



Responsabilidade Civil

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

GLENDAGONÇALVES GONDIM

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2015 e 2010, respectivamente). Pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Universidade Federal do Paraná - Virada de Copérnico (desde 2008). Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito de Curitiba (2001). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2000). Professora de Direito Civil da Universidade Positivo. Professora convidada dos cursos de especialização em 'Direito Civil e Processo Civil' e 'Direito Médico' do Centro Universitário Curitiba. Autora do livro "Reparação civil na teoria da perda de uma chance" e autora de artigos jurídicos no tema de Direito Civil. Advogada militante na área cível desde 2001.

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Salienta-se que se mantém os pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil:
 - ▶ Ato antijurídico
 - ▶ Nexo de imputação
 - ▶ Dano
 - ▶ Nexo causal
- ▶ É o dano que será analisado não no resultado final, mas na probabilidade perdida (em alcançar um resultado ou obstar um prejuízo).

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Seguindo os mesmos critérios da responsabilidade civil, o dano dever ser certo e real, por isso, deve ser probabilidade séria e real.
- ▶ Probabilidade de que irá se concretizar, portanto, não há certeza, mas também não é algo totalmente imprevisível, pois possui certo grau de previsibilidade.
- ▶ O que é diferente de esperanças, hipóteses ou meras possibilidades.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Teoria da perda de uma chance é uma teoria criada pela jurisprudência, especificamente, francesa.
- ▶ Trata-se do julgamento ocorrido em 1.889, no qual a Corte de Cassação Francesa entendeu pela responsabilidade civil de funcionário ministerial, que em decorrência de suas condutas impossibilitou o êxito da demanda proposta por um cidadão.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Criada pela jurisprudência é nela que encontramos o seu desenvolvimento.
- ▶ No Brasil, o caso de maior repercussão, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2005, comumente conhecido como “Show do Milhão”.

PERDA DE UMA CHANCE

“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. Recurso Especial n.º 788.549. 4ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de novembro de 2005).

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ A teoria da perda de uma chance (perda de oportunidade ou perda de probabilidade, denominações mais adequadas) decorre da frustração advinda da não obtenção de uma vantagem esperada, seja pelo benefício não alcançado ou pelo prejuízo que não fora obstado.

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ O que é a teoria da perda de uma chance?
- ▶ “A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estaticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza” (SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de um chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13)

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Há, assim, duas situações que podem ser analisadas dentro da sucessão de eventos e o desencadeamento de fatos que foram interrompidos para:
 - a) a não obtenção de uma vantagem esperada; e
 - b) o não impedimento de um prejuízo que poderia ser obstado.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Portanto, antes de ser interrompido o desencadeamento de eventos, as probabilidades de alcançar o objetivo final já existem e, conseqüentemente, ao momento da conduta, culposa ou legalmente prevista, já está presente a probabilidade de se alcançar a vantagem esperada ou obstar o prejuízo.

PERDA DE UMA CHANCE

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - **APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO**, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver **mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório**, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da “teoria da perda da chance”; V - Recurso especial provido.” (STJ. REsp 1104665/RS. 3ª T. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgamento em 09/06/2009, DJe 04/08/2009)

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Tratava-se de ação indenizatória movida por IVO FORTES DOS SANTOS em face do recorrente ANTÔNIO CLÁUDIO MARQUES CASTILHO, alegando, em síntese, que fora casado com a Sra. Eracy Moura dos Santos, sendo que ela veio a falecer, aos 70 (setenta) anos de idade, após a realização de cirurgia pelo médico recorrente.
- ▶ Todavia, nos autos, constou do laudo que: "*O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento médico mais próximo, no período pós-operatório? Não há como fazer qualquer afirmação. **Mas é possível que sim***"

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Ante a mera possibilidade de que o acompanhamento poderia evitar a morte, entendeu o STJ que não se aplicaria a teoria da perda de uma chance, visto que não haveria certeza de que o desencadeamento dos fatos obstaría o resultado e foi a suposta má conduta do profissional médico que teria acarretado a morte do paciente.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Entendida como probabilidade perdida, a teoria pode ser aplicada em diversas áreas da responsabilidade civil, mas é na área médica que encontramos a sua maior aplicação.
- ▶ E nesta área, a maioria dos casos versará sobre não ter obstado o prejuízo, cuja probabilidade existiria se tivesse o profissional médico agido de forma diligente e prudente.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Nos casos médicos, dificilmente, há a certeza 100% sobre o resultado final (dano final).
- ▶ Aplicar-se-á a teoria da perda de uma chance, quando houver incertezas sobre o resultado final (sem percentual definido), mas certezas sobre a probabilidade em obstar o prejuízo.

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Existe aleatoriedade no resultado final, mas certeza na chance perdida, com fundamento na probabilidade existente no momento da conduta que interrompeu o curso normal de acontecimentos.
- ▶ Através da análise estatística. Se, em cem casos de mesma natureza, setenta são decorrentes de determinada causa ou produzem determinado resultado, tem-se projetadas setenta por cento de chances de obter certo resultado ou efeito, por exemplo.

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ É essa chance que passa a ser reparável.
- ▶ “(...) 6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. 7. Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe. 8. Recurso especial parcialmente provido.” (STJ. Resp 1335622/DF. 3ªT. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 18/12/2012)

PERDA DE UMA CHANCE

“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.

PERDA DE UMA CHANCE

(...) 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.” (STJ. REsp 1254141/PR. 3ª T. Rel. Minª Nancy Andrighi. Julgamento em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ Na hipótese dos autos, a análise versava sobre o tratamento e se “(...) a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte . Aqui, a extensão do dano já está definida , e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexos causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta. (...)

PERDA DE UMA CHANCE

“(…) 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.”

PERDA DE UMA CHANCE

“(...) O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, **a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto**. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.”



Art. 944: *A indenização mede-se pela extensão do dano.*

”

Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

PERDA DE UMA CHANCE

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. OBJTO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. **VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE.** SUMULA Nº 7/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. (...)”

PERDA DE UMA CHANCE

(...) 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. “ (STJ. REsp 1677083/SP. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 4/11/2017, DJe 20/11/2017)

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

“(...) Aplicou, na espécie, a teoria da perda de uma chance, por entender que, se a paciente estivesse no hospital, internada, tal como sugeria o resultado do exame laboratorial, a queda poderia ter sido evitada, assim como a evolução desfavorável do quadro clínico que resultou na sua morte.

PERDA DE UMA CHANCE

“Ora, que outra atitude poderia ser exigida da paciente após o médico que a atendia afirmar que ela só precisava de descanso por dois dias? Ademais, **cabia ao profissional de saúde avaliar o grau de importância do exame realizado e a necessidade de aguardar o seu resultado**, "ainda mais quando se tratava de exame pedido com urgência " (e-STJ fl. 394), conforme consignado no acórdão recorrido. Além disso, conforme já salientado, **à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado, na espécie, é aquele existente entre a conduta negligente do hospital e a chance perdida de um diagnóstico correto e de todas as consequências normais que dele poderiam resultar, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o resultado morte.** (...)

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

“(...) Também se deve levar em conta o resultado da perícia judicial, conclusiva quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas – elemento que desempenha um papel fundamental para a coagulação sanguínea – foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana. (...)”

PERDA DE UMA CHANCE

“(...) De todo o contexto examinado, é razoável concluir que a atuação negligente dos profissionais médicos desde as primeiras consultas, sobretudo em função da gravidade da doença e da simplicidade do método capaz de diagnosticá-la – um simples hemograma –, retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem. Isso basta para que fiquem caracterizados, na espécie, tanto a frustração de uma chance quanto o respectivo dever de indenizá-la, sem a necessidade de se recorrer a verdadeiras elucubrações, a exemplo da probabilidade de não ter ocorrido o acidente doméstico caso fosse determinada a imediata internação da paciente ou se o hospital tivesse entrado em contato com ela assim que obteve o resultado dos exames laboratoriais.(...)”

TEORIA DA

PERDA DE UMA CHANCE

“(…) À luz de tal premissa, ainda que o Tribunal de origem tenha estabelecido os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referindo-se ao sofrimento e 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 perda da chance de um diagnóstico correto e de todas as normais consequências que dele se poderia esperar. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado os montantes fixados pelas instâncias ordinárias a tal título apenas quando se revelem irrisórios ou exorbitantes, circunstâncias inexistentes no presente caso.”

PERDA DE UMA CHANCE

- ▶ A reparação deve ser condizente com a chance perdida.
- ▶ E o pedido?

“CPC, Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

§ 2º **A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.**”

PERDA DE UMA CHANCE

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL, NOS MOLDES LEGAIS E REGIMENTAIS. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) V. Não prospera a alegada violação aos arts. 128 e 460 do CPC/73, ao sustentar a parte agravante que a fundamentação da sentença fora diversa do pedido formulado pelos autores, porquanto, conforme afirmado pelo acórdão recorrido, **"o fato de o magistrado ter mencionado em sua sentença a teoria da perda de uma chance não implicou em julgar a demanda de forma dissociada com o pedido da parte autora", tendo acatado as alegações dos autores e condenado os réus ao pagamento de indenização por dano moral, em razão do óbito da vítima, ocasionado por erro médico.** VI. Ademais, na forma da jurisprudência, **"não ocorre julgamento extra petita quando o órgão julgador interpreta de forma ampla o pedido formulado na exordial, decorrente de interpretação lógico-sistemática da petição inicial"** (STJ, AgRg no AREsp 633975/ SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/03/2015). VII. Agravo interno improvido.” (STJ. AgInt no AREsp 909.233/PR. 2ª T. Rel. Min.ª Assusete Magalhães. Julgamento em 16/05/2017, DJe 23/05/2017)



OBRIGADA
PELA ATENÇÃO

glenda@gondimadvogados.com.br