

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
Curso de Graduação em Direito

Thaiane de Souza Almeida

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PERDA DE UMA
CHANCE NA SEARA MÉDICA**

Brasília

2016

Thaiane de Souza Almeida

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PERDA DE UMA
CHANCE NA SEARA MÉDICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Mestre Ana Sylvia Pinto Coelho

Brasília
2016

Thaiane de Souza Almeida

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA PERDA DE UMA
CHANCE NA SEARA MÉDICA**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Mestre Ana Sylvia Pinto Coelho
Orientadora

Nome: _____
Titulação: _____

Nome: _____
Titulação: _____

Nome: _____
Titulação: _____

Brasília/DF, 21 de maio de 2016.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que é a minha fonte de inspiração e força em todos os meus dias e que sempre me guiou me mostrando os melhores caminhos.

Aos meus pais Joaquim e Vera, pelo exemplo de força e determinação, por toda educação que me deram, por me ensinarem a ser forte, mesmo nos momentos de fraqueza e por me aprovisionarem do ânimo necessário para os momentos mais difíceis.

Aos meus irmãos Andrey, Tamara e Tatiane pela força e carinho.

Em especial agradeço a duas amigas que me surpreenderam de forma inesperada me amparando em um momento delicado, Maria Betânia e Sarah Melo.

A minha orientadora, Mestre Ana Sylvia, pela paciência e por todo apoio que foi essencial para que isso se tornasse real.

Entre luz e fusco, tudo há de ser breve como esse instante.
(MACHADO DE ASSIS; 2008, p. 195)

RESUMO

A presente monografia pretende apresentar um estudo acerca do instituto da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance em especial na seara médica, que incide na perda da oportunidade que uma pessoa poderia ter obtido, caso outrem não houvesse interferido no resultado futuro. A perda de uma chance busca a indenização da vítima que tinha uma situação séria e possível, que poderia acontecer se não existisse a intervenção de uma terceira pessoa que lhe retirou a oportunidade de obter a situação esperada. Dessa maneira, cabe observar à evolução da sociedade no tocante a necessidade de reparação do prejuízo. Visto isso, com fundamento na jurisprudência e doutrina vigente, este estudo pretende contribuir para a construção de um saber crítico sobre a possibilidade de se responsabilizar por meio da perda de uma chance. Nessa seara, verificou-se o contexto histórico da teoria, a sua aplicação e os julgados que contribuíram para sua adoção no Brasil. Para melhor compreender sua aplicação, apresentou-se um recente julgado que trata da perda de uma chance em um caso de erro médico, onde se verificou a responsabilidade civil do médico salientando o que os magistrados e doutrinadores entendem sobre o “*quantum indenizatório*”.

Palavra-chave: Responsabilidade Civil. Perda De Uma Chance. Erro Médico. Direito Civil.

ABSTRACT

This monograph aims to present a study on the civil liability institute due to the loss of a chance especially in medical harvest, which focuses on the loss of the opportunity that a person could have obtained if others had not interfered in the future result. The loss of a chance seeks compensation of the victim who had a serious and possible situation that could happen if there were no intervention of a third person who pulled you the opportunity to obtain the expected situation. Thus, it should be noted the evolution of society regarding the need to repair the damage. Seen it, based on the jurisprudence and prevailing doctrine, this study aims to contribute to the construction of a critical knowledge about the possibility of taking responsibility through the loss of a chance. In this area, there was the historical context of the theory, its application and judged that contributed to its adoption in Brazil. To better understand your application, presented a recent judged dealing with the loss of a chance in a case of medical malpractice, where there was the civil liability of medical highlighting what judges and scholars understand about the "indemnity quantum".

Keyword: Liability. Loss Of A Chance. Medical error. Civil Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1. Disposições gerais	11
3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	16
3.1. Histórico	16
3.2. Conceito	19
3.3. Aplicação da teoria da perda de uma chance	22
3.4. Adoção da teoria da perda de uma chance no Brasil.....	25
4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	31
4.1. A teoria aplicada a profissionais liberais	31
4.2. Aplicação em caso de erro médico	35
5. JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO TEMA.....	37
5.1. Julgados sobre teoria da perda de uma chance	37
5.1.1. Células tronco	38
5.1.2. Não interposição de recurso.....	40
5.1.3. Show do milhão	42
5.1.4. Erro médico	44
6. INDENIZAÇÃO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	48
6.1. Das teorias adotadas para indenizar.....	48
7. CONCLUSÃO	51

1. INTRODUÇÃO

A vida cotidiana oferece a cada dia, situações diferentes no que se diz respeito ao ato lesivo de uma pessoa e traz à tona o pensamento sobre necessidade de se obter uma reparação, sendo esta a repreensão por meio do ordenamento jurídico em virtude do dano causado a outrem.

Nos tempos do direito romano, a ideia de indenização civil e penal estava expressa na Lei das XII Tábulas, conhecida como penas de Talião. Nelas as reparações civis e penais poderiam ser supridas até mesmo com a própria vida.

Com o passar dos anos e em virtude do desenvolvimento da sociedade, que tinha por necessidade evoluir e se adequar aos novos tempos, se criou o senso de justiça, onde se pôde separar a reparação civil da reparação penal.

No âmbito da responsabilidade civil foi desenvolvida a ideia de dolo e culpa onde se pôde auferir com mais veemência o tipo de indenização a ser aplicado em cada caso típico.

Neste sentido, esta monografia tem por finalidade a contribuição na construção de um conhecimento crítico acerca da Responsabilidade Civil em decorrência da Perda de Uma Chance, tema este, que vem tomando grande repercussão na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Em especial, este trabalho desenvolve um entendimento acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, analisando um recente julgado, qual seja o REsp nº1.254.141- PR do Superior Tribunal de Justiça.

Entende-se pela teoria da perda de uma chance como sendo a indenização da oportunidade que uma pessoa retirou de outra, no decurso de um processo aleatório, sendo não mais possível retornar ao que se era pretendido, restando, portanto, a obrigação da reparação do mais próximo do *status quo ante*.

Doutrinadores, como Rafael Peteffi, Sergio Savi, Daniel Carnaúba entre outros, respaldam que essa oportunidade que foi ceifada não pode ser uma chance meramente hipotética, ela deve ser real e séria.

Como exemplos clássicos por vezes citados pelos doutrinadores, a perda de uma chance pode ser aplicada aos casos em que um advogado deixa de apresentar um recurso devidamente cabível que retira de seu cliente a possibilidade de ter seu recurso apreciado.

Neste diapasão, este estudo foi direcionado para a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance especificamente em um caso de erro médico, onde o profissional deixou de utilizar os procedimentos específicos em uma paciente diagnosticada com câncer, retirando assim, a oportunidade de se alcançar a cura ou a sobrevida.

Nestes termos, pretende-se analisar com cautela a possibilidade do emprego do instituto e a forma de se indenizar por esta via, nos termos do acordão estudado.

Esta pesquisa foi realizada por meio da doutrina vigente, na busca jurisprudencial através do site do Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais de Justiça do Brasil, artigos científicos publicados e a legislação vigente.

Este trabalho abordará em um primeiro momento, o conceito geral acerca da responsabilidade civil e sua aplicação pela teoria da perda de uma chance, elucidando o histórico, bem como os primeiros processos, onde nasceu e como foi trazida ao Brasil.

A seguir, almeja-se ressaltar a aplicação teoria da perda de uma chance a profissionais liberais, tais quais: advogados e médicos, e depois à sua aplicação em um caso específico de erro médico.

Com a finalidade de enriquecer o trabalho, citam-se a jurisprudência atual sobre a teoria da perda de uma chance, inclusive julgados e seus entendimentos no Brasil, EUA, Itália e na França, este último, onde nasceu o instituto em meados dos anos 40, bem como, o acordão que repercutiu nos tribunais brasileiros e ganhou

notoriedade que ficou conhecido pelo julgado do programa televisivo do “Show do Milhão”.

Por fim, este trabalho leva em conta os entendimentos doutrinários sobre como se pode indenizar à vítima que sofreu danos tipificados pela teoria da perda de uma chance e como os grandes operadores do direito têm entendido, sob a luz do ordenamento jurídico atual e os recentes julgados.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil no decorrer da história passou por evoluções, e atualmente, dentro do sistema legal do direito brasileiro, materializa-se da relação de nexo de causalidade existente entre a conduta ilícita do agente e o dano sofrido pelo sujeito passivo. Assim, partindo desse pressuposto, o presente trabalho, ao aprofundar na aplicação da perda de uma chance, irá basear-se na responsabilidade objetiva ou subjetiva, a depender da natureza jurídica do agente responsável pelo ilícito civil.

A responsabilidade civil é classificada tanto como contratual, no caso de haver vínculo existente, que possibilita aferir o dano e a culpa na proporção daquilo que fora pactuado, quanto como extracontratual, que configura-se na hipótese de dano a direito subjetivo.

A seguir, irá apresentar as disposições gerais acerca da responsabilidade civil e sua devida aplicação.

2.1. Disposições gerais

A noção de se responsabilizar advém dos eventos cotidianos do homem, que evita crer no inevitável, no acaso, no fadário, buscando sempre um culpado pelos danos ou prejuízos que ele padece. (WALD, 2012)

Lato sensu, a responsabilidade civil é a repreensão oferecida por meio do ordenamento jurídico civil, como forma de reparação de um dano causado por outrem. É a forma pelo qual o direito civil ampara a vítima, que sofreu um dano, seja de ordem material ou moral, para que seja indenizado e tenha seu prejuízo retornado ao *status quo ante*, ou ao mais próximo a isso possível. (TARTUCE, 2014)

Flávio Murilo Tartuce Filho (2014, p.449), ressalta que a responsabilidade civil nasce pelo “descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra

estabelecida em contrato ou por deixar uma determinada pessoa de observar um preceito normativo da vida”.

Nestes termos, Tartuce (2014) salienta que o instituto da responsabilidade civil surge em detrimento da *Lex Aquilia de Dammo*, no fim do sec. III A.C. Esta lei é originada no Direito Romano que punia o causador do dano sem qualquer observância de sua ofensa. Quando alguém causava dano a outrem era punido conforme descrito nas *Leis das XII Tábulas*, conhecida como *penas de Talião*. A lei é conhecida até os tempos recentes pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

Ressalta o referido autor, que a punição nem sempre trouxe formas justas e dignas para serem julgadas, uma vez que não era possível verificar a real culpa ou dolo existente na conduta do agente. Via de regra, se houve um dano, haveria reparação e seria conforme descrito nas Tábulas.

Tendo em vista a evolução da sociedade e a necessidade em que carecia o momento em questão, se tornou proibido a justiça pelas próprias. Difundiou-se, então, a responsabilidade nas searas cível e penal, sendo que esta primeira era por meio de indenização e a segunda por meio das penas. (TARTUCE, 2014)

A partir dessa progressão constituiu-se a responsabilidade civil por meio do instituto da culpa. Desta feita, foi com base nas regras instituídas pelo Direito Comparado, que passou a reger a modalidade de responsabilidade civil por culpa, na França em meados de 1804 e posteriormente adotada no Ordenamento Civil Brasileiro de 1916, atualizado no Código Civil de 2002. (TARTUCE, 2014)

Para Sérgio Cavalieri Filho (2010), o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito.

Neste entendimento, Arnaldo Wald (2012) assevera que para configurar a responsabilidade civil devem ser observados três elementos essenciais, quais sejam: a conduta do agente, o dano sofrido pelo lesado; e o nexos de causalidade.

O referido autor explica que a conduta do agente é o comportamento traduzido em um ato imputável por uma ação ou omissão, ou seja, cabe-se observar a negligência, imprudência ou imperícia. (WALD, 2012)

Para Wald (2012, p.156) o dano é uma perda efetiva, isto é, aquilo que lhe foi ceifado, tirado. Saliencia o doutrinador em comento, que “a simples ilegitimidade ou irregularidade de uma conduta imputável, sem a ocorrência concreta de um prejuízo, não permite a responsabilização do agente, mas, tão só, se e quando for o caso, a invalidade do ato”.

Já o nexos causal consiste no resultado da conduta do agente com o dano sofrido, isto é, o vínculo criado entre a causa e o efeito. Entretanto, não se faz imperativo que o dano seja o resultado imediato do ato ou fato, mas que o fato ou o ato não aconteceria se não tivesse ocorrido a atitude do terceiro. (WALD, 2012)

Em outro diapasão, como primeiro parâmetro de responsabilidade civil, Cavalieri Filho (2010) cita os deveres jurídicos originários e sucessórios.

Quando alguém comete ilícito a outrem, muito oportunamente deverá gerar um dano a essa pessoa, constituindo um novo dever jurídico, conhecido por alguns doutrinadores por dever primário (originário). Dessa violação, nasce a obrigação de reparação, que é o dever jurídico secundário (sucessivo). (CAVALIERI FILHO, 2010)

Neste diapasão, Sergio Cavalieri (2010), demonstra as primeiras noções acerca da responsabilidade civil, como sendo um dever sucessório, a título de contraprestação, decorrente da violação de um direito primário.

Cavalieri apresenta a distinção entre obrigação e responsabilidade, onde a obrigação nasce do dever jurídico originário, já a reponsabilidade consiste no dever jurídico sucessório.

O mencionado autor elucida da seguinte forma:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará um dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (FILHO; CAVALHIERI, 2010, p. 2)

Assim, é possível exprimir a importância na distinção da obrigação e da responsabilidade, tendo em vista que o dever jurídico originário é subjacente às

obrigações, ou seja, das relações, compromissos, entre outros e acarretam na responsabilização pelo dever jurídico sucessório. (CAVALIERI FILHO, 2010)

Ainda nesta seara, Cavalieri (2010) classifica a responsabilidade civil em: contratual ou extracontratual.

O aludido autor corrobora que a responsabilidade civil contratual diz respeito a um vínculo preexistente sendo aquele oriundo de contratos, negócios jurídicos, acordos de vontades. Ressalta que o dever de indenizar surge a partir da violação deste vínculo obrigacional, que é originado pelo inadimplemento, isto é, ilícito contratual (CAVALIERI FILHO, 2010).

Por outro lado, Cavalieri Filho (2010) ressalta que a responsabilidade civil extracontratual é oriunda da lesão de direito subjetivo, sem haver entre vítima e ofensor qualquer vínculo contratual ou relação jurídica. O ilícito se dá pela transgressão da lei e o doutrinador em comento adota a nomenclatura de ilícito extracontratual, aquiliano ou absoluta.

Flávio Tartuce (2014) salienta que a responsabilidade civil poderá ser subjetiva ou objetiva.

O doutrinador em referência corrobora que o ordenamento civil brasileiro adota a teoria da culpa, a qual consiste na comprovação da culpa genérica, onde inclui o dolo e a culpa em sentido restrito, isto é, classifica a responsabilidade civil subjetiva analisando os institutos da imprudência, negligência ou imperícia.

Nos mesmos termos, Tartuce (2013) explica que a responsabilidade civil objetiva, está expressamente regida no art. 927 do Código Civil, parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O Código Civil Brasileiro é taxativo. Nele a responsabilidade é expressa e objetiva autônoma de culpa, tendo em vista a aplicação da teoria do risco, posto que

independentemente de culpa o autor do dano deverá responder por suas condutas e os riscos que elas oferecerem a outrem.

Por fim, Tartuce (2014) assevera que a responsabilidade civil, principalmente no que tange a teoria do risco adotada no Brasil, no ordenamento jurídico vigente, afasta a culpabilidade, ou seja, o indivíduo se torna responsável pelos seus atos.

Outrossim, o homem não poder ser observado a partir da premissa de que é sempre aquele que procede do bem, mas que pode proceder como bem entender, desde que arque com os danos causados por suas condutas. Por esse motivo, caberá adentrar no contexto histórico da teoria da perda de uma chance, para enfim, observar sua aplicação.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A chance perdida tem como base o ato que uma pessoa praticou em detrimento de outra que se não houvesse acontecido, possivelmente a vítima alcançaria seu objetivo.

Observando o contexto histórico da teoria da perda de uma chance, nota-se que o instituto advém do direito francês e que, inicialmente, demonstra certa insegurança acerca de como irá se comprovar o fato constitutivo do direito baseado em uma hipótese de perda de algo que se poderia ter, mas não se materializou. Contudo, ao adentrar nos seus parâmetros é possível perceber que as bases para a sua formulação são concretas, motivo pelo qual vem sendo amplamente adotada no Brasil, cuja legislação é positivada.

Ademais, cabe ressaltar sobre o que os doutrinadores brasileiros entendem responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil, assim como suas origens.

3.1. Histórico

Quando se fala em chance vem à mente as palavras que deduzem probabilidades, incertezas, possibilidades. Sem dúvidas uma expressão que inquieta e faz refletir se há que considerar que dado evento poderia ou não existir. (CARNAÚBA, 2013)

Daniel Amaral Carnaúba (2013) explica que os eventos fortuitos dos quais por definição a lei é ignorada, podem ser divididos em duas espécies de incógnitos que podem dar ensejo as chances, quais sejam: o estado de ciência que é determinado pela ignorância e; as leis da natureza que regem o fato ponderado.

Noutras palavras, de um lado é observado o conhecimento das leis a um caso concreto, de outro, o desconhecido que atinge o saber ontológico que faz com que a descrição do fenômeno seja imperfeita.

Desta feita, Carnaúba (2013, p.5) ressalta que: “é justamente por depender de um fator desconhecido que o evento aleatório se opõe a dominação absoluta do homem sobre a realidade”. O homem não possui domínio sobre tudo, tampouco aos acontecimentos futuros. Não há como determinar que as consequências de seus atos estão sempre sob seu domínio.

O autor em comento ressalta que na busca incessante, porém fracassada, de se encontrar respostas para o incompreensível, o homem, ante os mistérios da vida, por vezes se entrega ao sobrenatural.

Carnaúba (2013) corrobora que a religião neste sentido se torna um conforto diante daquilo que foge ao domínio humano, isto porque o desconhecido parece estar acima de nós, originando o conformismo e a aceitação de que foi Deus quem quis assim.

Nesse sentido o doutrinador apresenta a ideia do desconhecido à área do Direito, salientado que “Uma sociedade que não se opõe às explicações sobrenaturais terá mais facilidade em consagrar como justas situações que decorrem de fatos puramente aleatórios” (CARNAÚBA, 2013, p. 6).

Isto é, se não há uma sociedade racionalista, o simples fato dos acontecimentos e imprevistos serão sempre julgados pelo que é místico. Quando se tem uma ideal racionalista, o sobrenatural não serve mais para julgar o desconhecido. A partir de então, com a evolução e conhecimento do homem, poderá ser construído um domínio que tornará a negação desse controle a própria incerteza, que eliminará o místico criando preceitos próprios. (CARNAÚBA, 2013)

Em face da neutralização do desconhecido surge no direito francês a ideia de se indenizar pela chance perdida, não mais entendendo que o sobrenatural e o acaso desejaram que determinado evento tivesse certo fim, mas com uma visão

mais crítica, entendendo que os atos podem determinar o resultado. (CARNAÚBA, 2013)

Carnaúba (2013) demonstra que os julgados mais antigos sobre a perda de uma chance, foram registrados na França no fim do século XIX. Essas decisões eram desconcertadas e por vezes revelava uma jurisprudência insegura.

Com a evolução dos tribunais franceses, em meados de 1930, os doutrinadores consolidaram o entendimento da chance perdida.

A doutrina francesa aponta como sendo o mais antigo julgado sobre chance perdida, o acórdão proferido em 17 de julho 1889, pela Câmara de Recursos da Corte de Cassação.

Daniel Carnaúba (2013) salienta que este julgado nada tem a ver com a chance perdida e que o primeiro julgado somente viria em 1932, por meio de uma decisão em segunda instância, que condenou um notário por privar a chance de seu cliente de possuir a propriedade rural que desejavam. O relator sustentava que em razão da falha do exercício da profissão do notário, analisando o nexo causal, o ato culposos e o prejuízo, se pôde concluir que o ato ensejou na perda da chance de adquirir a propriedade.

Insta salientar os ensinamentos acerca da teoria, pela visão do doutrinador Sergio Savi (2012). O autor expõe a teoria da perda de uma chance na Itália, que foi objeto de estudo em 1940.

O autor apresentado, afirma que assim como na teoria francesa, a perda de uma chance para os doutrinadores italianos seria uma forma de se responsabilizar civilmente por um ato ilícito que privou a vítima de obter certas oportunidades.

Todavia, diferente da teoria que ganhou espaço nos tribunais franceses, a perda de uma chance na Itália ressaltava especificamente as privações que a vítima teve em face de ilícito de terceiro sob a ótica do seu patrimônio. Ou seja, só auferia a chance perdida em casos que a vítimas tivesse um dano patrimonial.

O doutrinador assevera que a justificativa para tal afirmação é que ao contrário do direito francês, o direito italiano naquela época entendia que a reparação do dano estava limitada aos danos patrimoniais e não a qualquer tipo de dano.

Assim, para o autor, com a evolução do conhecimento doutrinário acerca da teoria, na Itália, nasce o entendimento da aplicação da perda da chance mais como uma espécie de dano emergente e não de lucro cessante tendo em vista a possibilidade de se existir uma vantagem. (SAVI, 2012)

Para compreender o emprego da teoria da perda de uma chance se torna imperativo conhecer os conceitos que solidificam o entendimento.

3.2. Conceito sobre a Teoria da Perda de Uma Chance

Flávio Tartuce (2013, p. 510) conceitua a perda de uma chance como sendo a hipótese de “quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal”. Buscando essa lógica o doutrinador afirma que essa chance deve ser séria e real.

Noutro sentido, para o doutrinador Daniel Amaral Carnaúba, (2013, p.17) a perda de uma chance está mais ligada ao entendimento de que seria uma nova forma que a responsabilidade civil encontra para indenizar um prejuízo. Nesse sentido, ensina que a teoria seria uma categoria reconhecida como tantas outras, tais como: lucro cessante, prejuízos estéticos, danos morais, danos materiais.

Carnaúba (2013) entende que diferentemente das demais formas de reparação, a jurisprudência francesa trouxe uma técnica precisa e definitiva de se indenizar por eventos aleatórios provocados pela incerteza, o qual favoreceria não somente a vítima, mas todo o sistema de reparação.

O referido autor ressalta que a perda de uma chance seria uma técnica de reparação. Abrangendo este conhecimento, a partir da aplicação da técnica da

perda de uma chance, abranger-se-iam as situações aleatórias considerando-as como oportunidades indenizáveis.

Poderíamos assim retomar nossa afirmação inicial: em vez de construir uma espécie de prejuízo, a perda de uma chance será mais bem definida como uma técnica decisória, que, por meio do deslocamento da reparação, visa superar as insuficiências da responsabilidade civil diante dos conflitos envolvendo lesão a interesses aleatórios. Por meio da técnica, a responsabilidade cessa de se preocupar com a intangível vantagem aleatória desejada e passa a considerar a chance perdida como objeto a ser reparado. (CARNAÚBA, 2013, p. 20 e 21)

Em outras palavras, a perda de uma chance seria uma técnica que afasta a classificação como prejuízo e acolhe de imediato a reparação, tendo em vista que não se encaixaria como um prejuízo igual a lucros cessantes, por exemplo, mas como suprimento da responsabilidade civil a ser reparada.

De outro lado, Sergio Cavalieri Filho (2010) salienta que a teoria da perda de uma chance guarda certa relação com o lucro cessante, tendo em vista que o ilícito retira da vítima a chance de se possuir uma situação futura melhor.

Este autor explica que: “caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima [...]”. Cavalieri entende que a chance é a probabilidade de se obter um lucro ou evitar uma perda, por isso a semelhança ao lucro cessante.

Ainda segundo Cavalieri Filho (2010), para que seja caracterizada a perda de uma chance, a oportunidade de se obtê-la deve ser circunspecta. Deve haver ao lesado chances concretas de se possuir a situação futura esperada.

Assim, para o doutrinador em comento, a indenização será qualificada por um prejuízo material ou imaterial de um fato consumado não se tratando apenas de uma hipótese ou mera expectativa. Devem ser verificado se a chance poderia ser efetivada, caso a atitude de terceiro não tivesse desviado o objetivo.

Por outro lado, Cavalieri (2010) ressalta que não é correto considerar a chance como algo de resultado certo, mas observar as possibilidades de se alcançar um resultado ou até evitar danos.

Ressalta ainda que é imperativo fazer uma distinção entre resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo.

Adentrado brevemente na seara médica, Cavalieri (2010, p. 395), conceitua a perda de uma chance, como uma forma de se indenizar, sendo a “*perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem [...] perda de uma chance favorável no tratamento*”.

Para este doutrinador a chance que se perde em decorrência de ato danoso do médico é a de se ter uma possibilidade de cura e não a continuidade da vida.

Saul José Busnello e Jair Weinrich (2013) definem que a perda de uma chance para o direito francês é uma espécie de dano, que é determinada pela conduta de uma pessoa que priva da vítima a obtenção um benefício futuro.

Em outras palavras, a perda de uma chance se caracteriza como uma limitação entre o certo e o incerto, o que pode acontecer e o que aconteceria de fato, onde se observa o ato antijurídico que interfere no curso normal dos eventos de uma forma que não se pode mais obter algo que se deseja.

[...] constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. (BUSNELLO; WEINRICH, 2013, p.03)

Os citados autores asseguram que a perda de uma chance é um fato incerto que pela intervenção uma terceira pessoa, a vítima se encontra privada de obter certa vantagem ou ainda de poder ao menos participar da possibilidade de ser possuir certa vantagem.

Nesse sentido, ou doutrinadores mencionados raciocinam que a conduta antijurídica do agente, retira da vítima a possibilidade de se possui determinada oportunidade. A indenização deverá ser constituída apurando as projeções dessas

perdas, desde o momento em que o agente deu causa até o tempo final, ou seja, não se trata de mera expectativa, deve haver chances reais constituídas.

Busnello e Weinrich (2013, p.4), salientam por fim, que se trata de um dano presente perdido no exato momento da conduta ilícita do agente.

Em suma, como entendido, a perda da chance deve ser séria e real de uma possível oportunidade. Ademais, além de certo grau de seriedade a teoria corrobora que existem determinados quesitos que determinam sua real aplicação.

3.3. Aplicação da teoria da perda de uma chance

Ante as explanações abordadas até agora, pode-se observar de forma sucinta que a perda da chance é a expectativa real e séria daquilo que se pode denominar como oportunidade de ganho ou dano final, no curso de um processo aleatório. Este processo seria interrompido por um ilícito de terceiro, levando a vítima à uma situação de chance perdida face a um evento possivelmente favorável.

Visto isto, aplicação da teoria da perda de uma chance carece de uma veracidade em face da tal probabilidade a ser obtida, que poderá ser conferida por meio de estatística, apuradas por meio das possibilidades reais que se teria de alcançar caso não tivesse sido lesado.

Nesse diapasão, nos tribunais estrangeiros, assim como no Brasil têm fixado alguns parâmetros para a correta aplicação da teoria.

Rafael Pateffi Silva (2013) explica que para que a perda de uma chance demonstre seu caráter indenizável, deve-se restar confirmada o grau de seriedade das chances.

Estas chances devem ser comprovadas restando evidente que a chance poderia ser real. Os tribunais americanos vêm adotando percentuais estatísticos que demonstram que haveria reais chances de possuir a vantagem, em especial na seara médica, que tem seus julgados por vezes desencorajados pela falta de estatísticas seguras nessa área. (SILVA, 2013)

No que tange a seara médica, os tribunais americanos, face ao seu sistema causal, no tocante a responsabilidade civil pela perda de uma chance, só será aplicada em casos em que o médico retire da vítima 51% das chances de um paciente sobreviver, pois restaria evidenciado o nexos causal do agente, no caso o médico, e o dano final. Os casos que possuem menos de 50% de possibilidades de constituir a chance, não são verificados nas demandas judiciais daqueles países. (SILVA, 2013)

Nos tribunais franceses a teoria da perda de uma chance admite uma vasta aplicação, passando pelas áreas: empresarial, judicial, trabalhista, cível, etc.

O mencionado autor ressalta que a jurisprudência francesa tende a analisar com maior rigor os casos de danos futuros e que levando em conta o critério estatístico para auferir a veracidade das chances, os tribunais italianos se encontram opostos ao que entende a jurisprudência americana e francesa.

Para os tribunais italianos, a veracidade das chances seria determinada se a vítima provasse que possuísse menos de 50% de possibilidade de alcançar a chance, isto quer dizer que o agente ceifou 50% das chances da vítima já poderia responder por dano certo, ou seja, dano emergente ou lucros cessantes. Para Peteffi (2013) os tribunais italianos não teriam argumentos sólidos para negar ações de indenização àqueles que possuem 10%, 20%, 30% e etc, de chances.

Tendo em vista que responsabilidade civil pela perda de uma chance só é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexos causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem, se torna imperativo a análise a aplicação da quantificação das chances. (SILVA, 2013)

Dessa forma, em face da incerteza do resultado Rafael Peteffi Silva (2013, p.143), ressalta que a reparação pela perda da chance “sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima”.

Isso quer dizer que por se tratar de uma probabilidade estatisticamente comprovada, a chance perdida deve ser igualada a possibilidade de vitória e não ao

resultado esperado como se ela efetivamente tivesse sido alcançada, não podendo se reparar integralmente.

Silva (2013) observa que outro aspecto a ser analisado para a aplicação correta da teoria, será a combinação de eventos aleatórios.

Casualmente para considerar a perda da chance, tem-se observado apenas um fato aleatório que constitui na perda da oportunidade. Todavia, o autor salienta que em algumas hipóteses, deve ser levado em conta o cálculo de dois ou mais eventos aleatórios.

Quando dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de um evento a probabilidade de tal evento acontecer decresce exponencialmente. A regra que determina a junção de dois ou mais fatores aleatórios pode ser descrita da seguinte forma: a probabilidade de o primeiro evento ocorrer, multiplicado pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de se saber se o primeiro evento de fato ocorreu. (SILVA, 2013, p. 146)

Isto porque, com fulcro no entendimento dos tribunais americanos, deve ser observado se o primeiro evento aleatório se tornou comprovado pelo segundo. A partir de então, teríamos uma possibilidade de construir uma oportunidade.

Silva (2013) elucida a aplicação da teoria com o exemplo de um médico que na primeira consulta falha em deixar de indicar um exame a um paciente que está com câncer terminal e teria 55% de chances de possuir uma sobrevida normal, caso diagnosticado corretamente.

Em virtude da localização do câncer, a chance do referido exame diagnosticar a doença não era de 100%, mas de somente 85%. Assim, insta analisar os dois fatores em jogo: um de que não era absolutamente certo que o paciente viveria após o diagnóstico tempestivo; dois que o exame levaria à um diagnóstico correto. Dessa forma a chance da sobrevida pedida é de 46,75%, porque multiplicando as possibilidades de sobrevida de 55%, pela chance de diagnóstico correto, 85%, teríamos a expectativa de sobrevida, ou seja, $0.85 \times 0.55 = 0.4675$.

Nestes termos, poderia ser entendido pela aplicação da teoria tendo em vista a comprovação do nexo de causalidade ressaltando a falha do médico.

Em suma, diante de tudo o que se foi apresentado até agora, foi possível observar as diversas formas de aplicação da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance, por meio dos entendimentos dos tribunais estrangeiros. Desta feita, ainda há que se compreender como a referida teoria vem sendo aplicada no Brasil e como os doutrinadores e magistrados têm compreendido o instituto da perda de uma chance.

3.4. Adoção da teoria da perda de uma chance no Brasil

A teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço nos tribunais brasileiros, assim como, nas doutrinas e trabalhos acadêmicos. (SAVI, 2012)

No Brasil, a perda de uma chance ganhou diversas interpretações pelos doutrinadores que divergem entre as correntes francesa e italiana e suas diversas adaptações pelo mundo.

A teoria já possui notoriedade e aceitabilidade pelos operadores do direito brasileiro, que a cada dia têm reconhecido e adotado a teoria como um meio para suas demandas. (SAVI,2012)

Sergio Savi (2012) explica em sua obra, que de acordo com seus estudos, até 2006, a teoria da perda de uma chance não havia sido objeto de pesquisa aprofundada pelos operadores do direito civil no Brasil, salvo pelo também doutrinador Rafael Peteffi da Silva, em seu trabalho acadêmico para o mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O mencionado autor salienta que os demais doutrinadores se restringiam apenas a breves comentários.

O citado autor assevera também, que nos tempos atuais se torna fácil encontrar, até mesmo por uma rápida navegação na internet, trabalhos acadêmicos, artigos científicos, publicações, decisões judiciais, entre outras obras que tratam do tema.

Entretanto, respalda que além da teoria ter ganhado espaço e notoriedade no país, o tema ainda é tratado com certa superficialidade, mas que mesmo os autores clássicos, assim como os modernos, aceitam a aplicação da perda de uma chance no ordenamento brasileiro e cita as posições dos maiores doutrinadores do Direito Civil Brasileiro e como eles têm adotado a teoria. (SAVI, 2012)

Primeiramente, insta salientar as referências Agostinho Alvim (1965) que defende a tese da teoria da perda de uma chance em um caso de contrato advocatício. O caso tratava de uma situação em que o causídico deixou de interpor um recurso, devidamente cabível, em que poderia defender os direitos de seu cliente. Neste caso o autor entende que este dano seria passível de prova de certeza e quantificação lembrando a ideia dos lucros cessantes.

José de Aguiar Dias (1995) também defende a teoria no âmbito da responsabilidade civil do advogado. O autor faz menção a um julgado de 1936, do Tribunal de Justiça de São Paulo que teria decidido que a simples possibilidade de ser reformada a decisão, por meio de recurso, que por imperícia do advogado que não apresentou o preparo no prazo legal, ensejou no não conhecimento e apreciação do recurso.

Para José de Aguiar Dias, pelo entendimento do referido julgado, este autor corrobora com o entendimento de Agostinho Alvim, quando raciocina que teoria da perda de uma se aplicaria como uma espécie de lucros cessantes, visto que o evento em epígrafe seria um típico caso de responsabilidade civil em razão de negligência, ou seja, por descuido do causídico foi retirada a chance de se ter o recurso apreciado.

Em contrapartida o entendimento de Savi (2012) é destoante do entendimento dos referidos autores vez que crê que esta conclusão é equivocada, pois, ainda em análise ao o julgado em apresentado por Agostinho Alvim, a prova desse dano pelo cliente seria muito difícil de ser produzida, por isso não há que falar em condenação.

Prosseguindo, Antônio Jeová Santos (1997) corrobora com a noção de dano, que para ter caráter indenizável deve ser certo, embora impossível de se quantificar matematicamente.

O referido autor defende que esse dano está ligado ao grau de ofensa que causou à vítima, seja, vergonha, constrangimento, humilhação, entre outros. Isto é a certeza do dano estará vinculada a consequência que o originou.

Nestes termos o autor mencionado ressalta que também há que se considerar a probabilidade de um dano futuro, que também é certo e indenizável, ou seja, em decorrência de ilícito de terceiro, se é retirada a oportunidade de provavelmente se obter um benefício. (SANTOS, 1997)

Assim, o citado autor assevera que o constrangimento, a dor, a humilhação da perda pode ser prolongada até o futuro, por esse motivo haverá de ser indenizado pela perda de uma chance, no âmbito do dano moral futuro, por ter esses sentimentos delongados em detrimento da perda da oportunidade de se obter determinada coisa. (SANTOS, 1997)

Silvio de Salvo Venosa (2015) também comunga com o entendimento de que na teoria da perda de uma chance, as chances devem ser sérias e reais. Neste ponto, vê a necessidade de se determinar a culpabilidade do agente para que seja verificado o tipo de dano, observado cada caso típico, a fim de se evitar o enriquecimento injusto. Assim, salienta o seguinte ensinamento in litteris:

Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa.

[...]

Para que a ação não se converta em instrumento de enriquecimento injusto para a vítima, os limites da indenização estão estabelecidos no art. 402:

“Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O dispositivo estabelece os limites dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Quando a expressão do dano é exclusivamente moral, a discricionariedade do juiz, já ampla na responsabilidade aquiliana, avoluma-se consideravelmente. (Grifos não dos nossos) (VENOSA 2015 p.45)

Verifica-se portanto, que o mencionado autor admite a teoria da perda de uma chance como sendo uma terceira espécie de indenização, que estaria entre o dano emergente e lucro cessante e entraria também como dano ressacável.

Para Sergio Cavalieri Filho (2010) a perda de uma chance guarda certa relação com lucros cessantes, nos termos da teoria francesa, o agente retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, noutras palavras, a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Nestes termos o referido autor também adota a teoria da perda de uma chance como a possibilidade de se gerar danos de naturezas distintas, patrimonial e extrapatrimonial que deverá ser analisada em um caso concreto.

Questiona o mencionado doutrinador, se a perda de uma chance deveria ser indenizada como dano moral ou material? Se material seria dano emergente ou lucros cessantes?

Para Cavalieri Filho (2010), grande parte dos tribunais vem indenizando a perda de uma chance como dano moral. Todavia, alguns doutrinadores e juristas têm o entendido o instituto como um terceiro gênero, estaria a perda da chance entre o dano emergente e lucros cessantes.

Cabe salientar também os ensinamentos Sergio Novais Dias (1999) como sendo o precursor no Brasil a tratar da teoria da perda de uma chance na seara da responsabilidade civil do advogado.

O autor em comento ressalta que na área da negligência do advogado a perda de uma chance abrange duas questões em que pela teoria não se seria possível resolver um problema, pois o instituto conduziria a um resultado injusto.

Segundo Sergio Novais (1999), a perda de uma chance no que tange a profissão do advogado, estaria relacionada a situação onde “nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou para sempre, de examinar a pretensão de seu cliente.” (NOVAIS DIAS, 1999, p.43)

Visto isto, existem duas situações que levariam a não aplicação da teoria: quando o cliente perde a oportunidade em razão da falha de seu advogado, em ter sua pretensão examinada em juízo e; em ver reformada uma decisão que desfavorável, mas que cabia recurso.

A primeira situação diz respeito as hipóteses de não se tendo a certeza do resultado, não se pode ter certeza do dano. Trataria do advogado como sendo isento de reponsabilidade, por atos e omissões no exercício da profissão, o que poderia causar danos não ressarcidos aos seus clientes.

A segunda trata da responsabilidade do advogado como sendo integral e total pelo resultado. Esta situação torna injusta a responsabilidade do advogado, vez que demonstra que poderia haver situações em que os próprios clientes desejariam que o causídico deixasse passar *in albis* um prazo, ou até mesmo que ele falhasse na demanda deixando de interpor recursos e ai por, mas frágil que fossem seus direitos poderiam reivindicar a indenização.

Essa última circunstância, vista para o autor como “situação de loteria”, prejudica o advogado, pois responsabiliza integralmente pela vontade que evidencia um caminho mais fácil para o cliente obter o resultado. (NOVAIS DIAS, 1999)

Sergio Novaes (1999) adere à teoria da perda de uma chance aplicada ao advogado, mas salienta que deve ser evidenciada a possibilidade de a perda ser real, analisando caso a caso. Como, por exemplo, se o causídico deixar de impetrar determinado recurso, deve ser verificada a seriedade das chances de se ter o recurso provido, e só assim poderia ser aplicada a indenização. Em caso de as chances de êxito na demanda ser remotas, teria a pretensão da indenização desconsiderada.

Tendo em vista essa ótica da necessidade de certeza na demanda, o autor entende que a perda da chance também está inserida no conceito de lucros cessantes.

Para Rafael Peteffi da Silva (2013) que é adepto da teoria da perda de uma chance legitimado às doutrinas francesa e norte-americana.

O referido autor acredita que a teoria da perda de uma chance estaria dividida em duas vertentes: uma como um conceito específico de dano e a outra como o conceito de causalidade parcial em relação ao dano final.

Nestes termos, para Peteffi da Silva (2013) a primeira classificação da perda de uma chance se dá em um processo aleatório que é interrompido por terceiro, onde a vítima tem a perda definitiva da oportunidade esperada. Assim, se tem um dano específico e anônimo. A outra se dá em um processo aleatório que é interrompido, mas não tira todas as chances da vítima, podendo ela ainda alcançar a vantagem esperada.

Assim, discorre o autor que neste último caso é retirada da vítima apenas poucas chances de se obter o resultado, sendo ainda possível que este seja alcançado. (PETEFFI DA SILVA, 2013).

Fernando Noronha (2010) a teoria da perda de uma chance, para sua melhor aplicação ela deve ser didaticamente dividida em possibilidades que se tornariam modalidades de chances, quais sejam: “frustração da chance de obter uma vantagem futura”, “frustração da chance de se evitar um prejuízo futuro”, e “frustração da chance de se evitar um dano que aconteceu”, sendo esta última modalidade estaria subdividida em “perda de uma chance de se evitar que outrem sofresse um prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação”. Elas serão aplicadas em cada caso específico.

Para Noronha (2010) o instituto também respaldado nos casos de danos específicos e que se concretiza como sendo uma nova forma de se indenizar.

Diante da controvérsia de entendimentos dos doutrinadores, restou comprovado que a teoria da perda de uma chance já tem seu espaço nas demandas judiciais brasileiras e já são invocadas pelos operadores do direito. Desta feita, cumpre estudar aplicação do instituto, especificamente na seara médica.

4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No Brasil, a aplicação da teoria da perda de uma chance vem se destacando, em especial, na seara médica. Nessas circunstâncias, observa-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance no tocante ao ato ilícito do erro médico, é oriunda da atitude que poderia ter sido evitada caso o profissional desenvolvesse sua atividade fazendo uso do conhecimento técnico pertinente à área da medicina.

Igualmente, a possibilidade do êxito é o fator decisivo para que se condene o autor do erro pela aplicação da teoria da perda de uma chance, vez que exige dilação probatória a fim de se calcular a proporção do êxito. Visto isto o presente estudo apresenta a aplicação da comentada teoria, acerca dos entendimentos doutrinários na seara dos profissionais liberais.

4.1. A teoria aplicada a profissionais liberais

Como visto no tópico anterior, a teoria da perda de uma chance ganhou seu espaço na doutrina brasileira.

Surge então a questão da aplicação da perda de uma chance face aos profissionais liberais.

Com fulcro no artigo científico de Saul José Busnello e Jair Winrich, (2013), a responsabilidade civil com o intuito de resguardar a vítima, que sofre eventuais danos, poderá invocar o instituto para também protegê-la dos ilícitos cometidos por profissionais liberais, como médicos e advogados, visto que estes desenvolvem atividades de risco que tem potencial provocação de prejuízos.

Como exemplo, temos o erro médico, que poderá retirar da vítima a vida ou sobrevida, ou ainda, chances de cura; e do advogado, como já falado neste trabalho com a perda de prazo que poderá ceifar da vítima chances de ter analisado seu recurso.

Os citados autores salientam que “quem oferece ao público serviço técnico especializado deve possuir e aplicar todas as modernas técnicas disponíveis, bem como desempenhar suas funções com prudência e perícia”. Em outras palavras é dever do profissional liberal esgotar todas as possibilidades dentro de seu conhecimento técnico para exercer seu papel de forma a evitar possíveis prejuízos. (BUSNELLO; WINRICH. 2013, p. 07)

Os autores ressaltam ainda, que o profissional liberal detém um conhecimento técnico muito específico e que por vezes seu cliente sequer sabe da totalidade do procedimento, se tornando a parte mais vulnerável da relação e permitindo a justificativa indicação da inversão do ônus da prova.

Nos casos do profissional advogado, os autores Busnello e Winrich (2013), demonstram que o tendo em vista o papel social da advocacia em geral, além do Ministério Público e a Defensoria Pública, resguardada a sua responsabilidade e importância, nos termos do art. 113 da Constituição Federal, lhe é garantido a inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício da profissão, dentro do limite da norma. Todavia, estes também são passíveis de responsabilização por atos que causarem transgressão do dever profissional.

Os autores salientam ainda, que o Estatuto da Advocacia responsabiliza o advogado pelos prejuízos, cometidos no exercício da profissão, que forem cometidos com dolo ou culpa, visto que este deve manter os princípios da boa-fé objetiva, agir eticamente, manter o sigilo das demandas, agir com transparência, entre outros deveres.

Neste passo, para aplicação correta da teoria da perda de uma chance, deve-se verificar a conduta do agente, o nexo de causalidade e o resultado.

Busnello e Winrich (2013, p. 08), tratam do tema assegurando que alguns casos de responsabilização do advogado, ocorrem em virtude de erros grosseiros e afirmam que o cliente poderia demandar pedido de indenização do prejuízo pela perda de uma chance, tendo em vista a negligência do profissional, por perda de prazo para contestar, recorrer, apresentação devida do preparo e demais atuações do mandato.

Sendo assim, visto que mesmo por falha do profissional não há como prever se caso o advogado não cometesse o ilícito poderia ter obtido a vantagem, a chance perdida poderia ser indenizada auferindo casos parecidos, ao passo que estatisticamente se constataria as possibilidades de êxito. (BUSNELLO; WINRICH. 2013)

De mais a mais, os autores em comento salientam que a chance perdida não se dá apenas no exercício contencioso da função, mas também quando o advogado emite pareceres, elabora contratos e demais atividades.

Desta feita, os doutrinadores ressaltam que os profissionais podem evitar esse tipo de responsabilização que vai além da cautela, mas informando com muita clareza as possibilidades que seu cliente possui ante determinada demanda.

Por outro lado, tem-se o profissional médico, que é parte importante desta monografia. Para Busnello e Winrich (2013), a responsabilidade dos profissionais médicos também está inserida na possibilidade de responsabilização civil, mesmo pela natureza da profissão, como de risco, estes também deverão indenizar os prejuízos por eles causados a seus pacientes.

Primeiramente, os autores asseguram que a profissão do médico por vezes é considerada de obrigação de meio, exceto em casos de cirurgia plástica que de acordo com a maioria da doutrina é entendida como obrigação de resultado.

Desta forma, os autores demonstram que a medicina possui diversas limitações que tão somente poderiam ser superadas pelos poderes divinos. Portanto, a obrigação do médico não será em oferecer realização da cura, mas todos os cuidados e conselhos, juntamente com a prática de todos os procedimentos necessários e conscientes, para proporcionar ao paciente o que ele almeja. Nestes termos temos:

A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se promete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e

os métodos da profissão, incluindo aí os cuidados e conselhos. (BUSNELLO; WINRICH 2013, p. 09)

Portanto, é entendido que a responsabilidade do médico consiste em utilizar de todos os métodos possíveis no dever de cuidar e manter o seu paciente informado.

Tudo isso, pois em alguns casos não haverá possibilidade nenhuma de intervenção, vez que foge de sua alçada a obrigação a de curar ou salvar a vida do paciente, mas o dever é de apresentar todas as técnicas possíveis para tanto e deixa-lo informado de todas as consequências ou indicações que se fizerem necessárias. (BUSNELLO; WINRICH. 2013)

Do mesmo modo, os autores elucidam que “a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, também oriunda da França, alcança o caso do paciente que teve um dano advindo de ilícito médico que lhe retirou a chance de obter a cura, poderá pleitear indenização pelo instituto.

Para tanto, como entendido pela maioria dos doutrinadores já citados no trabalho em epígrafe, também neste caso, deve ser verificada a seriedade da chance de cura e o nexos causal advindo da ação delituosa do médico. (BUSNELLO; WINRICH. 2013)

No mesmo raciocínio do advogado que perde o prazo, algumas condutas dos médicos podem ser exemplificadas para maior entendimento. Dentre elas, os autores citam que o paciente pode perder a chance de cura, quando um médico não lhe receita o medicamento correto, deixa de solicitar exames de diagnóstico, não encaminha para tratamento específico, diagnostica uma doença errada, ou seja, age com desídia e imperícia. (BUSNELLO; WINRICH. 2013)

Em suma, Busnello e Winrich (2013, p. 10), ressaltam que a indenização deve respeitar a possibilidade que o paciente teria de cura ou sobrevivência e ainda que a reparação não se dará de forma integral, mas parcial, tendo em vista se tratar de uma probabilidade e não de uma certeza.

Ademais, visto que o presente trabalho pretende contribuir com o entendimento acerca da responsabilidade civil em decorrência da perda de uma chance na seara médica, como já entendido sobre toda a evolução da teoria, explana-se a seguir sobre sua real aplicação.

4.2. Aplicação em caso de erro médico

O tópico anterior demonstrou a responsabilidade pela perda da chance face ao profissional médico. Mas como os doutrinadores entendem a aplicação da perda da chance em caso de erro médico?

Para Busnello e Winrich (2013, p. 10), a aplicação da teoria em caso dos ilícitos do médico é constituída por “[...]um empenho não satisfatório, seja pela ausência injustificável do uso da precisão técnica profissional de um diagnóstico ou terapia, seja pelo atuar negligente no mínimo necessário a uma terapia adequada [...]”.

Noutras palavras, a perda da chance na seara médica se dá quando o médico age com negligência, imperícia ou imprudência, não utilizando todas as manobras técnicas de sua profissão para atuar corretamente e alcançar o resultado esperado.

Com fulcro nos dizeres de Cavalieri Filho (2010), a perda da chance, tendo em vista a doutrina majoritária, só será possível quando houver probabilidade de êxito acima de 50%, donde se entende que nem todos os casos de dano poderão ser reparados.

Este autor ressalta ainda que na seara médica a reparação deve ser pela *“perda da oportunidade de se obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem [...] a perda da chance de resultado favorável no tratamento”* (CAVALIERI, 2010, p. 395). Em outro diapasão, o erro está em não oferecer ao doente todas as chances de se curar e não o seguimento da vida.

Cavaliere Filho (2010), doutrina que a problemática está em determinar o nexo de causalidade, tendo em vista que quando o profissional que age com omissão, não causa a doença ou a morte do paciente, mas retira dele a possibilidade de cura ou sobrevivência.

De outro modo, o doutrinador explica que a ação omissiva do médico, embora culposa não é a responsável, diretamente, pelo dano, mas faz com que o paciente perca a chance. Quando este gera o fato que dá origem ao prejuízo não se fala em perda de chance, mas é imputada a responsabilidade pelo dano causado diretamente por ele, sendo utilizados outros meios de reparação. (CAVALIERI, 2010)

O doutrinador ressalta, por fim, que os tribunais têm adotado a reparação da perda da chance por danos morais, observando o valor abrandado, visto que a indenização deve ser de acordo com a probabilidade.

Igualmente, tendo em vista todo o entendimento acerca da teoria no que tange o caso de erro médico, além de observar que o objetivo deste trabalho é desenvolver o saber crítico sobre a teoria da perda de uma chance, faz-se necessário buscar o entendimento dos tribunais brasileiros, por meio de recentes julgados.

5. JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO TEMA

Os entendimentos jurisprudenciais, acerca da teoria da perda de uma chance, estão proporcionando que esse meio de indenização se consolide cada vez mais, isso porque ainda não há legislação específica que discipline a matéria.

Ademais, o ato ilícito que é praticado com negligência e imperícia, e a probabilidade do êxito são determinantes para a aplicação da referida teoria, comprovando o nexo de causalidade entre o dano e a conduta ilícita.

Assim vejamos o que os tribunais brasileiros têm acordado sobre o tema em epígrafe.

5.1. Julgados sobre teoria da perda de uma chance

Com a finalidade de elucidar a aplicação real da teoria da perda de uma chance nesta monografia buscou-se na jurisprudência os recentes julgados acerca do tema.

Nesse contexto, a título de quantificação dos julgados, foi pesquisado sobre o tema em alguns tribunais que foram constantemente citados pelos doutrinadores base deste estudo.

Dessa forma, até dezembro de 2015, data da elaboração do presente trabalho, foram encontrados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 39 julgados; no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 154; no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 947; no Tribunal de Justiça de São Paulo, 2.250; e no Superior Tribunal de Justiça, 39.

Mais uma vez cabe ressaltar que o tema já vem sendo aceito nos tribunais do Brasil, por isso destacam-se os seguintes acórdãos, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

5.1.1. Células Tronco

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO ACORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. *RECURSO ESPECIAL PROVIDO.* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 2011/0267279-8 (2011/0267279-8RJ). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF

Acesso em: 01 jun 2015)

Este acórdão foi proferido pelo Relator Ministro Paulo de Tarso e relata sobre o caso de um laboratório que não recolheu as células embrionárias de uma criança. O serviço fora contratado pelos pais da criança que teria informado devidamente o local e data em que ela nasceria.

A empresa por sua vez, confirmou que não colheu as células porque a preposta da empresa não teria conseguido chegar ao local em tempo hábil.

Em primeira instância o magistrado não acolheu a tese defendendo que não se trata de perda de uma chance, vez que a coleta das células não diz respeito a uma hipótese.

Assim, o magistrado entendeu apenas pelos danos morais aos pais não abrangendo a responsabilidade extrapatrimonial devida à criança.

Irresignados os autores recorreram e seu pedido foi provido com o seguinte entendimento *in litteris*:

Adianto meu voto, no sentido de prover o presente recurso especial, entendendo que a criança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito praticado pela empresa recorrida, tendo, naturalmente, direito à indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido por ter sido frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para que, **se eventualmente for preciso, fazer-se uso delas em tratamento de saúde.** (SANSEVERINO, 2015, p.06) (Grifou-se)

O Ministro ressaltou que no caso em tela o magistrado em primeira instância afasta da criança a possibilidade de pleitear seus direitos, tendo em vista o entendimento de que esta não possui a capacidade de discernir o dano que lhe foi causado, não qualificando o sofrimento como danos morais.

O Ministro Paulo de Tarso (2015), por sua vez, defende a tese dos direitos do nascituro, afirmando ainda, que este possui sim direito a danos morais como reconhecido em diversos julgados da Suprema Corte.

Assim, crê que seja possível que o dano final não venha a se concretizar, tendo em visto que a criança pode vir a crescer saudável e que nunca venha a desenvolver uma doença possível de ser tratada por meio das células-tronco, mas analisa que a chance foi perdida quando do ato ilícito do laboratório, ceifou a chance definitiva de se utilizar as células para tratamento dessas patologias.

Dessa forma, com fulcro neste primeiro julgado restou demonstrado a possibilidade de se pedir indenização pela perda da chance.

Conforme o entendimento construído em todo o trabalho, cumpre observar com determinada dissonância ao entendimento do magistrado, uma vez que incansáveis vezes foi-se ensinado na doutrina base deste trabalho que para se pleitear a indenização pela perda de uma chance, a oportunidade deve ser séria e real, posto que se tenham possibilidades de vir a acontecer.

Vê-se que se trata de uma “situação de loteria”, vez que não restou comprovado com certo grau de certeza que a criança tem possibilidades genéticas de evoluir uma doença curável pelas células ou tampouco que há estudos de prevenção ou cura por meio das células-tronco a fim de se concretizar a chance perdida.

5.1.2. Não interposição de recurso

De outro lado, tem-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, como já citado nesta monografia, que leva em conta a reponsabilidade do profissional advogado.

A teoria da perda de uma chance foi invocada e levada ao Tribunal Superior que proferiu a seguinte decisão:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. ATO ILÍCITO. PERDA DE UMA CHANCE. MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. ALTERAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO.

1.Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2. Perda de uma chance alegada contra patrocínio advocatício, que, diante de reforma, em apelação, de sentença que julgava procedente ação movida pelo ora recorrente visando ao recebimento de juros progressivos incidentes em saldos de contas vinculadas ao FGTS (Lei 5.107/66, art. 4º, art. 2º Lei

5.705/71 e opção cf. Lei 5.958/73) deixou de interpor Recurso Especial e Ação Rescisória, deixando, ainda, de informar ao autor, de modo que, ao provimento da Apelação pelo TRF (Relª Desª ELIANA CALMON), excluindo do litisconsórcio ativo o autor e outro autor, em prol do qual, contudo, foi proposta, com sucesso, ação rescisória, restando apenas o autor sem acolhimento de sua pretensão.

3. As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte perdeu, na hipótese em que tenha ocorrido um ato ilícito e que esse ato ilícito tenha tirado da vítima a oportunidade real, atual e certa de obter resultado que a beneficiaria.

4. Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no conteúdo fático-probatório dos autos, no sentido de que não houve conduta negligente dos réus a ensejar a reparação pretendida, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

5. Salvo as hipóteses excepcionais de valor excessivo ou irrisório, não se conhece de recurso especial cujo objetivo é rediscutir o montante da verba honorária fixada pelas instâncias de origem, a teor do enunciado n. 7, da Súmula do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

6. Recurso Especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: RE nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Relator Min. Sidney Beneti. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1323641&num_registro=201100113954&data=20140612&formato=PDF Acesso em: 01 jun 2015)

Trata-se de um pedido de indenização por danos materiais em face de uma associação e um advogado, onde o requerente alega que, de forma negligente, os requeridos não interpuseram os recursos cabíveis e sonegaram informações acerca do processo.

Com fulcro no acordão epígrafe o autor não conseguiu comprovar o nexo de causalidade, tendo em vista a falta de documentos que o comprovassem.

Desta feita, o Ministro entendeu pela aplicação da teoria, todavia não pode acolher por não haver a apresentação documental e ressalta que:

Vê-se que a questão posta a exame cinge-se em saber se é possível a condenação da associação e do advogado recorridos em danos materiais pela chamada "perda de uma chance" de o autor receber os pretendidos juros progressivos incidentes sobre o saldo de sua conta vinculada de

FGTS, em razão da culpa dos recorridos pela atuação negligente na ação proposta perante a Justiça Federal com a finalidade de receber os referidos valores.(BENETI, 2015, p. 16)

O Relator salienta que no caso em tela é imperativa a valoração das possibilidades que o autor teria ou não de seu recurso ser apreciado, e que nos autos epigrafados os réus não agiram com negligência, pois se empenharam para o êxito trabalho realizado e que o recurso não foi apreciado no Tribunal, pelas conjunturas que o próprio autor deu causa.

Assim cabe concluir que não se pode aplicar o instituto da perda da chance neste caso, porque o nexo de causalidade não foi apresentado pelo autor a fim de comprovação do dano.

Ademais, a chance não foi perdida em detrimento das ações dos réus, mas por circunstâncias oriundas do próprio autor.

5.1.3. Show do Milhão

Outro caso interessante abordado pela jurisprudência e por diversas vezes comentado pela doutrina é o recurso do “Show do Milhão”.

O caso relata que autora teria participado em meados de 2000, do programa televisivo, de perguntas e respostas, do grupo Silvio Santos, cuja premiação máxima R\$ 1.000.000,00.

A autora foi logrando êxito em todas as perguntas até chegar na “pergunta do milhão”, que corresponderia à R\$ 500.000,00, momento em que esta optou por não responder, pois havia acumulado o montante no mesmo valor e se respondesse errado, perderia tudo.

Alegou que a empresa teria elaborado uma pergunta sem resposta, nestes termos transcritos: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: 1 - 22%; 2 - 02%; 3 - 04%; 4 - 10%” (GONÇALVES, 2015, p.5).

Desta feita, indica a autora que a pergunta não tem resposta, agindo a ré de má-fé. O magistrado condenou a ré ao pagamento integral do prêmio.

A ré não satisfeita com a condenação recorreu.

No Superior Tribunal de Justiça temos o seguinte acórdão, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

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

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº788.459 - BA (2005/0172410-9). Relator: Min. Fernando Gonçalves.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF. Acesso em: 01 jun 2015)

O magistrado reconheceu a má-fé da ré litigada pela autora, pois admite que a pergunta é realmente sem resposta, visto que deu a entender que a resposta estaria na Constituição Federal, quando na verdade fora retirada da Enciclopédia Barsa e admite que não se trata de uma pegadinha para testar o raciocínio rápido da candidata, mas sim a má-fé apresentada pelo programa.

Concluindo, tem-se um evento claro passível da aplicação da perda de uma chance, vez que programa agiu de má-fé, cometendo um ilícito que retirou da candidata a oportunidade de responder corretamente à pergunta e alcançar o prêmio máximo.

Neste caso, trata-se de uma chance séria e real, pois ela teria 25% de chances de conquistar o prêmio que era real, se não fosse a conduta danosa do programa.

Igualmente, tendo em vista os julgados base para o entendimento prático da aplicação da referida teoria adentra-se no REsp nº 1.254.141, do Superior Tribunal de Justiça, julgado essencial para o objetivo deste estudo.

5.1.4. Erro médico

Trata-se da análise do Acórdão que tem por objeto a indenização pela perda de uma chance aplicada ao caso de erro do médico que ocasionou a redução das chances de cura de uma paciente portadora de câncer.

Visto isto, cumpre observar a ementa do Acórdão in litteris:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

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

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4). Relator: Nancy Andrichi. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF Acesso em: 01 jun 2015)

Pela ementa do acórdão já é possível admitir a adoção da perda de uma chance, mas cuida-se de ação de indenização em face de um médico que durante o tratamento de câncer de sua paciente teria cometido diversos erros.

Os autores da demanda alegam que entre os erros cometidos pelo profissional, após a cirurgia não foi solicitado: quimioterapia; a mastectomia foi realizada parcialmente, quando para o caso em epígrafe se era indicado a radical; não foi informado que a paciente não poderia engravidar; quando do reaparecimento da doença, outra vez o tratamento restou inadequado; a metástase foi negada; entre outros. Os autores apresentaram as provas que confirmaram o erro do médico.

Com fulcro na decisão a Ministra Nancy, trata-se de algo novo, pouco conhecido dos tribunais em especial pela matéria que esse processo aborda. Nestes termos destacamos os seus ensinamentos.

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito à qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima, caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma redução percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes. (ANDRIGHI, 2015, p.8)

Em outras palavras, é salutar se ter certeza da autoria do fato, ou seja, de quem o praticou o ato ceifando a chance e a incerteza quanto à existência e o tamanho do prejuízo.

A Relatora salienta que no caso em tela foi perdida a chance, quando não se utilizou do procedimento técnico correto, que poderia interromper um processo danoso em curso.

Desse modo, resta saber a concausa da conduta do réu, uma vez a conduta não médica não criou a doença, mas retirou da paciente a oportunidade de possuir uma cura incerta.

A Ministra ressalta que possui certas dúvidas quanto ao nexo causal, e que a maior parte da doutrina, que estuda os casos de perda de uma chance na seara médica, corrobora com o voto de improcedência do pedido, e ainda, que só quando o nexo fosse completamente comprovado, que seria possível julgar pela procedência do pedido com a reparação total da lesão.

Afirma a ministra que essas dúvidas apenas serão solucionadas, quando se atentar que a perda da chance não atua no campo da mitigação do nexo causal. Para M.Nancy (2015, p.09) “A perda da chance, em verdade, consubstancia uma *modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final*”.

Assim, a extensão do nexo de causalidade vem sendo adotada, por vezes, de forma equivocada, porque a chance, por si só, já é um direito autônomo, conhecido como dano. Portanto o nexo causal consiste na perda desse bem (no caso a vida) e a conduta do agente.

No caso apurado, não é necessário averiguar se a vida (o bem final) foi retirada da paciente, mas o deve-se observar que a chance de viver lhe foi ceifada.

De acordo com a M. Nancy, isto basta, resta apenas verificar como será indenizado, quantificando esse prejuízo e agregando o seu valor econômico.

Nesse diapasão a ministra Nancy salienta:

Assim, ainda que se leve em consideração, para além da reparação devida à vítima, também o indispensável efeito dissuasório da condenação por dano moral, o montante fixado tem de observar a redução proporcional inerente a essa modalidade de responsabilidade civil. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da

paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede. (ANDRIGHI, 2015, p.18)

Em outras palavras na seara médica o *quantum* indenizatório não poderá ser integral, mas ao analisar o caso em epígrafe, notou-se a falha do médico, onde a magistrada aponta primeiramente que quando do diagnóstico da doença, este não utilizou do procedimento mais correto que seria a mastectomia radical, no lugar da mastectomia parcial.

Também, nos termos da perícia realizada, este deixou de utilizar da quimioterapia que poderia ter aumentado as chances de cura.

Em terceiro lugar, aponta que houve erro médico, quando este não informou dos riscos sobre a gravidez.

Por fim a magistrada entende que nos termos alegados, as chances perdidas em detrimento do médico, possuem valor econômico de 80% do valor ajuizado no juízo *a quo*, por essa razão acolhe a tese e reduz a indenização em 20%.

Em suma, a ministra em comento, jugou o REsp acolhendo a aplicação da teoria da perda de uma chance, onde se tornou peculiar entender o grau de incerteza do infortúnio, assim como, a certeza da autoria, analisando o nexos de causalidade, em que pese a autoria e os procedimentos adotados pelo médico.

Assim, o médico foi condenado a indenizar a família da vítima, não por ter ceifado sua vida, tendo em vista que esta já possuía doença grave, mas por não ter utilizado dos melhores procedimentos disponíveis, para alcançar a cura da doença, uma melhora em seu quadro médico, além de não a ter alertado sobre os riscos que corria ao engravidar, agindo desta forma com imperícia.

Para melhor entender sobre os critérios adotados passe se auferir o *quantum* indenizatório elucida-se a seguir como se indenizar pela teoria da perda de uma chance.

6. INDENIZAÇÃO PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance possui peculiaridades quando se tenta compará-la a outros tipos de danos, vez que é necessário trabalhar em cima de probabilidades, e não de uma perda real, por essa razão a doutrina vem lhe dando um tratamento especial, colocando-a como uma forma de indenização separada das demais.

6.1. Das teorias adotadas para indenizar

De acordo com o item 3.3. Aplicação da teoria da perda de uma chance observou-se que a doutrina diverge no que tange o *quantum* indenizatório.

Como elucidado por Savi (2013, p.36) a doutrina e os tribunais brasileiros vêm desenvolvendo suas teorias acerca de como se indenizar o dano em decorrência da perda de uma chance.

Uma parte da doutrina, segmentada por Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Sergio Novaes, reconheceu que a teoria da perda de uma chance está vinculada ao instituto do lucro cessante e dano emergente, que apesar de se tratar de uma possibilidade futura, deve sempre haver certo grau de certeza para determinar a reparação.

Nestes termos, Cavalieri Filho (2010) assevera que o lucro cessante está ligado aos danos relacionados por ato ilícito de efeitos mediatos e imediatos, ou seja, não somente aquilo que realmente foi perdido, mas também aquilo se irá certamente se perder.

Em outras palavras assegura que o instituto do lucro cessante “é perda de algo esperado, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75).

No mesmo diapasão, Cavalieri Filho (2010) ressalta que o dano emergente importa na diminuição imediata do patrimônio da vítima, onde importará diretamente

no desfalque do patrimônio da vítima. Isto é, tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização deverá ser suficiente para restituir o dano em integral.

Entendido a salutar diferença entre lucro cessante e dano emergente, cumpre destacar que Antônio Jeová Santos (1997) abrange que a teoria da perda de uma chance que deverá ser indenizada como parte integrante do dano moral, visto que esta admite a perda da chance na tangente da seara médica.

Antônio Jeová Santos, que defende que a perda da chance seria um dano moral futuro, servindo como agregador ao instituto.

Como adeptos da teoria de que perda de uma chance sendo uma terceira forma de indenizar, ao lado dos lucros cessantes e dano emergente, tem os doutrinadores: Sergio Savi, Silvio de Salvo Venosa, Sergio Cavalieri Filho, Rafael Peteffi e Fernando Noronha que inclui neste conceito de indenização uma sistemática para a reparação.

Para entender a noção do quanto devedor, Rosamaria Noaves Freire (2007) assevera que:

Para delimitar o valor da indenização o Juiz deve com base no caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

(FREIRE, 2007)

A mencionada autora sugere que para auferir o *quantum debedor* na perda de uma chance, o magistrado deve buscar no caso concreto quais eram as oportunidades reais que o a pessoa teria de obter o resultado esperado para se valorar a chance perdida.

Sendo assim, para ser justa a indenização, após verificar as hipóteses da chance, deve-se de forma equitativa verificar a probabilidade que a vítima teria de ter alcançado o resultado desejando, não podendo ensejar na reparação total nem a menor do que se poderia receber.

Desta feita, conclui-se concordando com o entendimento dos últimos doutrinadores, quando estes colocam a perda da chance como um terceiro setor de indenização, isto porque que o conceito da teoria da perda de uma chance predispõe a necessidade de se trabalhar com a probabilidade.

Quando se diz que a chance deve ser séria e real, entende-se que essa chance pode existir e não que ela existiria com certeza. Quando falamos que ela existiria certamente, aí sim falamos de lucros cessantes e dano emergente, mas no caso da perda da chance essa certeza deve ser afastada, restando a possibilidade e assim, observadas se tratam de chances sérias e reais.

Assim, não se pode entender que a perda de uma chance poderia ser indenizada como lucros cessantes ou dano emergente, pois na perda da chance não devemos determinar certeza do êxito, mais uma vez, porque se ressalta as possibilidades, está se indenizando a retirada da probabilidade de se alcançar determinada vantagem.

Não se acredita também, ser possível indenizar pelo instituto do dano moral, tendo em vista que dependendo do caso estar-se-ia falando sobre patrimônio e mesmo que hoje haja julgados determinando a perda da chance nos casos de erro médico, onde se fala de vidas, ainda assim, acredita-se que não se trata de dano moral, mas de chance perdida de alcançar cura ou sobrevida que deverá ser mensurada a partir destas probabilidades.

7. CONCLUSÃO

As dificuldades da vida levam à situações que, por vezes, necessitam de reparação. Com o passar dos anos, desde o direito romano, que é base do direito brasileiro, até os dias atuais, tem-se buscado, por meio de estudos e estáticas, as formas ideais e justas pra a indenização.

Essas reparações no âmbito do direito civil são apresentadas no instituto da responsabilidade civil, que possui diferentes formas de serem apuradas e identificadas.

O presente estudo teve como base o REsp nº1.254.141- PR do Superior Tribunal de Justiça. Estudo este, que buscou analisar a responsabilidade civil em decorrência da teoria da perda de uma chance tendo em vista os posicionamentos doutrinários e jurisprudência vigente.

Desta forma, entendeu-se que a perda de uma chance, oriunda da França em meados dos anos 1940, deu à responsabilidade civil uma visão mais crítica sobre como se responsabilizar em um processo aleatório onde um terceiro retira de outra pessoa a oportunidade de se obter um benefício futuro.

Tem-se por perda de uma chance, a responsabilização civil por meio da reparação de uma possível oportunidade que se deixou de alcançar em razão da interferência de uma terceira pessoa.

Sabe-se que essa teoria foi ganhando notoriedade nos tribunais estrangeiros, primeiramente na França e segmentou-se pela Itália, Estados Unidos até que chegou ao Brasil.

No Brasil, a teoria da perda de uma chance a cada dia tem alcançado mais espaços nos tribunais, bem como, vem sendo objeto de estudo de doutrinadores, estudantes e operadores do direito.

Observou-se que a doutrina brasileira ensina que a perda de uma chance não pode ser uma mera hipótese, tem que ser um evento futuro possível de se realizar, ou seja, as chances devem ser reais e sérias.

O grande objetivo agora é determinar a forma com que a perda de uma chance será indenizada.

A doutrina composta por José Aguiar Dias, Agostinho Alvim, entre outros, ponderam que a teoria da perda de uma chance está mais corroborada ao entendimento de lucros cessantes e danos emergente sendo esta uma subespécie de dano material, o que leva ao entendimento de que se deve comprovar o real dano causado por terceiro.

Outros doutrinadores comungam pelo entendimento de Antônio Jeová Santos, que assevera que a indenização pela perda de uma chance está direcionada ao entendimento de dano moral, pois a depender do prejuízo, a mácula poderá ser estendida até o futuro, trazendo revolta e a dor que devem ser reparadas.

Já para Daniel Carnaúba, Sérgio Cavalieri e Sergio Savi, a perda de uma chance é um instituto indenizável alocado em um novo setor. Isto significa que a própria perda de uma chance é a forma de se indenizar e estaria classificada no mesmo patamar que lucros cessantes, dano moral, dano emergente, etc.

Para os autores citados, a perda de uma chance para ter o potencial de indenização, deve ser uma oportunidade real e séria. Não pode ser apenas uma hipótese.

Entendeu-se também, que os doutrinadores Fernando Noronha e Rafael Peteffi, classificam as chances em opções, como sendo aquela oportunidade que lhe foi ceifada e aquela que poderia ser evitada.

Ainda assim, os doutrinadores mencionados, aderem à perda de uma chance como sendo uma nova forma de se indenizar, transformando a álea na própria reparação.

Noutro diapasão, o presente estudo encontrou uma dificuldade mencionada pelos doutrinadores e juristas, no que tange o *quantum indenizatório*.

Acredita-se que o *quantum indenizatório*, deverá ser verificado de acordo com o caso em específico, onde deverão ser apuradas as chances que a vítima teria se terceiro não tivesse interferido em seu processo aleatório, conseqüentemente em seu resultado final para sempre.

Com este entendimento, o magistrado deverá julgar interpretando como a vítima alcançaria a álea se não houvesse a intervenção do terceiro, jugando equitativamente à possibilidade que a pessoa teria de se possuir o resultado esperado, não podendo ser igual, maior ou menor do que aquilo que poderia se concretizar.

Conclui-se por fim que a perda de uma chance vem conquistando a doutrina, mas que ainda não possui correntes concretas, pois alguns doutrinadores entendem que a teoria é apenas uma modalidade constante de lucros cessantes ou danos emergentes, outros porém, acreditam que a perda de uma chance deve ser analisada como um novo setor de indenização, concorrendo com os demais institutos.

Com análise nos julgados apresentados no presente trabalho tais quais: REsp 2011/ 026727-8; RE,1292247 – RJ; REsp 788459 – BA e; REsp 1254141, todos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, pode-se constatar que a teoria da perda de uma chance, já possui certa aceitação na jurisprudência, pois já é acionada nas demandas judiciais e a cada dia os juristas têm se empenhado mais para sua correta aplicação.

Pondera-se também, que a aplicação da perda de uma chance na seara médica, apontada no julgado em um caso de um erro médico, em que o profissional agiu com imperícia e negligência quando deixou de utilizar do melhor tratamento a uma paciente que foi diagnosticada com câncer, retirando assim, suas chances de cura ou sobrevida.

Sobre este julgado (REsp 1254141 do STJ), observou-se a correta aplicação da teoria da perda de uma chance, tendo em vista que a oportunidade era real e séria.

A magistrada cuidadosamente analisou o caso salientando que restou comprovado que o dano foi produzido pela conduta do profissional médico, resultando na quantificação do prejuízo.

Por último, tem-se a corrente, que ressalta que a perda de uma chance é uma nova modalidade de dano, visto que o que deve ser reparado é a perda da própria oportunidade e não pela vantagem, por isso, não deve ser indenizado integralmente, mas de forma parcial, valorando economicamente, sob um viés estatístico do dano.

Cabe corroborar com este entendimento que é o mesmo da maioria dos doutrinadores já citado neste tópico, assim como, o da Ministra Nanci Adrighi, que entende a perda de uma chance como sendo um terceiro setor de se indenizar, pois a própria perda da chance evidencia a necessidade de reparação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade civil**. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ed. atualizada. Rio de Janeiro/ São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Indenização pela teoria da perda de uma chance**: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In Revista jurídica, v62, n.438, p.39-58, abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: RE nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8). Relator Min. Sidney Beneti. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1323641&num_registro=201100113954&data=20140612&formato=PDF Acesso em: 01 jun 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 2011/0267279-8 (2011/0267279-8RJ). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF Acesso em: 01 jun 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4). Relator: Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199921&num_registro=201100789394&data=20130220&formato=PDF Acesso em: 01 jun 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº788.459 - BA (2005/0172410-9). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF. Acesso em: 01 jun 2015

BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise doutrinária. In: *Ciência jurídica*, v. 27, n.172, p.283-305, jul/ago. 2013.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed.São Paulo: Atlas. 2010.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. In *Direitonet*, <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>, nov. 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

NOVAIS DIAS, Sergio. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo. 1999.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria **Dom Casmurro**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

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

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

TRATUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Método. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 15. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2015.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil: responsabilidade civil** 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.