

PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

LOSS OF A CHANCE OF CURE OR SURVIVAL



Guilherme Frederico Hernandes Denz⁷¹

71 Desembargador Substituto do Tribunal de Justiça do Paraná e Juiz Membro da Corte do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná no biênio 2023-2025. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil. Membro do

“Instituto Miguel Kfoury Neto – Direito Médico e da Saúde”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0142833526475657>, <https://orcid.org/0009-0001-0282-7541>. Email: gde@tjpr.jus.br.

A Teoria da Perda de Uma Chance, originalmente desenvolvida na doutrina francesa, fundamenta-se na frustração de uma oportunidade concreta de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. No campo da responsabilidade civil médica, aplica-se quando a conduta culposa do profissional resulta na perda de uma chance real e séria de cura ou sobrevivência do paciente. A responsabilidade do médico não decorre do resultado final danoso, mas da supressão da possibilidade terapêutica. A jurisprudência brasileira reconhece essa teoria como fundamento autônomo de indenização, exigindo a comprovação de culpa e nexos causal. A quantificação do dano é proporcional à chance perdida, sem equivalência ao prejuízo final. A formulação expressa do pedido na petição inicial é essencial, e a cumulação entre a perda de uma chance e o dano direto é vedada. Essa abordagem amplia a proteção às vítimas, garantindo reparação adequada sem desconsiderar os limites da responsabilidade médica.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil do Médico; Perda de Uma Chance de Cura ou Sobrevivência; Dano Autônomo.

The Theory of Loss of a Chance, originally developed in French doctrine, is based on the frustration of a concrete opportunity to obtain a benefit or avoid harm. In the field of medical civil liability, it applies when a physician's culpable conduct results in the loss of a real and serious chance of cure or survival for the patient. The physician's liability does not arise from the final harmful outcome but from the suppression of the therapeutic possibility. Brazilian jurisprudence recognizes this theory as an autonomous basis for compensation, requiring proof of fault and a causal link. The quantification of damages is proportional to the lost chance and does not equate to the final harm. The explicit formulation of the claim in the initial petition is essential, and the accumulation of both loss of a chance and direct harm is prohibited. This approach expands protection for victims, ensuring fair compensation while respecting the limits of medical liability.

KEYWORDS: Medical civil liability; Loss of a chance of cure or survival; Autonomous damage.

INTRODUÇÃO

A obra “Responsabilidade Civil do Médico”, de autoria do Des. Miguel Kfoury Neto, publicada pela primeira vez em 1994 e atualmente na sua 12ª edição, representa um marco na análise desse assunto, abordando de forma específica o ato culposos médico em suas diversas nuances e consequências, enquanto a doutrina civilista da época, em sua grande maioria, ocupava-se apenas incidentalmente da questão. Sem dúvida, o livro

se consolidou como uma referência indispensável a todos aqueles que militam nesse campo jurídico.

O texto pioneiro do autor contribuiu para o desenvolvimento e o aprimoramento do que se denomina hoje de “Direito Médico”, pois sua obra não se restringe à responsabilidade médica, espraiando-se pelos mais variados temas jurídicos da Medicina, como os direitos e deveres na relação médico-paciente, o consentimento informado, o sigilo médico, a responsabilidade dos

hospitais e laboratórios, a perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

A edição especial da Revista Gralha Azul, da Escola Judicial do Paraná, com o tema: “Direito Médico e da Saúde - Homenagem ao Desembargador Miguel Kfoury Neto homenagem” é um justo reconhecimento de sua atuação acadêmica na área médica e de sua carreira como magistrado no Poder Judiciário paranaense.

Dentre os diversos assuntos trazidos a lume em sua obra e que impactaram no Direito Médico, pode-se destacar a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance na área da responsabilidade civil médica. Valendo-se da pesquisa de direito comparado, notadamente da doutrina francesa, ele expõe a possibilidade da incidência da teoria na área médica, quando o profissional da medicina, por ação culposa, faça seu cliente perder uma probabilidade de cura ou sobrevivência.

Na esteira dos ensinamentos do homenageado, o intuito do presente artigo é apresentar a possibilidade e os critérios de aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance na seara da responsabilidade civil médica. Ao longo do texto, analisa-se o desenvolvimento da teoria, com destaque para sua incorporação na seara médica e as implicações jurídicas decorrentes dessa aplicação.

Inicialmente, examina-se a transformação do conceito de responsabilidade civil, desde sua fundamentação tradicional baseada na culpa até a aceitação da responsabilidade objetiva em determinadas circunstâncias.

A seguir, discute-se a distinção entre o erro médico clássico e a perda de uma chance, esclarecendo os requisitos necessários para a configuração deste último. Além disso, abordam-se os critérios utilizados para a quantificação do dano indenizável, ressaltando as dificuldades enfrentadas pela doutrina e jurisprudência na fixação do *quantum* compensatório.

Por fim, são analisados aspectos práticos que envolvem a aplicação da teoria nos tribunais, com ênfase na impossibilidade de cumulação entre o dano decorrente da perda da chance e o dano direto, bem como a necessidade de formulação expressa do pedido na petição inicial.

1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Embora se noticie que a Teoria da Perda de Uma Chance tenha sido adotada em julgamento da Corte de Cassação francesa em 17 de julho de 1889⁷², sua propagação se deve, em grande medida, à tendência de ampliação da responsabilidade civil que, diante do advento da sociedade de risco, passou a prever novos danos

72 “O precedente mais antigo, no direito francês, foi o caso apreciado pela Corte de Cassação, em 17 de julho de 1889, que aceitou indenizar uma parte demandada pela perda provocada pela conduta negligente de um oficial ministerial, que impediu o prosseguimento

do procedimento e, conseqüentemente, a possibilidade de ganhar o processo” (REsp n. 1.291.247/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/8/2014, DJe de 1/10/2014.).

indenizáveis, na busca de não deixar a vítima sem reparação.

As regras da responsabilidade civil clássica se alicerçavam no conceito de ato ilícito que tem na culpa lato sensu o seu elemento nuclear. Para que nascesse o dever de indenizar, fazia-se imprescindível que a vítima demonstrasse o comportamento culposo do agente causador do prejuízo.

No final do Séc. XIX, diante da crescente complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidente de toda a espécie, a tradicional responsabilidade subjetiva, informada pela Teoria da Culpa e por um princípio de imputabilidade moral, mostrou-se insuficiente para a solução dos conflitos da sociedade de massa.

Teve início, assim, a mudança de foco da responsabilidade civil, deslocando a ênfase originariamente atribuída ao agente que praticou o ilícito para a finalidade de assegurar o ressarcimento à vítima dos eventos danosos.

Num primeiro momento, admitiram-se hipóteses de presunção de culpa, ora relativa, ora absoluta, fugindo-se aos inconvenientes da demonstração do elemento subjetivo. Posteriormente, no Séc. XX, adota-se a Teoria do Risco para sustentar a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade se assenta não apenas em razão da manifestação culposa ou dolosa, mas também em decorrência da atividade exercida e dos benefícios dela obtidos, através das noções de risco-proveito e risco criado⁷³.

No Código Civil de 2002, ambos os tipos de responsabilidade convivem, inexistindo prevalência de uma sobre a outra. Acolheu-se tanto a cláusula geral de responsabilidade subjetiva do art. 186, quanto a cláusula geral de responsabilidade para atividades de risco prevista no parágrafo único do art. 927.

Para Nelson Rosendal e Felipe Braga Netto, o desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma doutrina da responsabilidade que se adapta às novas exigências econômicas e sociais:

“Na sociedade tecnocientífica contemporânea, a responsabilidade representa o conceito base e integrador da ética e do direito. Isso porque tanto na ética, como no direito, é precisamente a responsabilidade que objetiva e formaliza os conceitos de liberdade e regulação. (..) Definitivamente, o direito civil clássico – tributo ao código napoleônico – não pode servir de modelo para aquilo que se pretenda da responsabilidade civil nos próximos tempos”⁷⁴

Discorrem os autores que, ao invés de uma responsabilidade civil de roupagem individualista, reativa e patrimonialista, novas figuras jurídicas

73 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforma a Constituição da República – vol.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 805.

74 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 7.

devem ser encontradas visando reforçar a premissa do *neminem laedere*. Para superar esse déficit de regulação propõem:

- a) a cláusula geral de imputação objetiva se conectando com o princípio da solidariedade, impondo a obrigação em face do risco de determinadas atividades;
- b) a tutela inibitória, como meio de atuação preventiva, como reação do ordenamento jurídico ao ilícito propriamente dito, independentemente da consumação do dano;
- c) o nexo causal deixa de estar circunscrito a uma causalidade natural, permitindo a responsabilização em hipótese de vinculação entre um fato e um risco hipotético;
- d) o direito civil reputa novos danos como dignos de proteção: para além da dicotomia danos patrimoniais/morais, considera a legitimidade de figuras como o dano estético, dano existencial, perda de uma chance⁷⁵.

Conforme leciona Miguel Kfouri Neto, essa tendência se verifica em todos os domínios da responsabilidade civil, sobretudo porque, na voragem mutacional do mundo moderno, novos riscos surgem a cada instante. E não se pode deixar dano sem reparação. Daí a busca de meios que garantam indenização, ora se afastando o conceito de culpa, ora se elastecendo o nexo causal⁷⁶.

É certo que, no caso específico da responsabilidade pessoal do médico, a exclusão do fator subjetivo de imputação – a culpa – revela-se impossível. Entretanto, o âmbito da responsabilidade civil médica não permaneceu incólume a nova tendência.

Em certos casos, suaviza-se o rigorismo da aferição da culpa na conduta médica, como é o caso da presunção de culpa e da inversão do ônus da prova. Em outros, amplia-se o conceito de dano reparável, que passa a abranger certas realidades até então à margem de indenização como, por exemplo, a violação ao dever de obtenção do consentimento informado e o conceito de chance, cuja perda é erigida em dano autônomo, como é o caso da teoria da perda de uma chance.

Como se observa, seja associando a responsabilidade da perda de uma chance à utilização menos ortodoxa do nexo de causalidade – manifestando-se em forma de causalidade parcial –, seja associando-a à ampliação do conceito de dano reparável, fato é que, a Teoria da Perda de Uma Chance se desenvolve na esteira da mudança de paradigma na seara da responsabilidade civil, com o alargamento das hipóteses de reparação de dano⁷⁷.

É importante enfatizar, porém, que, no Brasil, o elemento subjetivo da culpa no caso da responsabilidade civil do profissional médico

75 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 8.

76 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 254.

77 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil por perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007, p. 1 a 17.

persiste como requisito inafastável para a configuração do dever de indenizar, seja em razão dos ditames do Código Civil, seja em razão de disposição do Código de Defesa do Consumidor.

2 A CULPA COMO REQUISITO INAFASTÁVEL DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

No plano da responsabilidade civil médica, o dever de indenizar do profissional da medicina, como prestador de serviço, somente surge quando aferida a culpa do profissional. Trata-se de obrigação de meio⁷⁸ em que o médico assume a obrigação de prestar os seus serviços de acordo com as regras da profissão, empregando todo o recurso de que dispõe, porém, não se pode exigir o resultado satisfatório.

A responsabilidade pessoal do médico, ainda que contratual, impõe a comprovação da culpa, sendo, assim, de natureza subjetiva.

Em se tratando de serviços médicos, prestados por profissional liberal, seja incidindo o art. 14, §4º⁷⁹, do Código de Defesa do Consumidor,

seja com esteio no art. 951 do Código Civil⁸⁰, a responsabilidade é subjetiva e depende da comprovação da culpa do profissional.

Miguel Kfoury Neto, sobre a responsabilidade do profissional da medicina, assenta o seguinte:

“Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato.

A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Já na obrigação de resultado (empreitada, transporte, cirurgia plástica estética propriamente dita), o profissional obriga-se a atingir

78 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça excepciona a cirurgia plástica estética não reparadora, tratando o ato cirúrgico nessas hipóteses como obrigação de resultado. Nesse sentido mais recente: REsp n. 2.173.636/MT, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/12/2024, DJEN de 18/12/2024. Na doutrina, porém, há objeções consistente sobre esse entendimento, como se observa em: NOGAROLI, Rafaella. “O dever de informação qualificado na cirurgia plástica e os riscos das superexpectativas criadas pela publicidade digital” in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/424252/informacao-em-plasticas-e-expectativas-criadas-pela-publicidade>, acesso em 10.03.2025 e DANTAS, Eduardo. “Já passa da hora de o STJ respeitar a ciência - Uma crítica ao

posicionamento do STJ sobre a natureza da obrigação em cirurgias plásticas estéticas” in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/424354/ja-passa-da-hora-de-o-stj-respeitar-a-ciencia>, acesso em 10.03.2025.

79 § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

80 Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

determinado fim, o que interessa é o resultado de sua atividade – sem o que não terá cumprido a obrigação.

Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa”.⁸¹

Não discrepa desse posicionamento, o entendimento de Sergio Cavaliere Filho:

“Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado, não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem o apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguar Dias, Caio Mário, Silvio Rodrigues, Antonio Montenegro), e é também consagrada pela jurisprudência.

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002. Embora seja o médico um prestador de serviços, o

Código de Defesa do Consumidor, no §4º do art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido”⁸².

A jurisprudência, emanada dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça, é categórica ao consagrar a natureza subjetiva da responsabilidade civil médica e em estabelecer que o ônus de demonstrar a culpa, nas demandas indenizatórias, incumbe ao autor da ação. A título de ilustração, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme precedente deste Colegiado, “como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano” (REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012). (...) 5. Agravo interno não provido”. (AgInt no AREsp n. 1.662.960/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021, DJe de 25/11/2021. Sem grifo no original)

81 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74/75.

82 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 370.

Mesmo nas demandas direcionadas em desfavor das instituições hospitalares, quando o objeto de apuração se refere a atos danosos dos médicos, para a procedência do pedido, imprescindível a demonstração da culpa do profissional da medicina. Somente quando se atribuir falha na prestação de serviços paramédicos (praticado pela enfermagem e outros profissionais da saúde, que executam ordens dos médicos) e de hotelaria pode-se falar em responsabilidade objetiva dos hospitais⁸³.

Confira-se, novamente, trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“(..). A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto (...)” (AgInt no REsp n. 1.652.577/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

Insta salientar que as premissas que sustentam a teoria da perda de uma chance não têm o condão de elidir essas conclusões, porquanto para sua adequada aplicação necessária se faz a presença da ação ou omissão culposa do médico.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A Teoria da Perda de Uma Chance consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um ato antijurídico.

Sobre a Teoria da Perda de Uma Chance, Miguel Kfoury Neto explica que:

“Na jurisprudência clássica, a perda de uma chance possibilita à vítima obter uma indenização junto a quem, por culpa, prive-a de alguma chance de obter vantagem. (...)”

A perda de uma chance situa-se numa zona cinzenta ou limítrofe, entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, tratando-se de situação intermediária, entre um comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de forma tal, que não se poderá saber se a vítima teria ou não obtido um ganho ou evitado o prejuízo, caso aquele comportamento não tivesse ocorrido”⁸⁴.

Para se entender a teoria, é preciso imaginar situações em que está em curso um processo de acontecimentos que propicia a alguém a oportunidade de vir a obter algo benéfico no futuro.

Ao se cogitar a perda de chances para efeito de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade restou destruída.

83 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 46-53.

84 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 266.

Nesses casos, a chance que foi perdida pode ser traduzida tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, fala-se em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo, da frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido⁸⁵.

Exemplos avultam sobre hipóteses em que alguém se vê privado de alguma vantagem ou benefício em razão de ação culposa de outrem. Situação comum e de fácil assimilação para os operadores do direito, consiste no advogado de parte, atuando em demanda com sentença desfavorável com base em questão jurídica controversa, que, por negligência, deixa transcorrer o prazo do recurso cabível, impossibilitando a revisão por instância superior. Tivesse manejado o recurso tempestivamente, a reforma não seria certa, mas o ato desidioso impediu o cliente de, hipoteticamente, alcançar o sucesso na demanda.

Outra hipótese, candidato inscrito no concurso público é excluído do certame por falha da instituição organizadora. Não há certeza se seria aprovado caso se submetesse à prova, mas, em razão de falha na prestação do serviço, foi-lhe

subtraída a chance de aprovação e alcançar o emprego público desejado.

A chance constitui probabilidade futura, real e séria e, não fora o ato culposo do agente, seria razoável supor-se que o resultado seria favorável à vítima. A reparação, nesses termos, deve ter por objeto não o resultado final danoso, mas a oportunidade perdida, como um direito *in si*.

Nelson Rosenvald e Felipe Netto consideram que a compreensão da teoria da perda de uma chance somente se viabiliza quando se admite conceitualmente o dano juridicamente relevante como lesão a um interesse concreto merecedor de tutela.

A partir dessa premissa, é possível se concluir que, quando alguém é privado de uma chance séria e efetiva, o dano traduzirá uma lesão a uma legítima expectativa, que eventualmente será objeto de reparação, da mesma forma que danos emergentes, lucros cessantes e o dano extrapatrimonial⁸⁶.

No Superior Tribunal de Justiça, colhem-se diversos acórdãos em que se reconhece a responsabilidade quando o ato ilícito implique em perda de oportunidade de o lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real e séria.

O *leading case*, em 2005, que chegou na corte superior, foi o “caso do Show do Milhão”. Tratava-

85 NORONHA, Fernando. Direito das obrigações apud ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 593.

86 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 591.

se de um concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo poderia atingir R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Na ocasião do concurso, a participante estava diante da pergunta final, que lhe concederia o prêmio máximo, caso acertasse corretamente a resposta. Porém, ela optou por não prosseguir e garantir o prêmio de R\$ 500.000,00, que já havia conquistado.

Posteriormente, a participante ajuizou demanda contra a empresa de televisão, alegando que a pergunta tinha sido mal formulada e inexistia uma resposta correta dentre as quatro assertivas que lhe foram apresentadas e, por isso, sofreu um dano evidente. No voto do relator, após reconhecer a culpa da emissora de televisão pela questão mal formulada, aplicou a Teoria da Perda de Uma Chance ao caso e fixou-se a indenização em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), equivalente a um quarto do valor do prêmio máximo, por ser uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens e refletia as reais possibilidades de êxito da demandante⁸⁷.

Há uma tendência de demandas em que se articula a perda de uma chance na pretensão indenizatória em desfavor de advogado.

Nesse sentido:

“(…)

2. *Com efeito, a jurisprudência desta Corte manifesta-se no sentido de que, em caso de responsabilidade dos advogados pela prática de condutas negligentes, a teoria da perda de uma chance é aplicada por meio da análise das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas diante da negligência do causídico (...)* (AgInt no AREsp n. 2.681.982/GO, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/12/2024, DJEN de 20/12/2024)⁸⁸.

Há acesos debates doutrinários sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil por perda de uma chance. Alguns autores associam o aparecimento da responsabilidade pela perda de uma chance à utilização menos ortodoxa do nexo de causalidade, seja manifestando-se como uma forma de causalidade parcial, seja em forma de presunção de causalidade. Outra corrente, ainda mais numerosa, acredita que se constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, mantendo a aplicação ortodoxa do nexo causal⁸⁹.

Pode-se, ainda, estudar a perda de uma chance de forma a classificá-la em duas

87 REsp n. 788.459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006, p. 334.

88 Outros precedentes em que o STJ reconhece a possibilidade de indenização pela aplicação da teoria: EREsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min.

Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

89 Para maior aprofundamento sobre o assunto: SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil por perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007; SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012 ou Dissertação de Mestrado de: GROTH BUSATO, Andrea Fabiane. A Teoria da Perda de uma Chance e o Quantum

modalidades: primeiramente, como uma oportunidade dissipada de obter vantagem e, em seguida, como oportunidade frustrada de se evitar um prejuízo. No primeiro caso, denominada “perda de uma chance clássica”, priva-se à vítima de obter uma situação mais favorável e, na segunda hipótese, frustra-se uma chance de evitar o dano já em curso.

O propósito do presente estudo centra-se na análise da perda de uma chance de cura ou sobrevivência na responsabilidade civil do médico. Por isso, para os fins que se propõe, não se ingressará a fundo nessas discussões doutrinárias, embora se reconheça sua pertinência.

No plano da responsabilidade médica, a perda de uma chance deve ser vista como dano autônomo e, por se tratar de ato ilícito que impede o paciente de cura ou sobreviver, deve ser enquadrada na segunda modalidade de classificação. Para todos os efeitos, ainda, no Brasil, tanto a grande maioria da doutrina como a Jurisprudência⁹⁰ aceitam a aplicação da perda de uma chance na responsabilidade civil médica.

4 PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

A Teoria da Perda de Uma Chance, segundo Miguel Kfourri Neto, foi transposta para a seara

médica por interpretação de tribunais franceses no decorrer da década de 60.

*“Essa teoria foi transposta para a área médica sob a rubrica de perte de chance de survie ou de guérison, deslocando-se a teoria do prejuízo para a causalidade. A Câmara Civil da Corte de Cassação francesa, em 1965, considerou que, caso o médico faça seu cliente perder uma chance de cura ou sobrevivência, obriga-se à reparação parcial do dano, mesmo que o nexo de causalidade entre ação culposa do médico e o resultado danoso não possa ser estabelecido com certeza”*⁹¹

Preciso é o exemplo citado por François Chabas para esclarecer a perda de uma chance de cura ou sobrevivência:

“(…) uma mulher apresenta hemorragia uterina. O médico consultado não diagnostica câncer, malgrado os sintomas clínicos bastante claros. Quando a paciente enfim consulta um especialista, é demasiado tarde: o câncer de útero atingiu estágio terminal. A mulher morre. Não se pode dizer que o primeiro médico matou a paciente. Ela poderia ter sido tratada a tempo e morrer assim mesmo. Não se pode afirmar que a culpa do médico tenha sido a condição sine qua non daquela morte. Mas, sem dúvida, a culpa médica

Indenizatório Decorrente/ Andrea Fabiane Groth Busato; orientador Clayton Reis – Curitiba, 2023.

90 “(...) no Brasil, nossos Tribunais têm recepcionado amplamente a teoria – a princípio pelo Superior Tribunal de Justiça, Corte responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional

no País” in KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 277.

91 KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

fez com que a enferma perdesse ao menos uma probabilidade de sobreviver”⁹².

Em relação à atividade médica, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto anotam que a Teoria da Perda de Uma Chance se apresenta sob determinação mais qualificada: trata-se de perda de uma chance de cura ou sobrevida. Isso significa que a referida teoria se aplica quando frustrada atuação médica impossibilita que o paciente gozasse de uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico⁹³.

Identifica-se a perda de uma chance como prejuízo autônomo, com causalidade e mensuração próprias, ao passo que o prejuízo final – morte, invalidez, lesões – resulta dissociado daquele outro dano. No momento em que o paciente perde, por exemplo, uma possibilidade de sobrevivência, o prejuízo a ser reparado não é a morte. É o desaparecimento de possibilidade séria e certa de uma cura ou sobrevida. A culpa do médico não causou a morte. Determinou a perda da chance que, como bem jurídico tutelado de forma autônoma, merece ser reparada.

Por isso que, a reparação deve ter por objeto, não o resultado final danoso, mas a oportunidade perdida, como um direito em si. A reparação não deve ser integral, como no caso da responsabilidade direta. A quantificação do dano

visa reparar a chance perdida, como dano autônomo.

Não se confunde, assim, essa variação da perda de uma chance com o erro médico clássico, em que há um vínculo causal certo e direito entre a ação culposa do médico e o dano.

Na responsabilidade direta, o processo patológico que conduzirá o paciente até a morte ou lesão corporal é adequadamente causado pela conduta culposa comissiva ou omissiva do profissional da medicina. Estabelecido nexos causal entre o comportamento do agente e o prejuízo, à luz do art. 403 do Código Civil, a responsabilidade do médico é direta pelo dano final, o que implicará em reparação pelo valor integral correspondente ao dano experimentado pela vítima.

Contudo, cenário diverso se dá em casos nos quais não há como imputar de forma direta o evento morte ou lesão ao comportamento do médico, pois o processo patológico que conduziu a um daqueles resultados já estava em andamento no momento da intervenção do profissional sobre o corpo do paciente.

Restando configurado que o profissional não proferiu o diagnóstico ou o tratamento correto e aplicou a terapêutica inadequada, propiciando o agravamento do estado do paciente, a ponto de eliminar suas chances de cura ou sobrevivência,

92 CHABAS, François. La perte d'une chance em Droit Français apud KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

93 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 599.

pode-se cogitar da incidência da teoria da perda de uma chance⁹⁴.

Em acórdão paradigmático sobre a aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance na seara da reponsabilidade médica, no REsp. n.1.254.141-PR, a Min. Nancy Andrichi, depois de acurada análise dos argumentos daqueles que advogam a exclusão da doutrina na área médica, conclui, com propriedade, que a melhor solução que se apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, tornando a teoria perfeitamente admissível para a solução de demandas indenizatórias quando a atuação culposa do médico tolheu a vítima da oportunidade de cura ou de sobrevida.

Por oportunas, transcrevem-se os argumentos da Ministra e sua conclusão:

"(...) Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de mitigação do nexo causal. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da "conditio sine

qua non", que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

(...)

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica."

Na esteira do entendimento adotado no acórdão acima mencionado, o Superior Tribunal de Justiça, em outras oportunidades, passou a acolher a perda de uma chance de cura ou sobrevivência

94 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 600.

como fundamento para responsabilização médica, como se observa desse outro julgado:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).

3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.

4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final.

5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente.

6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar.

7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.

8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida.

9. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.677.083/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017.)"

No Tribunal de Justiça do Paraná, reconheceu-se a responsabilidade por perda de uma chance em caso de supuração do apêndice do autor. No caso, a ausência de diagnóstico adequado do paciente, por falha médica, não levou necessariamente à supuração do apêndice, porém, privou-o da chance de ser tratado de

forma célere e eficaz, configurando o dever de indenizar.

O acórdão foi assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APENDICITE SUPURADA NÃO DIAGNOSTICADA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DOS MÉDICOS E OBJETIVA DO NOSOCÔMIO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. MOLÉSTIA NÃO IDENTIFICADA NO PRIMEIRO E SEGUNDO ATENDIMENTOS. PERÍCIA QUE ATESTOU A POSSIBILIDADE DE MINORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA MOLÉSTIA CASO HOUVESSE A REALIZAÇÃO DE EXAMES. AUTOR QUE APRESENTAVA SINTOMAS TÍPICOS E ATÍPICOS DE APENDICITE. NÃO SOLICITAÇÃO DE NENHUM EXAME LABORATORIAL OU DE IMAGEM QUANDO DAS PRIMEIRAS DUAS CONSULTAS. HOSPITAL QUE NÃO TROUXE AOS AUTOS OS PRONTUÁRIOS RELATIVOS ÀS PRIMEIRAS CONSULTAS. ÔNUS PROBATÓRIO QUE LHE COMPETIA. QUADRO CLÍNICO DO PACIENTE NEGLIGENCIADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE MINORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA MOLÉSTIA. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO QUE NÃO ADOTOU OS PROCEDIMENTOS CABÍVEIS QUANDO DA ANAMNESE DO AUTOR NAS DUAS PRIMEIRAS CONSULTAS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL EM DECORRÊNCIA DE ATO PRATICADO PELO MÉDICO. DANO MORAL CONFIGURADO FIXADO

EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS). DANO ESTÉTICO VERIFICADO. AUTOR QUE SE SUBMETEU A DUAS CIRURGIAS DAS QUAIS RESULTOU CICATRIZ NOTÁVEL. DANO FIXADO EM PATAMAR DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS DO AUTOR. REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”.

(TJPR - 10ª Câmara Cível - 0000906-03.2014.8.16.0123 - Palmas - Rel.: SUBSTITUTO ALEXANDRE KOZECHEN - J. 14.02.2024) (Sem grifo no original).

As principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil do médico, conforme explana Miguel Kfoury Neto, relacionam-se com a falha de diagnóstico (diagnósticos tardios, errôneo ou inexistentes); ausência de consentimento (não obtenção do consentimento livre e informado); falta de exames pré-operatórios ou de cuidados pós-operatórios; falta de exames complementares; falta de remoção tempestiva do

paciente a hospital com equipamentos adequados⁹⁵.

Não obstante a aceitação majoritária da jurisprudência quanto à aplicação da teoria no campo médico, é preciso atenção aos contornos conceituais do instituto. Aliás, muitas das críticas desferidas contra a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência se referem mais ao seu uso inadequado pelos operadores do direito do que, propriamente, às premissas de seus fundamentos teóricos,

Nessa perspectiva, sobreleva com mais vigor o estudo dos pressupostos da teoria a fim de que seja adequadamente aplicada nos casos de responsabilidade civil médica.

4.1. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

De acordo com o escólio de Miguel Kfourri Neto, os requisitos para a incidência da teoria da perda de uma chance são: a) Existência de chance, probabilidade, possibilidade ou oportunidade de cura ou de sobrevivência; b) Chance séria, real e efetiva; c) Supressão, aniquilamento ou destruição dessa chance, pela ação ou omissão do médico; d) Razoável verificação da possível existência de

nexo causal entre a atuação do médico e a chance perdida⁹⁶.

Não destoam desses pressupostos os requisitos estabelecidos pela Min. Nancy Andrighi no acórdão mencionado anteriormente. Na visão da ministra, para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético⁹⁷.

Como primeiro requisito, incumbe ao autor da demanda comprovar, além da real e efetiva existência da chance, que esta seja firme e consistente, apta a ensejar à melhoria do estado de saúde ou à sobrevivência do paciente.

Segundo Rafael Peteffi da Silva, a chance perdida deve representar mais do que uma simples esperança subjetiva. Pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver.

95 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 294.

96 KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina | vol. 1/

2019 | Jan - Mar / 2019, p. 2.

97 REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura⁹⁸.

A chance séria, real e objetiva é aquela que tem grande probabilidade de levar à cura do paciente ou a sobrevivida. Conforme professa Sérgio Cavalieri Filho, a tarefa de avaliar as chances é atribuição do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável⁹⁹.

Em caso julgado no Tribunal de Justiça do Paraná, a inexistência de chance real e concreta de cura foi a justificativa para afastar a responsabilidade médica por perda de uma chance. Alegava-se que, caso houvesse a atuação esmerada dos médicos, a morte da vítima teria sido evitada. Ocorre que, segundo a perícia médica, em razão do grave AVC hemorrágico que acometeu a vítima e o fato de tomar medicamento anticoagulante, mesmo com a atuação adequada, a morte não poderia ter sido obstada. A conclusão do relator foi de que, na ótica da Teoria da Perda de Uma Chance, tratando-se de erro médico, a chance de cura tem que ser real e concreta, e não remota e que seria mero juízo hipotético afirmar que esse exame teria dado desfecho distinto ao tratamento realizado.

A ementa contém o seguinte teor:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE AFASTADO. PERDA DA CHANCE DE SUCESSO NO TRATAMENTO EM CASO DE CONDOTA MÉDICA MAIS DILIGENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO QUE HAVERIA REDUÇÃO CONCRETA DA POSSIBILIDADE DE CURA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO QUE HAVERIA REDUÇÃO CONCRETA DA POSSIBILIDADE DE CURA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”.

(TJPR - 9ª Câmara Cível - 0015753-75.2016.8.16.0014 - Londrina - Rel.: SUBSTITUTO LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - J. 30.01.2025).

Outro pressuposto necessário para que a perda de uma chance de cura ou sobrevivência se consubstancie consiste na atuação culposa do médico que acaba por aniquilar a probabilidade de situação favorável à vítima. De acordo com o assentado ao longo do presente trabalho, mesmo nos casos de perda de uma chance, a aferição de culpa é imprescindível para a responsabilização. A conduta culposa do médico não é a causa efetiva da lesão ou da morte. A conduta do médico,

98 SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil por perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007, p. 134.

99 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

porém, compromete ou aniquila as chances de vida ou de integridade do paciente.

Em caso de erro de diagnóstico, os fundamentos adotados em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça corroboram que somente a conduta negligente do médico, aliado a chance séria e real, é apta a induzir indenização por perda de uma chance.

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica). 3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico. 4. À luz da

teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final. 5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente. 6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar. 7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. 8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida. 9. Recurso especial não provido”.

(REsp n. 1.677.083/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017.) – sem grifo no original.”

Somente quando evidenciados no processo esses pressupostos, pode-se reconhecer a possibilidade de reparação da chance perdida. Em seguida, passa-se à fase de quantificação da indenização.

4.2. A quantificação do dano na perda de uma chance de cura e sobrevivência

Como frisado, o dano decorrente da perda de uma chance de cura ou sobrevivência é autônomo e não se confunde com outros tipos de prejuízo. Tutela-se um bem jurídico intangível, que é a chance perdida, e por representar um interesse legítimo da vítima, pode ser objeto de reparação próprio.

Para Nelson Rosenthal e Felipe Braga Netto, a perda de uma chance enquadra-se como categoria autônoma de dano, que não se confunde com o dano emergente, o lucro cessante, assim como distinta do dano moral e do dano patrimonial¹⁰⁰.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que há forte corrente doutrinária que coloca a perda de uma chance como terceiro gênero, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante. Ainda, segundo o autor, a jurisprudência não firmou o entendimento sobre essa questão, ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, como o que se acaba por transformar a chance em realidade¹⁰¹.

Sérgio Savi defende que a perda de uma chance deve ser considerada como dano emergente e, como tal, encontra previsão legal na primeira parte do art. 402, do Código Civil. Argumenta que a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é, portanto, certo¹⁰².

Pode-se afirmar que essa incerteza quanto à natureza jurídica do dano por perda de uma chance representa uma dificuldade extra para a quantificação da indenização.

Nesse aspecto, Miguel Kfoury Neto afirma com precisão que: “Fixar o quantum, na reparação pela perda de uma chance, é operação inçada de dificuldades”¹⁰³.

Essas dificuldades, porém, não obstam que se apresentem alguns critérios que são consenso na doutrina e vêm se sedimentando na jurisprudência, de modo a auxiliar a quantificação da indenização nas ações que envolvam a responsabilidade civil médica por perda de uma chance.

Primeiro, a quantificação do dano, sem dúvida, deve ser feita por arbitramento, de forma equitativa, pelo juiz¹⁰⁴. Incumbe ao julgador ponderar todas as circunstâncias do caso concreto

100 ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024, p. 604.

101 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

102 SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110-111.

103 KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina | vol. 1/2019 | Jan - Mar / 2019, p. 1.

104 SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123.

e arbitrar um valor de indenização de acordo com as regras de equidade.

Depois, a indenização nunca poderá ser equivalente ao prejuízo final – morte, lesão, agravamento do estado de saúde, incapacidade laborativa, etc. Busca-se, isto sim, a quantificação específica da chance, da possibilidade perdida de se obter condição mais favorável ao doente, comprometida pela atuação do profissional da medicina¹⁰⁵.

Embora não se indenize o prejuízo final, é certo que este deve limitar a reparação da perda da chance. Nunca a indenização pela perda da chance deve ser superior ao prejuízo final.

O prejuízo final, porém, serve de parâmetro para a indenização pela chance perdida. A Min. Nancy Andrighi aduz que a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado¹⁰⁶.

Miguel Kfoury Neto, de forma didática, sugere três etapas para que o juiz possa valorar o montante da indenização por perda de uma chance e conclui o seguinte:

“Em síntese, na estipulação do quantum, cabe ao julgador: a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o

prejuízo final; b) determinar, com a maior aproximação possível, a extensão da chance perdida. Não apenas considerar eventuais dados estatísticos, mas examinar quão efetiva seria a probabilidade aniquilada pelo ato do médico, lançando mão do senso comum, de casos análogos, em que se concedeu ao paciente essa possibilidade de cura ou sobrevivência; c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação, na perda de uma chance, será sempre mitigada, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final; d) Sopesar sempre o grau de culpa da conduta médica, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final – dúvida intransponível, também elementar à perda de uma chance. Caso leve ou levíssima a culpa, reduzir-se-á equitativamente a compensação devida, nos exatos termos do art. 944, parágrafo único, do CC/2002”¹⁰⁷.

Esses critérios, portanto, são valiosos subsídios que podem auxiliar na quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

5. ASPECTOS PRÁTICOS NAS DEMANDAS INDENIZATÓRIAS ENVOLVENDO A PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

105 KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina | vol. 1/ 2019 | Jan - Mar / 2019, p. 1.

106 REsp n. 1.254.141/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

107 KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina | vol. 1/ 2019 | Jan - Mar / 2019, p. 5.

5.1. Impossibilidade de cumulação de dano decorrente de perda de uma chance e dano direto

Se houver vínculo causal certo e direto entre a ação culposa do médico e o dano, não há falar-se em Teoria da Perda de Uma Chance, com a prevalência da imputação direta de responsabilidade, sem se cogitar, apenas, de uma chance perdida.

Demonstrados os elementos da responsabilidade civil do médico – ação ou omissão culposa, nexa causal e dano – a reparação deve ser integral correspondente ao dano experimentado.

Impossível, destarte, a cumulação de pedidos visando a condenação do autor do dano em reparação integral pelos prejuízos sofridos derivados da responsabilidade direta e mais a indenização por perda de uma chance. Descabe, assim, qualquer condenação contemplando ambas as indenizações de forma cumulativa.

Nesse aspecto, cita-se acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Paraná em que o juízo de primeiro grau reconheceu a responsabilidade direta pelos danos causados à parte autora e, ainda, impôs indenização por perda de uma chance. No julgamento em segundo grau, afastou-se a condenação pelo dano derivado da perda de uma chance, fundamentando-se nos seguintes argumentos que ora, em síntese, são replicados: *“Extrai-se dos ensinamentos acima colacionados que a indenização por perda de uma chance não deve ser acolhida quando ficar demonstrado cabalmente o nexa causal entre a conduta ilícita*

ou o defeito no serviço e o dano. Além disso, infere-se que a perda de uma chance não se revela como um prejuízo a mais a se somar aos danos materiais e morais.

Na esteira desse entendimento, aplicando-se os conceitos doutrinários ao caso em tela, percebe-se que a indenização fixada por perda de uma chance não deve ser acolhida, pois, pelo que se constatou dos autos, a obrigação de reparação que recai sobre o hospital surge dos preceitos da responsabilidade civil tradicional. Restou demonstrado à saciedade que a má-prestação do serviço do hospital, consubstanciado pela carência de médicos obstetras, no momento do parto da autora, acabou por resultar nos danos sofridos pela criança. A relação de causalidade entre o defeito na prestação do serviço e o dano suportado pelos autores ficou bem configurada, estando patente a responsabilidade direta do nosocômio. Não há falar-se, assim, em chance perdida.

Afasta-se, também, a possibilidade de se fixar indenização por perda de uma chance como um dano autônomo a se somar, no caso dos autos, ao pensionamento, ao dano material e ao dano moral. A reparação integral em razão da má prestação do serviço pelo hospital se consubstanciou através das indenizações fixadas no pensionamento, ao dano material e dano moral

*e indenização por perda de uma chance nesse caso seria um acréscimo descabido*¹⁰⁸.

Descortina-se a possibilidade, porém, de se formular pedido subsidiário, disposto no art. 326 do Código de Processo Civil¹⁰⁹.

Na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, caput do Novo CPC, o autor estabelece uma ordem de preferência entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior¹¹⁰.

Não raras vezes, somente depois de realizada a instrução processual, com a colheita da prova oral e, principalmente, da prova pericial, é possível vislumbrar se, de fato, primeiro, se há ou não culpa médica a induzir responsabilidade e, depois, se há ou não nexos causal direto entre o ato injusto médico e os danos sofridos.

A perda de uma chance somente transparece depois de finda a instrução processual.

Nessas circunstâncias, revela-se legítima a cumulação subsidiária de pedidos. O primeiro pleito contendo a responsabilidade direta e, em caso de não acolhimento, que seja apreciada a responsabilidade derivada da perda de uma chance.

5.2. O pedido de indenização por perda de uma chance de cura ou sobrevivência deve estar expresso na petição inicial

Como se observou ao longo do presente artigo, o dano a ser reparado no caso da perda da chance de cura ou sobrevivência é modalidade autônoma de indenização. Não se confunde com o dano emergente, lucro cessante, assim, como se difere do dano moral. Resulta, assim, que, para que o pleito seja admitido em juízo, imprescindível que, na petição inicial, se formule pedido certo de condenação pelo dano por perda de uma chance.

A causa de pedir que subjaz ao pedido indenizatório formulado de acordo com a teoria consiste na chance de cura ou sobrevivência da vítima que foi eliminada pela ação culposa do médico. Cabe ao demandante descrever na petição inicial, por exemplo, o diagnóstico tardio, errôneo ou inexistente que eliminou a possibilidade da vítima de ter um resultado favorável.

Deve ser vedado, portanto, que, depois de transcorrido todo o trâmite processual, com a apresentação de defesa do médico e decorrida a instrução, deduza-se a pretensão de indenização por perda de uma chance em alegações finais e,

108 TJPR - 9ª Câmara Cível - 0012895-67.2013.8.16.0017 - Maringá - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ - J. 25.06.2020.

109 “Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior”.

110 NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed JusPodium, 2016, p. 552.

muito menos, em grau de recurso quando não ventilada a questão na inicial.

Arguir a perda de uma chance somente em grau recursal implica em inovação recursal, não se podendo conhecer do recurso nesse ponto de insurgência.

Convém lembrar, novamente, que a indenização pela perda de uma chance implica em pedido e fundamentação distintos daqueles que amparam a responsabilidade civil pelo erro médico clássico.

Ao se admitir a possibilidade de reconhecimento da perda de uma chance após a instrução, estar-se-ia violando o direito a ampla defesa do demandado/médico, que teria sido tolhido de exercer o contraditório em relação a nova qualificação dos fatos.

Como corolário dessa ponderação, entende-se que não se deve admitir também que o magistrado reconheça de ofício a teoria da perda de uma chance caso o pedido não tenha sido articulado na inicial.

Se o fundamento da pretensão estiver alicerçado tão somente nos pressupostos da responsabilidade civil clássica (conduta culposa,nexo causal e dano), a concessão de ofício da perda de uma chance violaria também o princípio do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

A aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance na responsabilidade civil médica representa um avanço significativo na busca pela reparação justa dos danos causados pela conduta culposa dos profissionais de saúde. Ao longo deste

estudo, verificou-se que essa teoria possibilita a indenização de um dano autônomo, distinto do erro médico clássico, sendo a chance perdida o objeto da reparação, e não o resultado final do evento danoso.

A investigação permitiu constatar que a correta aplicação dessa teoria exige a presença de requisitos essenciais, como a comprovação da existência de uma chance real e séria de cura ou sobrevida, a demonstração do nexo causal entre a conduta culposa do médico e a eliminação dessa chance, bem como a necessidade de quantificação proporcional da indenização.

Insta salientar, ainda, que os estudos do Des. Miguel Kfoury Neto, no que toca aos requisitos de aplicação da teoria na área médica e a forma de quantificação do dano pela chance perdida, exercem grande influência em grande parte da doutrina e jurisprudência brasileiras.

A jurisprudência tem se consolidado no sentido de reconhecer a perda de uma chance como fundamento para a responsabilização médica.

Além disso, evidenciou-se a impossibilidade de cumulação entre o dano pela perda da chance e a indenização pelo dano final, reforçando a importância de uma abordagem criteriosa na análise dos casos concretos. A necessidade de formulação expressa do pedido na petição inicial também se mostrou essencial para evitar a violação ao contraditório e à ampla defesa.

Diante dessas constatações, conclui-se que a Teoria da Perda de Uma Chance desempenha um papel fundamental na evolução da responsabilidade civil médica, acolhendo a

tendência do direito atual de não deixar dano sem reparação e permitindo àquele que teve sua chance de cura ou sobrevivência tolhida, por ação culposa do médico, seja indenizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

DANTAS, Eduardo. “Já passa da hora de o STJ respeitar a ciência - Uma crítica ao posicionamento do STJ sobre a natureza da obrigação em cirurgias plásticas estéticas” in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/424354/ja-passa-da-hora-de-o-stj-respeitar-a-ciencia>, acesso em 10.03.2025.

GROTH BUSATO, Andrea Fabiane. A Teoria da Perda de uma Chance e o Quantum Indenizatório Decorrente. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial e Cidadania) – Faculdade de Direito, Unicuritiba – Centro Universitário Curitiba, 2023. Orientador Clayton Reis.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e ônus da prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002,

KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Revista de Direito e Medicina | vol. 1/2019 | Jan - Mar / 2019, p. 2.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico, 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais, 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed JusPodium, 2016, p. 552.

NOGAROLI, Rafaella. “O dever de informação qualificado na cirurgia plástica e os riscos das superexpectativas criadas pela publicidade digital” in <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-Bioetica/424252/informacao-em-plasticas-e-expectativas-criadas-pela-publicidade>, acesso em 10.03.2025.

ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade Civil: teoria geral. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil por perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo, Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforma a Constituição da República – vol.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.