

# TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO (OU NÃO) AOS CASOS DE ERRO MÉDICO<sup>1</sup>

*THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE: POSSIBILITIES OF APPLICATION (OR NOT) TO CASES OF MEDICAL ERRORS*

**Gabriela Cruvinel BRUNO<sup>2</sup>**

**Larissa Maia Freitas Salerno MIGUEL<sup>3</sup>**

---

<sup>1</sup> O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2022-2023) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

<sup>2</sup> Graduação em andamento em direito pela Faculdade de Direito de Franca

<sup>3</sup> Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Doutora em Direito Privado pela Universidade de Salamanca - USAL/ES. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP (2017). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2013). Professora da Pós-graduação da Faculdade de Direito de Franca. Professora Substituta de Direito Empresarial II, da Faculdade de Direito de Franca, atuando, ainda, em cursos de extensão, orientação de trabalhos de conclusão de curso e de trabalhos de iniciação científica e participação em bancas da graduação e da pós graduação. Faz parte do Comitê Avaliador da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Oficial Substituta do 1 Cartório de Registro Civil de Franca/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil, Empresarial/Comercial e Tributário. Tem experiência contenciosa, consultiva e de pareceres na área de Direito Privado, com

---

---

## RESUMO

A teoria da perda de uma chance relaciona-se com as demandas que envolvem averiguação de erro médico na medida em que proporciona uma nova forma de se atribuir responsabilidade civil ao profissional da saúde. Nesse sentido, em que pese tenha sido desenvolvida a partir da década de 60 pela Corte de Cassação Francesa, a teoria ainda enseja divergências doutrinárias e a jurisprudência busca definir balizas para sua aplicação, já que o instituto foi transportado para o ordenamento brasileiro a partir de julgados, mas ainda não há regulamentação sobre o tema. Com isso, pretende-se uma análise dos critérios admitidos para seu uso a partir das doutrinas francesa e brasileira.

**Palavras-Chave:** teoria da perda de uma chance; responsabilidade civil; erro médico; código de defesa do consumidor; responsabilidade do profissional liberal.

## ABSTRACT

The loss of a chance theory is related to the demands that involve the investigation of medical errors insofar as it provides a new way of attributing civil liability to health professionals. In this sense, despite having been developed from the 1960s onwards by the French Court of Cassation, the theory still gives rise to doctrinal divergences and jurisprudence seeks to define benchmarks for its application, since the institute was transferred to the Brazilian legal system from judged, but there is still no regulation on the subject. With this, we intend to analyze the criteria accepted for its use from the French and Brazilian doctrines.

**Keywords:** missed a chance theory; civil responsibility; medical error; consumer protection code; responsibility of the liberal professional.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende a análise da teoria da perda de uma chance sob a ótica da responsabilização do médico no exercício da sua profissão, enquanto um novo braço da responsabilidade civil clássica, que pode ser incluída aos chamados “novos danos”.

Eis que a verificação do erro médico perpassa pelos pressupostos da responsabilidade civil, contudo, tendo em vista as especificidades destas demandas, a demonstração dos requisitos clássicos acaba por configurar verdadeiro óbice no acesso à justiça.

Nesse sentido, passou a ser admitida a aplicação da aludida teoria como uma forma de resolver o problema do nexu causal, já que, a partir

---

ênfase em Direito Civil e Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito comercial, direito societário, direito contratual, direito das obrigações, direito das coisas, direito de família, direito do consumidor.

dela, busca-se a reparação não pelo dano, mas sim pela oportunidade ou vantagem retirada do ofendido.

A teoria da perda de uma chance teve seus primeiros contornos na França, a partir da década de 60. Ela foi desenvolvida em precedentes franceses que envolviam averiguação do erro médico, passando então a ser difundida para outros países.

No Brasil, a teoria ganhou destaque a partir do julgamento de demanda proposta por participante do Show do Milhão, sendo posteriormente admitido o seu uso em processos em que se pleiteava indenização por erro médico.

Hodiernamente, a jurisprudência pátria reúne uma vasta gama de julgados com aplicação da teoria em diversos temas, sendo certo que tem se mostrado presente em demandas na seara médica.

Diante disso, pretende-se um estudo da responsabilidade do médico enquanto profissional liberal, analisando como se dá a demonstração destes requisitos clássicos nesse âmbito. Por fim, será abordada a teoria da perda de uma chance e como ela se relaciona com o ordenamento jurídico vigente.

Para concretizar esse intento, lançou-se mão de pesquisa básica explicativa, bibliográfica e documental, a partir de metodologia dedutiva.

## **2 A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL LIBERAL**

É assente na doutrina e na jurisprudência que os pressupostos da responsabilidade civil clássica se aplicam aos profissionais liberais, isto é, para caracterização do dever de indenizar, deverão ser demonstrados a conduta, a culpa, onexo de causalidade e o dano.

Na lição de Sílvia de Salvo Venosa:

O paciente coloca-se na posição de consumidor nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/1990. O médico ou a pessoa jurídica que presta serviço coloca-se como for-

necedor de serviços, de acordo com o art. 3º. (...). Contudo, a responsabilidade do médico continua a ser subjetiva nos termos do CDC.4

Na forma do artigo 14 §4º do CDC, “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”<sup>5</sup>. Nesse sentido, há que se falar em responsabilidade subjetiva aplicada aos casos de erro médico. Contudo, nesta seara, a demonstração de tais requisitos se torna ainda mais difícil, especialmente em relação à culpa e ao nexo de causalidade, conforme se passará a expor.

De início, cumpre destacar que a culpa do médico será analisada após o evento danoso. Em outras palavras, requer “um juízo *a posteriori*, quando já se conhece o dano produzido (...) e se verifica, em abstrato, a existência de outro tratamento ou procedimento que poderia não produzir o mesmo resultado”<sup>6</sup>.

Ocorre que a obrigação do médico, em geral<sup>7</sup>, é de meio, e não de resultado. Sendo assim, não se poderia exigir do profissional o alcance de um resultado, como a cura do paciente. Em verdade, o que se exige é que o médico atue com toda a diligência e cautela possíveis, dentro dos parâmetros definidos pelos órgãos que regulam a profissão.

Sabe-se que a Medicina não é uma ciência exata e, portanto, não oferece “fórmulas” que, se seguidas, levarão indubitavelmente a um determinado resultado. Em que pese as diversas recomendações e protocolos a serem seguidos pelo profissional, é certo que cada paciente poderá reagir

---

<sup>4</sup> VENOSA, Silvio de Salvo: **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. volume 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 457.

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 14, §4º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2023.

<sup>6</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set/dez., 2015.

<sup>7</sup> Embora não seja objeto deste trabalho, importa mencionar que há profissionais liberais aos quais se aplica a regra geral (responsabilidade objetiva) justamente por assumirem uma obrigação de resultado, a exemplo do médico cirurgião plástico estético e do dentista estético, como recorda Flávio Tartuce em sua obra. TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 16. ed. 2 reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 577.

de modo diferente ao mesmo tratamento proposto. Ainda, podem ocorrer situações em que mais de um tratamento é possível para o mesmo quadro clínico.

Nessa esteira, uma das críticas à verificação da culpa do médico após o dano sofrido pelo paciente é justamente a insegurança que se traria ao profissional: com este raciocínio, ele seria responsabilizado por ter optado por certo tratamento em detrimento de outro, o que impossibilitaria a sua atuação. Isso porque o médico deve fazer escolhas a todo momento, e esta opção por uma forma ou outra de tratamento é inerente ao próprio exercício da medicina.

Outrossim, importa consignar que a constatação de uma das modalidades de culpa, qual seja, a imperícia, deve ser feita a partir da análise de todo o conjunto fático do momento em que a decisão do profissional foi tomada<sup>8</sup>. É certo que a situação de urgência, a disponibilidade de recursos e as técnicas adequadas ao tempo em que a atuação do profissional da medicina foi requisitada são fatores que influenciam diretamente no exercício da sua atividade.

Isto posto, depreende-se que a aferição da conduta culposa do profissional é balizada, de um lado, de forma subjetiva, ao se analisar se seria possível ao médico prever as complicações advindas ao paciente e se havia condições de agir de maneira diversa; de outro lado, de forma mais objetiva, verificando-se se o profissional agiu conforme as orientações da comunidade médica.

Logo neste ponto já seriam excluídas diversas hipóteses de alegado erro médico, conforme demonstrado no julgado acima. Todavia, ainda é necessário descer às minúcias do que consiste referido erro, de modo a identificá-lo com maior precisão.

De proêmio, é preciso diferenciar o erro e a culpa. Conforme esclarece Eduardo Nunes de Souza, o erro está relacionado ao dano experimentado pelo paciente, isto é, independe de averiguação de cuidado e diligência empregados pelo profissional. Não importa se houve a prescrição de um tratamento inadequado ou se, estando diante de dois tratamentos admitidos para o quadro clínico em análise, optou-se por um que não trouxe

---

<sup>8</sup> ZIMIANI, Laís Silva; ARAÚJO, Fábio Caldas de; CARDOSO, Kelly. Análise jurídica da apuração da teoria da perda de uma chance na área médica. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 9, 2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/x'view/32198/27311>. Acesso em: 18 ago. 2023 apud AGUIAR JÚNIOR, 2010, p. 551-552.

resultado favorável ao paciente. Em ambas as hipóteses, restará configurado o erro<sup>9</sup>.

Portando, o “erro” do profissional não implicará, necessariamente, em obrigação de reparar eventuais danos ao paciente. Em verdade, a despeito da expressão “erro médico”, o erro não é um pressuposto da responsabilidade civil, mas sim a culpa, de modo que somente o agir fora do zelo e cuidado esperados é que poderá acarretar uma demanda indenizatória.

Isso posto, também importa ao presente estudo a comparação entre as chamadas “culpa psicológica” e “culpa normativa”. A primeira guarda relação com a consciência, é subjetiva: está “associada à violação de dever específico preexistente (...) e vinculada à consciência do procedimento e à previsibilidade do resultado.”<sup>10</sup>

Eis que, cada vez mais, aproxima-se da segunda, tendo em vista a busca por balizas objetivas para definição da presença do elemento culpa, a qual pode ser entendida como “um desvio do modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média, isto é, ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”.<sup>11</sup>

Trazendo estes ensinamentos para a seara do erro médico, depreende-se que a conduta do profissional deverá ser analisada sob o enfoque da culpa normativa, tomando por base uma conduta em abstrato de uma pessoa com “diligência média”, isto é, verificando qual seria o agir esperado de um profissional que toma as devidas cautelas. Seguir por esta linha de raciocínio proporciona, conforme dito alhures, uma aferição da culpa calcada na objetividade, sem submeter o caso concreto a elocubrações ao demandar na justiça.

---

<sup>9</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set/dez., 2015.

<sup>10</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set/dez., 2015.

<sup>11</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set/dez., 2015 apud BODIN DE MORAES, 2003, p. 211.

Carlos Roberto Gonçalves aponta os casos em que não haverá responsabilização do profissional da saúde em questão. Segundo o autor, não há dever de reparação na hipótese de iatrogenia. Trata-se de:

(...) expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica, sendo por isso escusável.<sup>12</sup>

Tampouco se poderá responsabilizar o médico pelo chamado erro profissional, que se contrapõe ao erro médico na medida em que “advém da incerteza da arte médica”, admitindo-se “a escusa que tolera a falibilidade do profissional”<sup>13</sup>. São os casos em que, mesmo agindo com a perícia e técnica esperadas, sobrevém evento danoso ao paciente.

Em suma, não são todas as situações de alegado erro médico que ensejarão a reparação civil, sendo certo que as decisões judiciais devem ser equalizadas segundo o conceito de culpa normativa, observando-se que não haverá responsabilização nos casos em que, apesar de toda a diligência empregada, ainda assim restou configurado o erro.

Comporta ainda expender comentários acerca do consentimento informado do paciente. Sabe-se que nas relações de consumo há o dever de informação, insculpido nos artigos 6, inciso III e 8, ambos do CDC. O primeiro dispositivo consagra o direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, (...) bem como sobre os riscos que apresentem”<sup>14</sup>. Já o artigo 8º do CDC determina que

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito civil brasileiro**. volume 4. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1150.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 1149.

<sup>14</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 6, inciso III 8. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2023.

consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.<sup>15</sup>

Referido dever é transportado para as relações médico-paciente. Enquanto consumidor, tal como determinado nos artigos supramencionados, o paciente tem o direito de obter todas as informações acerca do seu quadro clínico e dos tratamentos disponíveis, ao passo que o profissional de saúde tem o dever de ser claro e transparente, sob pena de responsabilização civil.

Outrossim, em palestra realizada por ocasião do XII Encontro dos Conselhos Regionais de Medicina das Regiões Sul e Sudeste, o desembargador Miguel Kfourri Neto foi instado a tratar do consentimento informado e em que medida tal documento eximiria o médico da responsabilização em caso de resultado insatisfatório.

O palestrante esclareceu que o consentimento informado não é um instrumento para favorecer qualquer das partes: não servirá como “salvo-conduto” para o médico, já que não evitará que este seja demandado, e tampouco deve ser compreendido como estímulo ao paciente à busca por indenização. Por conseguinte, é preciso analisar se o dano sofrido está relacionado com as informações fornecidas ao paciente (ou com a ausência destas)<sup>16</sup>. Conclui, assim, que: “tem que haver uma ligação entre a ausência

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 8. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2023.

<sup>16</sup> KFOURRI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil de Médicos, Hospitais, Clínicas e Laboratórios de Análises**. Critérios na Fixação da Indenização do Dano Material e do Dano Moral. Palestra. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=4&cod\\_publicacao=1](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=4&cod_publicacao=1). Acesso em: 18 ago. 2023.

da obtenção do consentimento e o dano para que haja a responsabilidade civil”<sup>17</sup>.

Ademais, Kfoury Neto destaca que, diante de uma situação de culpa, ainda que haja o consentimento informado do paciente, o profissional não estará isento da responsabilidade. Nas palavras do aludido palestrante:

A informação tem que ser leal, clara, e mais completa possível. (...) Sou adepto da obtenção do consentimento informado. Mas que ela seja absolutamente compatível com a natureza do atendimento. (...) Também sobre esses consentimentos excessivamente genéricos, há pacientes que vão ao hospital se internar e devem ler três laudas. Isso aí vira um contrato de adesão e, então, temos que tomar cuidado. A existência pura e simples do termo do consentimento informado não exculpa.<sup>18</sup>

Ainda que em caso mais antigo, a ausência de consentimento informado chegou a ser considerada pelo Superior Tribunal de Justiça como “negligência no exercício profissional”. Consignou-se na ementa do referido julgado: “(...) A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional.”<sup>19</sup>

Em que pese o posicionamento doutrinário acerca da possibilidade de responsabilização diante da aferição de culpa, independentemente de haver consentimento informado, é de se mencionar que a jurisprudência

---

<sup>17</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil de Médicos, Hospitais, Clínicas e Laboratórios de Análises**. Critérios na Fixação da Indenização do Dano Material e do Dano Moral. Palestra. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=4&cod\\_publicacao=1](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=4&cod_publicacao=1). Acesso em: 18 ago. 2023.

<sup>18</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil de Médicos, Hospitais, Clínicas e Laboratórios de Análises**. Critérios na Fixação da Indenização do Dano Material e do Dano Moral. Palestra. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=4&cod\\_publicacao=1](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=4&cod_publicacao=1). Acesso em: 18 ago. 2023.

<sup>19</sup> BRASIL. STJ. **REsp n. 436.827/SP**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/10/2002, DJ de 18/11/2002, p. 228.

maciça considera que, tendo sido assinado referido documento, resta afastada a responsabilidade do profissional.

Superado o requisito da culpa, passa-se à análise do nexo de causalidade. A demonstração deste pressuposto esbarra na dificuldade de se ter uma certeza de que a atuação do médico levou, necessariamente, ao resultado verificado em concreto – seja a piora do quadro clínico, seja a morte do paciente.

Isso porque há casos em que, independentemente da intervenção do profissional, o paciente já sofreria o dano. Por exemplo, se um paciente diagnosticado com câncer vem a falecer, a morte seria, *a priori*, atribuída ao desenvolvimento da doença e não à atuação do médico.

Todavia, tem-se admitido que o médico seja responsabilizado com base na teoria da perda de uma chance. Tratando do tema, traz-se a colação a seguinte jurisprudência:

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.

(...) 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

diffícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. (...).<sup>20</sup>

Conforme consta do julgado, a teoria é uma forma de superar as dificuldades relatadas acima: não se busca estabelecer um liame entre a conduta do profissional e o dano sofrido, mas sim entre a conduta e a chance de evitar o mal, sendo que, nesses casos, o valor da indenização será proporcionalmente reduzido.

### 3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance foi ventilada pela primeira vez em decisão da Corte de Cassação Francesa, em 1965, na qual houve responsabilização de um médico que se equivocou no diagnóstico de uma paciente, retirando assim as chances de cura da doença da qual ela padecia.<sup>21</sup>

Em que pese tenha sido criada no âmbito do erro médico, no Brasil a teoria da perda de uma chance ganhou notoriedade em 2005, com o julgamento de um caso envolvendo uma participante do programa Show do Milhão, do SBT. Na ocasião, a participante teria que responder a uma pergunta optando por uma das quatro alternativas, contudo nenhuma das respostas apresentadas era correta. Foi assim reconhecido o direito da participante à indenização no valor de R\$ 150.000,00, isto é, 25% do valor do prêmio, em atenção a probabilidade que ela teria de acertar a questão. Restou consignado no acórdão que houve “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.”<sup>22</sup>

Hodiernamente, a aludida teoria é utilizada em uma gama diversificada de casos, sendo certo que, no âmbito do erro médico, tem sido

---

<sup>20</sup> BRASIL. STJ. **REsp n. 1.254.141/PR**. Relatora: Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

<sup>21</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 40, p. 177-214, out./dez., 2009.11

<sup>22</sup> BRASIL. STJ. **REsp n. 788.459/BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006. p. 334.

abordada em número crescente de julgados, conforme será estudado em subcapítulo próprio. De proêmio, parte-se a uma análise das balizas já fixadas para a teoria. Acerca da compreensão concebida pelo direito francês, Miguel Kfourí Neto esclarece:

Quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura - e, em consequência, condena à indenização por esta perda. Desaparece, desse modo, a dificuldade em se estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente - que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do próprio doente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável. A causalidade resulta, então, fácil de estabelecer, pois, como disse Penneau, já não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido. Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.<sup>23</sup>

Nesse sentido, a teoria da perda de uma chance foi desenvolvida para oferecer tutela jurídica a casos em que não é possível firmar seguramente o liame entre a conduta do ofensor e o dano experimentado pelo ofendido. Na averiguação do erro médico, o estabelecimento do nexu causal implica grande dificuldade, especialmente porque não se poderia atribuir a morte ou a seqüela ao profissional quando a doença ou a condição que acomete o paciente já o levaria a este estado.

---

<sup>23</sup> KFOURI NETO, Miguel. Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 2, n. 1, jan./fev., 2006. p. 9.

Anderson Schreiber tece duras críticas ao que entende como flexibilização do nexa causal, a gerar cada vez mais novos danos ressarcíveis. Segundo o autor:

Esse "nexa causal flexível", que tem se manifestado em diversas experiências, surge (...) como um espaço de discricionariedade judicial a ser exercido em favor da conclusão "mais justa" no caso particular, quase sempre identificada com a integral reparação dos danos sofridos pela vítima. Como ocorrera com a prova da culpa, portanto, também a prova do nexa causal vem perdendo, gradativamente, seu papel de filtro da reparação, passando a ser empregado pelo Poder Judiciário com desenvolta elasticidade em prol da responsabilização de algum agente mais preparado a suportar a ampla reparação dos danos. A erosão dos obstáculos tradicionais ao ressarcimento resulta, obviamente, em uma crescente expansão dos danos ressarcíveis, a exigir, também dos estudiosos, um deslocamento do foco de suas atenções, que passa da culpa e do nexa causal ao dano, como elemento primordial da responsabilidade civil e locus privilegiado para a aferição da resarcibilidade.<sup>24</sup>

Essa questão não passa despercebida por Rafael Peteffi da Silva, que discorre acerca do uso da causalidade parcial e de estatísticas a fim de que as chances perdidas sejam auferidas no caso concreto, concluindo que:

Em primeiro lugar, comunga-se com a preocupação sistemática demonstrada por vários autores. De fato, a utilização da noção de causalidade parcial facilitaria o deslinde da demanda na maioria dos casos, instaurando definitivamente o paraíso do juiz indeciso e tomando a teoria da perda de uma chance (...). Como bem enfatizou René Savatier, as estatísticas apenas demonstram uma média teórica, devendo o magistrado, levando em consideração a totalidade do conjunto

---

<sup>24</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 243.

probatório, analisar se a conduta do réu, em determinado caso concreto, foi determinante para a causação do dano final. Portanto, se um médico específico é acusado de ter retirado chances de vida de um paciente devido a um diagnóstico tardio de um câncer, o magistrado deverá lançar mão de todas as características particulares do paciente para determinar a real influência da conduta médica na morte deste. Desse modo, estaria reforçado o padrão “tudo ou nada” de causalidade, o qual traz como corolário o princípio do dano certo, já que somente com a presença da conditio sine qua non haverá reparação do dano final.<sup>25</sup>

Nesse passo, elucidando a dinâmica da aplicação da teoria, Ruy Rosado de Aguiar Júnior criou o seguinte exemplo:

Caso clássico. “A” tem a expectativa de obter um prêmio, alcançar uma promoção, ser aceito em emprego, vencer um concurso, ganhar uma causa judicializada. “B”, por ação ou omissão, pela qual responde por culpa ou objetivamente, elimina essa expectativa, que não mais poderá ser realizada. O dano consiste na eliminação da expectativa. O nexo de causalidade está entre a ação do agente e o dano imediato (perda da expectativa, isto é, a perda da chance). O dano não consiste na perda do prêmio, da promoção ou do concurso, que seria o resultado final, definitivamente eliminado pela perda da chance. No entanto, o prêmio, a promoção ou o concurso devem existir, como fato ou como programa. Esse fato externo não integra a relação de responsabilidade, apenas justifica a existência da expectativa. Nada há de eventual na perda da chance: o dano acontece no momento da frustração da oportunidade. A avaliação do dano levará em conta a

---

<sup>25</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 251-252.

participação causal do agente na eliminação da expectativa e o grau de probabilidade de alcançar o resultado mediato (externo).<sup>26</sup>

Do trecho citado, depreende-se que um dos requisitos essenciais para configuração da responsabilidade é que a chance seja séria e real, não constituindo mera expectativa ou esperança do demandante. Sobre isso, Ruy Rosado destaca: “(...) precedentes jurisprudenciais são claros em admitir a indenização apenas nos casos em que era altamente provável a obtenção de uma vantagem, se o ato ilícito não fosse cometido. A mera esperança subjetiva não dá lugar à indenização”.<sup>27</sup>

Ademais, o dano a ser ressarcido consiste exatamente na chance ou oportunidade perdida de auferir uma vantagem, isto é, “existe um prejuízo para a vítima decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo”<sup>28</sup>.

Como já consignado no presente estudo, não é admitida no ordenamento a indenização por danos hipotéticos. É certo que a vantagem que a vítima efetivamente deixou de obter não poderá ser objeto de ressarcimento: tal como no caso do Show do Milhão, jamais se poderá afirmar com absoluta certeza que a participante teria respondido corretamente à pergunta e levado o prêmio de R\$ 500.000,00. Por isso, entendeu-se que ela teria direito apenas a 25% desse valor, correspondente a probabilidade que ela tinha de acertar a pergunta.

O mesmo raciocínio se aplica às demandas cujo pedido é a responsabilização do médico por falha na sua prestação de serviços. É possível a imposição de indenização ao profissional ainda que o paciente estivesse

---

<sup>26</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; Flávio Tartuce. **Direito Civil**: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018. p. 444.

<sup>27</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; Flávio Tartuce. **Direito Civil**: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018. p. 460.

<sup>28</sup> ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 40, p. 177-214, out./dez., 2009. p. 12.

fadado à morte, à incapacidade ou às sequelas advindas de seu quadro clínico, justamente porque o que se pretende indenizar não é o dano em si, mas a chance do paciente em afastar-se deste destino.

Nesse sentido, Glenda Gonçalves Gondim aborda interesse julgado da Corte de Cassação Francesa, que ilustra este raciocínio:

Dentre as decisões históricas adotando a teoria da perda de uma chance, tem-se o julgamento proferido em 1969, onde se analisou o caso de um paciente que ao ser operado de apendicite, veio a falecer. O profissional responsável ao diagnosticar o paciente, agendou imediatamente uma cirurgia, sem realizar quaisquer exames pré-operatórios, o que por si só teria constatado a reação do paciente - causa de sua morte. O fundamento da indenização não foi o dano sofrido pela vítima - a sua morte - tendo em vista que o nexo causal não restou devidamente demonstrado para tanto. Contudo, existiam provas suficientes nos autos para embasar a causalidade entre a privação de sobrevivência do paciente em virtude da intervenção médica, fato este que, segundo a Corte de Cassação Francesa, é suficiente para indenizar.<sup>29</sup>

Veja-se que o paciente faleceria em razão da doença, independentemente da atuação do profissional. Com isso, não se poderia atribuir um liame entre a conduta do médico e a morte. Contudo, restou configurada a culpa do profissional por não ter tido a diligência esperada (realização de exames pré-operatórios), o que levaria ao uso de tratamentos alternativos àquele elegido pelo profissional. Assim, conclui Gondim que “a Corte de Cassação Francesa responsabiliza simplesmente a perda da chance de sobrevivência, considerando que, se o médico tivesse tomados os cuidados necessários, existiria uma chance de sobrevida do paciente”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil**: teoria da perda de uma chance. p. 8-9. Disponível em: <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

<sup>30</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil**: teoria da perda de uma chance. p. 9. Disponível em: <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

O nexos causal, por fim, restará configurado entre a conduta do ofensor e a perda da oportunidade para a vítima, nos termos do que foi esclarecido.

Sintetizando estes requisitos, a Ministra Nancy Andrigui consignou no Recurso Especial nº 1.254.141/PR, de sua relatoria:

(...) 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 nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexos 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 hipotético.<sup>31</sup>

Conforme exposto, a teoria da perda de uma chance surge como uma inovação frente aos contornos da responsabilidade civil clássica, pelos quais seria de grande dificuldade a demonstração do liame entre a conduta culposa e o dano experimentado. Manifestando-se nesse mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva aduz que:

Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo. A não adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexos de causalidade certo e direito entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela

---

<sup>31</sup> BRASIL. STJ. REsp n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrigui, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.<sup>32</sup>

De fato, a apuração da responsabilidade do profissional diante de uma falha na prestação de serviços não é tarefa fácil para o julgador, especialmente porque a conduta do médico pode ter contribuído para o evento, mas não é possível demonstrar, com segurança, em que medida ocasionou o dano experimentado pelo paciente. Sendo assim, a utilização da teoria da perda de uma chance dá o fundamento necessário para que o médico seja responsabilizado, considerando a dupla função da responsabilidade civil (punitiva e pedagógica).

Seguindo semelhante linha argumentativa, Sérgio Savi comemora o deslocamento do foco da doutrina para o dano em si, e não mais no comportamento do ofensor, de modo a possibilitar decisões mais acertadas em atenção aos princípios que regem o direito civil e a Constituição. Seguindo o autor:

A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações subjetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição, o que permitirá a mais efetiva realização de justiça. A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 248.

<sup>33</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107-108.

Todavia, não se ignora as advertências daqueles que são contrários à aplicação da teoria, segundo os quais estaria se colocando os profissionais em terreno incerto, ao ponto de impedir a sua atuação, além de que seriam admitidos julgados com “imprecisões indenizatórias cometidas em cada caso”.<sup>34</sup> Acerca disso, observa-se que as indenizações decorrentes do uso da perda de uma chance se aproximam daquelas fixadas como reparação ao dano moral, sendo certo que em ambos os casos há certo grau de subjetividade do julgador.

Insta consignar que há uma diferença entre o erro médico e o erro de diagnóstico. Embora ambos ensejem a aplicação da teoria da perda de uma chance, o erro de diagnóstico não implica necessariamente o reconhecimento de conduta culposa, devendo ser analisado com especial cautela. Conforme lição de Miguel Kfourri Neto:

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável. Há sintomas inespecíficos, que mascaram determinadas doenças. Por isso, o médico só responderá por falha de conduta diagnóstica - o modo de proceder à investigação dos sinais patognomônicos - ou quando grosseira sua falha ao diagnosticar (descurar sintoma evidente e inconfundível, que outro médico, sem lugar, jamais ignoraria).<sup>35</sup>

Por conseguinte, na forma do exposto no capítulo anterior, apenas a falta de agir com a diligência esperada, a configurar flagrante imperícia, imprudência ou negligência, poderá acarretar responsabilização: não é qualquer “erro médico” que será passível de ser ressarcido.

Diante deste quadro, importa trazer à colação que há uma distinção feita na doutrina e que tem sido observada na jurisprudência, especialmente pela Ministra do STJ Nancy Andrighi. Fala-se em perda de uma chance clássica e perda de uma chance de cura ou sobrevivência, sendo esta última aplicável aos casos de responsabilização do médico.

Em atenção às especificidades inerentes às demandas que envolvem averiguação de erro médico, parte da doutrina francesa já sinalizava

---

<sup>34</sup> SILVA, Rafael Peteffi da, op. cit., p. 249.

<sup>35</sup> KFOURI NETO, Miguel. Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 2, n. 1, jan./fev., 2006. p. 9.

para uma distinção entre a teoria da perda de uma chance tida como clássica e aquela que melhor se adequa à seara médica. Rafael Peteffi da Silva, sustentando essa distinção, assevera:

Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto.<sup>36</sup>

Logo, na lição do autor, há um processo aleatório ao qual o ofendido se submete. Se ele foi interrompido antes de chegar ao final, como é o caso da participante do Show do Milhão, fala-se em perda de uma chance clássica. De modo diverso, quando o processo aleatório termina e resta configurado, indubitavelmente, o dano – a morte ou a invalidez do paciente – é possível a aplicação da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência<sup>37</sup>. Nesse sentido, citando Jean Penneau:

A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em um a perspectiva bem diferente: aqui, o paciente já está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.<sup>38</sup>

Em outras palavras, na primeira modalidade, há uma expectativa real e séria de alcançar determinada vantagem futura. Na segunda concepção, havia uma expectativa de cura ou de sobrevivência, a qual não subsiste,

---

<sup>36</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 84.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>38</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 87 apud PENNEAU, Jean, 1990.

pois o processo aleatório chegou ao fim e o prejuízo já é conhecido, de modo que a vantagem esperada ficou no passado<sup>39</sup>. Com isso, “restará determinar se os efeitos desse dano já se esgotaram ou continuarão a se fazer sentir no futuro”.<sup>40</sup>

Importa consignar que, inexistindo dano – como nos casos em que, apesar do erro médico, o paciente sobreviveu ou se recuperou – não teria lugar a aplicação da teoria. Esta é outra característica atribuída à modalidade de perda de uma chance em comento, conforme destaca o aludido autor: “se existir prova irrefutável de falha médica, mas o paciente não apresentar qualquer seqüela, o médico não pode ser condenado a reparar um dano inexistente, mesmo que o seu ato tenha retirado algumas das chances de vida do paciente”.<sup>41</sup>

Destarte, o nexó de causalidade nessa hipótese pode ser entendido da seguinte maneira:

A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexó de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexó causal.<sup>42</sup>

A questão da perda de uma chance enquanto dano autônomo é controversa e gera grandes embates na doutrina. Sem pretender aprofundar neste mérito, cita-se o entendimento proposto pela Ministra Nancy Andrighi: “a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja vi-

---

<sup>39</sup> SILVA, Rafael Peteffi da, *op. cit.*, p. 113.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 87-88.

<sup>42</sup> BRASIL. STJ. **REsp n. 1.622.538/MS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 24/3/2017.

olação 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”.<sup>43</sup>

Da análise jurisprudencial acerca do tema, pôde-se verificar que, na verdade, a teoria é utilizada como um raciocínio lógico a embasar uma condenação por danos morais. Por essa razão, discorda-se da ministra, compreendendo, para fins do presente trabalho, o dano pela perda de uma chance como uma vertente do dano moral.

Verificou-se, em jurisprudência maciça, a existência de laudo pericial a embasar a condenação ou a ausência de responsabilização do profissional, constituindo prova indispensável para averiguação do alegado erro médico. Ademais, a exemplo do que já fora exposto no capítulo anterior, ressalta-se que a relação médico-paciente admite a aplicação do CDC, razão pela qual é possível a inversão do ônus da prova, conforme entendimento majoritário da jurisprudência.

Ainda, é assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a indenização imposta com base na teoria da perda de uma chance jamais corresponderá ao valor integral do benefício que a vítima pretendia auferir. Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva adverte:

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida.<sup>44</sup>

Outrossim, segundo lição de Miguel Kfoury Neto, é admitida a gradação da culpa do profissional mesmo nos casos que envolvem uso da teoria da perda de uma chance:

---

<sup>43</sup> BRASIL. STJ. REsp n. 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

<sup>44</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

Inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica - quase sempre levíssima ou leve. Também aqui se encontra, por conseguinte, terreno apropriado à incidência da redução da indenização, por equidade, na forma do art. 944, parágrafo único, do novo CC.<sup>45</sup>

## 4 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, verificou-se os pressupostos clássicos da responsabilidade civil são transportados para a verificação do dever de indenizar do médico, enquanto profissional liberal, o qual somente responderá mediante demonstração culpa, por previsão expressa do artigo 14, §4 do CDC.

Sendo assim, debruçou-se sobre dois requisitos, quais sejam, a culpa e o nexa causal, por serem os que demandam maior esforço probatório. Conforme se pôde verificar, a culpa do médico leva o julgador a traçar tortuosos caminhos, justamente porque a responsabilização arbitrária do profissional induz a uma indesejada insegurança jurídica. De outra banda, não há critérios objetivos definidos, seja em lei, doutrina ou jurisprudência, sendo certo que os precedentes apenas fornecem balizas, ficando o caso concreto sujeito à interpretação do julgador.

Dentre essas balizas, consignou-se que não será admitida a responsabilização do profissional quando, mesmo agindo com toda a técnica e diligência esperadas, o evento danoso restou concretizado. Isso porque o erro médico não se confunde com a culpa, sendo conceitos distintos: apenas a culpa, isto é, o agir imprudente, negligente ou imperito, ou ainda a conduta dolosa do agente, é que poderão ensejar a responsabilização civil. O erro médico também se distingue do erro profissional, indissociável da prática da medicina, tendo em vista não se tratar de uma ciência exata.

Além disso, a culpa deverá ser auferida a partir da análise do conjunto fático que permeia o caso *sub judice*, especialmente diante da alegação de imperícia, visto que as técnicas empregadas variam com a evolução

---

<sup>45</sup> KFOURI NETO, Miguel. Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 2, n. 1, jan./fev., 2006. p. 9.

constante da medicina e em função da disponibilidade de recursos, além do fato de que a atividade do médico depende da situação em que é colocado (se se trata ou não de urgência).

Outrossim, é mais acertada a verificação desse pressuposto enquanto “culpa normativa”, isto é, distanciando-se do subjetivismo, significa a análise da atuação do profissional em comparação com o que se espera de um médico diligente e cuidadoso.

Ainda no âmbito da culpa, tratou-se do dever de informação, que se consubstancia em dever do profissional e direito do paciente em obter todas as informações acerca do seu tratamento, bem como dos riscos inerentes a ele. O consentimento informado é de tamanha relevância que pode ensejar demandas indenizatórias, ao passo que, a despeito da assinatura do termo, não isenta o profissional de responsabilização caso aja com culpa.

Passando ao estudo do nexos de causalidade, consignou-se que é neste pressuposto que esbarra as tentativas de responsabilização do médico, justamente porque o estabelecimento de um liame entre a conduta do profissional e o dano experimentado pelo paciente é muito complexo e até mesmo impossível.

Pode-se dizer que o paciente sofrerá o evento danoso como uma decorrência do seu quadro de saúde, de modo que não há um nexos seguro entre este dano e a possível contribuição do médico para que ele ocorra – ou para evitar que ele se concretize. Ademais, é de se ressaltar que o médico possui uma obrigação de meio, não estando na posição de garantidor de resultado.

Nessa senda, foi abordada a teoria da perda de uma chance, uma inovação frente à responsabilidade civil clássica que propõe uma solução para esta dificuldade em se demonstrar o nexos entre a conduta do médico e a morte ou seqüela sofrida pela vítima.

A aludida teoria remonta à década de 60, na França, sendo a Corte de Cassação Francesa a precursora da aplicação da perda de uma chance aos casos que envolvem erro médico. Conforme anotado, a teoria dá fundamentação à responsabilidade do profissional com base no liame entre a conduta culposa do médico e a chance retirada do paciente em auferir uma vantagem.

Já na França, houve o desenvolvimento desta teoria com especial enfoque à seara médica, de modo que hodiernamente fala-se em perda de uma chance clássica e perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

O instituto foi transportado para o Brasil, ganhando notoriedade a partir do julgamento do caso do Show do Milhão, no qual, numa tentativa

de afastar-se do dano hipotético (jamais indenizado no nosso ordenamento), entendeu-se que a participante do programa teria 25% de probabilidade de levar o prêmio, conforme a chance que teria de acertar à pergunta formulada.

Em relação à seara médica, verificou-se que atualmente há farta jurisprudência abordando a teoria da perda de uma chance, de modo que é possível inferir alguns critérios a embasar a responsabilidade civil (ou a ausência dela) com base na teoria.

Dentre eles, destaca-se que a indenização corresponderá à chance perdida, nunca à vantagem que o ofendido efetivamente deixou de ter. Conforme exposto, o liame entre a conduta e o dano é de impossível constatação, configurando verdadeiro dano hipotético.

Na verdade, o que se busca demonstrar é o nexos entre a conduta do agente e a oportunidade retirada da vítima, razão pela qual o *quantum* indenizatório jamais corresponderá ao valor integral da vantagem perdida.

Outro requisito é que a chance seja real e séria, não constituindo mera expectativa do demandante. Isso significa que deve existir demonstração cabal de que o evento teria sido evitado diante da atuação diligente do médico, a qual se dará mediante perícia.

Diante da demonstração da chance e do nexos nos termos acima referidos, cabível a aplicação da teoria. Contudo, terreno menos sólido é a quantificação do dano. Pôde-se verificar que, a despeito da divergência doutrinária quanto a autonomia da perda de uma chance enquanto dano, a jurisprudência tem consagrado o uso desta teoria atrelado ao dano moral.

Deste modo, aplicam-se as regras inferidas da doutrina e da jurisprudência, tais como: o caráter duplo da indenização (compensar o ofendido e desmotivar novos atos ilícitos), a razoabilidade e a proporcionalidade, a gradação da culpa e a capacidade econômica das partes.

A partir da análise jurisprudencial, verificou-se que estas regras têm sido aplicadas aos casos concretos, mas ainda dão margem a subjetividade do magistrado. Não se olvida, assim, as críticas tecidas à aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do erro médico, especialmente no que concerne à incerteza dos valores.

Todavia, nota-se que referidas críticas coincidem com aquelas relacionadas ao dano moral, sendo que, apesar das controvérsias, referido dano continua a ensejar demandas reparatórias. Sendo assim, não haveria óbice a utilização da teoria da perda de uma chance, enquanto vertente do dano moral.

De outra banda, filia-se às lições de Peteffi e Savi quanto à necessidade de adoção da teoria como medida de justiça, de modo a possibilitar que demandas, até então de difícil alcance pela tutela jurisdicional, possam ser apreciadas e providas. Em que pese as críticas tecidas quanto a verificação da culpa do médico, entende-se que o profissional deve ser responsabilizado quando agir em desconformidade com a praxe médica.

## 5 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; Flávio Tartuce. **Direito Civil: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 40, p. 177-214, out./dez., 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil - teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.254.141/PR**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 20/2/2013.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.622.538/MS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 24/3/2017.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1.662.338/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 2/2/2018.

BRASIL. STJ. **REsp n. 436.827/SP**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/10/2002, DJ de 18/11/2002.

BRASIL. STJ. **REsp n. 788.459/BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006.

BRASIL. TJPR. **Apelação 0010411-81.2015.8.16.0026 - Campo Largo**. Relator: Substituto Ricardo Augusto Reis De Macedo. 3ª Câmara Cível, J. 01.08.2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito civil brasileiro**. volume 4. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: teoria da perda de uma chance**. Disponível em: <http://www.gondimadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Teoria-da-perda-de-uma-chance.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

KFOURI NETO, Miguel. Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 2, n. 1, jan./fev., 2006.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil de Médicos, Hospitais, Clínicas e Laboratórios de Análises. Critérios na Fixação da Indenização do Dano Material e do Dano Moral. Palestra. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=4&cod\\_publicacao=1](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=4&cod_publicacao=1). Acesso em: 18 ago. 2023.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set/dez., 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. 2 reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo: **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. volume 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ZIMIANI, Laís Silva; ARAÚJO, Fábio Caldas de; CARDOSO, Kelly. Análise jurídica da apuração da teoria da perda de uma chance na área médica. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 9, 2022. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/32198/27311>. Acesso em: 18 ago. 2023.