/56.

<sup>73</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 84.

<sup>74</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 327.

<sup>75</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 189-190.

<sup>76</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação de precedente e modulação de efeitos*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 131.

<sup>77</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 85.

<sup>78</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

a análise criteriosa sobre a função que o precedente exerce no ordenamento nacional, sobretudo a partir da vigência do CPC de 2015, que trouxe em seu bojo as já citadas diretrizes previstas em seus arts. 926 e 927.

De todo precedente judicial uma regra – norma (ao invés de regra?) universalizável<sup>79</sup> é extraída para ser aplicada nos casos semelhantes que venham a ser postos a julgamento. Definir exatamente a norma contida no precedente é fundamental para dele se extrair o que realmente tem efeito vinculante<sup>80</sup> em casos futuros.

Marinoni afirma que a *ratio decidendi* não possui correspondente no processo civil brasileiro, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo da decisão. Na (No?) *common law* ela é extraída e elaborada a partir do conjunto de todos os elementos da decisão: da fundamentação, do dispositivo e do relatório.<sup>81</sup> Para além, nos sistemas de tradição do *common law*, significativa parcela dos debates judiciais gravitam em torno do apontamento de um fundamento como *ratio* ou como *dictum*, já que a decisão que suporta o precedente não estabelece tal delimitação, bem porque, do contrário, o Poder Judiciário estaria substituir as leis por suas próprias deliberações, em manifesto desprezo à separação de poderes.<sup>82</sup>

Em contrapartida, a preocupação coma a extração da *ratio decidendi* dos precedentes nos sistemas jurídicos fincados na tradição do *civil law* é deveras mais tímida porque tradicionalmente não lhes atribuem efeito vinculante. De toda sorte, porém, é inviável se operar com o *stare decisis* sem o enfrentamento da diferenciação.<sup>83</sup> Eis a importância de se buscar extrair do precedente a sua *ratio*. Trata-se, pois, “(...) de um passo elementar da dinâmica do direito jurisprudencial que se pretenda (re)fundar no Brasil, exigindo-se dos sujeitos processuais a atuação voltada ao cotejo entre *ratio decidendi* do caso precedente e fatos do caso presente”.<sup>84</sup> O recorte nem sempre pode ser feito de maneira singela, mas é imprescindível para viabilizar a compreensão acerca da diretriz a ser seguida em casos vindouros.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

<sup>80</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2022, p. 258.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

<sup>82</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2020, p. 181.

<sup>83</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2022, p. 259.

<sup>84</sup> VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 382.

<sup>85</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

A *ratio decidendi* deve ser extraída da lide concreta que é posta para julgamento. A operação tendente a apontá-la perpassa pela prudente análise de todos os componentes da decisão (relatório, fundamentação e dispositivo). Ainda que não se identifique exatamente com quaisquer deles neles têm a sua gênese.<sup>86</sup> Adicionalmente, os pedidos, as causas de pedir que os iluminam e os argumentos deduzidos pelas partes devem ser sopesados para que o procedimento de delimitação seja suficientemente exitoso.

A identificação da *ratio decidendi* passa, obrigatoriamente, pela investigação de se a decisão judicial demonstra todos os elementos fáticos e jurídicos que levaram à conclusão exposta em seu dispositivo. São os fatos que guiam a solução da demanda: os fatos definem a norma legal aplicável e qual a interpretação que desta será conferida para o caso concreto. Não por outra razão, aliás, que a seleção dos casos que servirão de lastro para a formação do precedente deve ser feita com muita cautela porque influirá diretamente na formação de sua *ratio*, a totalidade dos fundamentos relevantes ao deslinde da controvérsia,<sup>87</sup> o que envolve não só questões jurídicas, mas, com igual vigor, as questões fáticas.

Aqui defende-se que para um precedente possuir *ratio* devidamente identificada, que sirva de guia para aqueles que irão aplicá-lo, deve ele bem identificar seus aspectos espacial, temporal, subjetivo e material.<sup>88</sup> Esses servirão para identificar não apenas a necessidade de aplicar o precedente, mas, também, para eventual juízo a respeito de sua superação, total ou parcial, ou seu afastamento para casos distintos.

O Aspecto Material do precedente é o “verbo” / “comando de ação” nele veiculado; ou seja, a determinação para fazer, não fazer, pagar ou simplesmente declarar a existência, inexistência ou modo de ser de uma dada relação jurídica.

O Aspecto Temporal é o período de abrangência sobre o qual aquele precedente possui validade; de um modo geral, os comandos judiciais possuem validade por prazo indefinido, apenas podendo-se falar em sua cessação diante de alguma alteração na situação fática ou jurídica analisada no processo em que formado o precedente; nada obstante, em alguns casos o aspecto material do precedente pode ter uma limitação temporal, aplicando-se

---

<sup>86</sup> PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2022, p. 174.

<sup>87</sup> MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin Mendes. *Julgamentos de casos repetitivos: critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedentes*. São Paulo: JusPodivum, 2021, p. 227.

<sup>88</sup> Esses aspectos da vida (tempo, espaço, sujeito e ação) já foram considerados por Geraldo Ataliba ao analisar o fato gerador da obrigação tributária (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973) e aqui são utilizados para a análise dos precedentes judiciais.

apenas para situação ocorridas em determinado período de tempo.

O Aspecto Espacial é a área geográfica de aplicação daquele precedente; por vezes, esse aspecto estará devidamente limitado ao espaço territorial onde o órgão prolator do precedente exerce sua jurisdição; tratando-se de fato ocorrido fora deste espaço geográfico, impossível pleitear a aplicação da mesma *ratio decidendi*.

O Aspecto Subjetivo identifica aquele para quem se aplica o precedente; aqui, cuida-se de bem delimitar quais condições pessoais deve o jurisdicionado (ou grupo de jurisdicionados) possuir para poder ter para si aplicada aquela *ratio decidendi*.

Analisando o conjunto de julgados do STJ (Cotejando os vetores acima com o conjunto de julgados do STJ?) que decidiu sobre a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance em casos de erro médico, pode-se extrair a *ratio decidendi* que é utilizada pelo Tribunal e de servir (e serve?) de guia para as instâncias ordinárias.

Em relação aos aspectos temporal e geográfico, não há qualquer dificuldade de na sua identificação (na sua identificação). A *ratio* não possui limitação temporal e aplica-se a todo o território nacional, uma vez que foi construída com base na interpretação e aplicação de lei federal nacional.

Quanto ao aspecto subjetivo, sob a ótica da vítima, esse pode encontrar mais de um conteúdo. Em primeiro lugar, aquele que sofrer o dano da perda de uma chance decorrente de erro médico poderá demandar o lesante com base no aspecto material da *ratio*, mas, também podem se valer da aplicação da teoria os sucessores daquele que sofreu o dano, por herdarem os direitos à memória do ofendido ou, ainda, em face do dano em ricochete.

Por outro lado, o aspecto subjetivo sob a ótica do lesante, refere-se àquele que, por ato omissivo ou comissivo, de forma dolosa ou culposa, subtrai uma chance real e efetiva para que outrem obtenha determinada vantagem ou evite determinado prejuízo.

Já quanto ao aspecto material da *ratio*, à luz dos precedentes do STJ, comporta ele uma grande variante de elementos.

Primeiramente, esse aspecto consiste na condenação de um lesante a promover uma reparação pelo dano causado, o qual, invariavelmente, terá que ser a supressão de uma

chance, real e efetiva, que gera probabilidades, de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

O dano não é o benefício perdido ou o prejuízo sofrido, uma vez que esses sempre são hipotéticos.

O nexa causal deve existir entre a conduta o lesante e a supressão da chance, não se exigindo nexa com objeto final que sofreu dano pela perda da oportunidade.

Tratando-se de doenças raras, incuráveis ou de difícil diagnóstico, tais circunstâncias devem ser sopeadas para fins de identificar não apenas o nexa causal, mas, também, se estava presente uma chance real, séria e efetiva que gerava probabilidades.

Uma opção terapêutica válida que seja escolhida pelo profissional médico dentre diversas outras existentes, ainda que tenha se mostrado inexitosa, não pode ser considerada causadora da perda de uma chance, uma vez que não teria havido qualquer ato doloso ou culposos que seria o causador da retirada da oportunidade.

O STJ, até o momento, não chegou a decidir sobre uma definição de percentuais de probabilidade para fins de admitir, ou não, a aplicação da teoria.<sup>89</sup>

A forma de reparação identificada nos precedentes sempre tem sido uma prestação pecuniária, mas isso não afasta a possibilidade de se imaginar outras maneiras de reparação (uma obrigação de fazer com a concessão de nova chance, por exemplo, obviamente, quando isso for possível).

Esses, então, os aspectos da *ratio decidendi* que o STJ tem utilizado em seus julgados quando aplica a Teoria da Perda de uma Chance em situações de erro médico. Tais aspectos devem servir ao próprio tribunal superior na consolidação ou eventual revisão de sua jurisprudência, bem como, servem de norte para que as instâncias ordinárias produzam decisão em consonância com os precedentes firmados.

## 6. Conclusões

A jurisprudência pátria já possui um arcabouço de precedentes suficiente para permitir que bem se identifique qual é a *ratio decidendi* utilizada pelo STJ ao julgar situações na

---

<sup>89</sup> Em alguns precedentes é feita alusão a “alto grau de probabilidade” (REsp 1254141/PR, DJE 04.12.2012), sem indicar um específico percentual.

quais se pleiteia indenização pela perda de uma chance decorrente de erro médico.

Não se verificam divergências, nos julgados do STJ, a respeito da correta conceituação da teoria, não havendo dificuldades quanto a esse aspecto.

Em relação, especificamente, à prescrição para exercer a pretensão baseada na perda de uma chance, não há um julgado específico sobre o ponto. Entende-se ser relevante que se faça uma distinção para os casos de perda de uma chance de obter uma vantagem e perda de uma chance de evitar um prejuízo, uma vez que, para a segunda situação, a pretensão só surge com a ocorrência do dano efetivo.

Identificar os aspectos da *ratio decidendi* é importante para o próprio tribunal superior na consolidação ou eventual revisão de sua jurisprudência, bem como, servem de norte para que as instâncias ordinárias produzam decisão em consonância com os precedentes firmados.

Não há grandes dificuldades em relação aos aspectos temporal, espacial e subjetivo da *ratio* que aqui foi identificada. Nada obstante, seu aspecto material possui elementos que poderão variar e que sempre dependerão da análise do caso concreto posto a apreciação.

A correta compreensão dessa *ratio*, bem como sua divulgação, são de grande valia para orientar os tribunais de apelação quando tenham que aplicar a teoria e, dessa maneira, a função uniformizadora do STJ será concretizada.

## **Bibliografia**

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito*, 24(1), 2010.

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

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica* (EPUB). Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO, Daniela Pinto de. *Fixação do quantum indenizatório na responsabilidade civil por*

- perda de uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal da Bahia-UFBA, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda e uma chance* (dissertação de mestrado). Universidade Federal do Paraná-UFPR, 2010.
- HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho* (dissertação de mestrado). Universidade de São Paulo-USP, 2011.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais* (E-Book). São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- KREBS, Hélio Ricardo. *A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes* (dissertação de mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, 2018.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2020.
- LUCAS, Laís Machado; FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: análise de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro a partir de um estudo comparado. *Anais da IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação*. Disponível: editora.pucrs.br/.
- MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*: (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin Mendes. *Julgamentos de casos repetitivos: critérios de seleção dos casos paradigmáticos e formação de precedentes*. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- MIRANDA Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte de normas processuais. *Civil Procedure Review*, v. 11, n. 2, mai.-ago./2020.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Welder Queiroz dos. *Ação rescisória por violação a precedente*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo* (EPUB). 5. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(1):65-77, jan.-jun./2009, Unisinos.

STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 8, n. 2, 2008.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014.

VESING, Thomas. *Teoria do direito*: uma introdução. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes*: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

#### **Como citar:**

SILVA, Rafael Santos de Barros e; PINHEIROS, Igor Itapary. Extraíndo a *ratio decidendi* dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que decidiram a respeito da teoria da perda de uma chance em casos de erro médico. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

29.7.2023