



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Teoria da Perda de uma Chance:  
A possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos.

Dayane Aguiar Teixeira

Rio de Janeiro  
2012

DAYANE AGUIAR TEIXEIRA

**Teoria da Perda de uma Chance:  
A possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos.**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Nelson C. Tavares Junior  
Néli Fetzner

Rio de Janeiro  
2012

## TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DIANTE DE DIAGNÓSTICOS MÉDICOS IMPRECISOS.

Dayane Aguiar Teixeira

Graduada em Direito pela Universidade  
Cândido Mendes - Centro. Pós-graduanda  
pela Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

**Resumo:** A Teoria da Perda de uma Chance é atualmente adotada no ordenamento jurídico pátrio nas hipóteses em que a vítima de um prejuízo injusto é indenizada material e moralmente pelo fracasso na obtenção de uma chance séria e concreta de adquirir uma circunstância futura mais favorável. Tal instituto representa um novo paradigma na ótica da responsabilidade civil. O artigo abordará a evolução histórica desse instituto, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da teoria, bem como sua aplicação diante de diagnósticos médicos que comprometam as possibilidades de vida salutar de um paciente.

**Palavras-chave:** Perda de uma Chance. Indenização. Danos materiais e morais. Erro de diagnóstico.

**Sumário:** Introdução. 1. Teoria da Perda de uma Chance. 2. Origem e evolução do instituto. 2.1. Aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A perda de uma chance como dano indenizável. 4. A perda da chance de cura. 5. Possibilidade de indenização diante de diagnósticos médicos imprecisos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A pesquisa ora proposta focaliza o reconhecimento da Teoria da Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro. Serão estudadas hipóteses em que a vítima de um dano injusto é ressarcida material e moralmente pela frustração de uma chance séria e real de se obter uma situação futura mais benéfica.

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda de uma oportunidade foi

ignorado pelo Direito, pois não era possível afirmar com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida.

A vítima esbarrava no requisito de certeza do dano, tendo em vista que a benesse esperada seria sempre considerada hipotética, contudo, graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível determinar, com aproximação tolerável, o valor de um dano, dotado de certa autonomia em relação ao definitivo resultado.

O presente trabalho abordará a origem e evolução da teoria, inicialmente discutida por doutrinadores italianos e franceses e analisará o momento de defesa pela doutrina francesa de um dano diverso do resultado final, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada.

A possibilidade da ocorrência de danos de naturezas distintas - patrimoniais e extrapatrimoniais - nos casos de perda de uma oportunidade também será devidamente averiguada, especialmente os danos imateriais, tal como o enquadramento do prejuízo proveniente de uma chance perdida como dano emergente ou lucro cessante.

Nesse diapasão, objetiva-se – por meio de uma pesquisa do tipo bibliográfica e qualitativa – despertar a reflexão acerca da possibilidade de ampliação do rol de danos passíveis de indenização no cenário jurídico contemporâneo, bem como da problemática de se mensurar uma indenização devida àqueles que tiveram suas vidas comprometidas por um diagnóstico médico errado ou impreciso.

## **1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

A Teoria da Perda de uma Chance é uma construção doutrinária que se sustenta no primado de que aquele que deixa de obter um ganho ou evitar uma perda, por motivo da

conduta perpetrada por outrem, deverá ser ressarcido.

A indenização cabível pela perda de uma chance possui como premissa o desaparecimento da probabilidade de um evento que possibilitaria uma vantagem para alguém. São hipóteses de aplicação da teoria, segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>1</sup>, os casos em que uma pessoa deixa de arrumar um emprego melhor ou progredir na carreira, deixa de recorrer de uma sentença desfavorável por falha do advogado, não inicia um tratamento de saúde a tempo por erro de um diagnóstico médico, e assim por diante.

Embora seja um assunto cada vez mais frequente nos tribunais brasileiros, fato é que se trata de uma construção doutrinária com aplicação relativamente recente pelo ordenamento jurídico pátrio, inexistindo ainda estudos doutrinários mais detalhados assim como uma perfeita compreensão por nossa jurisprudência sobre esse tema que representa um novel paradigma na ótica da responsabilidade civil.

## **2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO**

A responsabilidade civil por perda de uma chance (*perte d' une chance*) nasceu em meados da década de 1960 na França, quando e onde, doutrina e jurisprudência, começaram a se inquietar com situações na qual uma pessoa se via privada da possibilidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar uma perda, em razão de injusta conduta praticada por outrem.

O dano decorrente da perda de uma chance, durante longo tempo, ficou sem ser indenizado, uma vez que a doutrina mais conservadora não reconhecia qualquer tipo de prejuízo decorrente da perda de uma oportunidade.

---

<sup>1</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74-75.

Do ponto de vista técnico da configuração da responsabilidade civil, o dano é o elemento predeterminante da obrigação de indenizar, pois sem dano não há o que se ressarcir.

A visão tradicional e materialista da análise do dano permitia somente o ressarcimento em determinados casos de ocorrência do prejuízo em que a diminuição patrimonial fosse facilmente perceptível, basicamente, os casos de dano emergente e lucro cessante. Com essa visão, determinadas hipóteses nas quais a percepção da presença do dano requeresse uma maior análise do caso concreto, ficavam, por conseguinte carentes de indenização.

No entanto, devido às transformações sociais pelas quais passou e vem passando o mundo hodierno, novos méritos começaram a ser observados e reconhecidos pelo Direito, dentre estes, o prejuízo decorrente da perda de uma chance, que, como supramencionado teve origem na França, conforme se verifica por meio da seguinte passagem:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultando final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de conseguí-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.<sup>2</sup>

Após as primeiras construções da teoria na França, ainda sem muito embasamento técnico, essa passou a ser analisada fortemente na Itália, principalmente pelo professor da Universidade de Milão, Giovanni Pacchioni, a partir de 1970<sup>3</sup>.

O eminente professor partiu de alguns exemplos clássicos da responsabilidade civil por perda de uma chance analisados no Direito Francês para poder concluir o seu pensamento a respeito da teoria. Esse doutrinador, contudo, não reconheceu a possibilidade de ressarcir o

---

<sup>2</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 03.

<sup>3</sup> PACCHIONI *apud* SAVI, p. 10.

dano decorrente da perda de uma chance, pois sustentava ser impossível enxergar a certeza do dano, sem a efetiva realização de um resultado lesivo. A probabilidade do prejuízo configuraria ausência de nexo causal.

Logo depois das análises realizadas por Giovani Pacchioni, um professor de Direito Civil da Universidade de Perugia, Adriano de Cupis, na Itália, ao considerar os mesmos exemplos que Pacchioni, conseguiu enxergar um dano independente do resultado final, classificando-o como dano emergente, integrante do próprio patrimônio da vítima, portanto, passível de indenização.

Fato é que Adriano de Cupis, ao enquadrar o dano decorrente da perda de uma chance como dano emergente e não como lucro cessante, ou seja, aquilo que se deixou de lucrar, diferenciou-se de seus antecessores, revelando uma nova perspectiva.

Diversos doutrinadores, ao estudarem a obra do referido autor, passaram a sustentar que ao condizer o dano da perda de uma chance como dano emergente, Adriano de Cupis, resolveu o problema da certeza do dano e do nexo causal, pois, a própria chance já integraria o patrimônio da vítima, assim sendo, existindo impedimento da chance, haveria diminuição patrimonial e conseqüente configuração do dano.

Após Adriano de Cupis, Maurizio Bocchiola foi quem melhor formulou os pilares da teoria<sup>4</sup>.

Em razão das contribuições dos doutrinadores franceses e italianos, parte da jurisprudência começou a reconhecer o dano decorrente da perda de uma chance para aplicar a teoria em casos concretos.

Na Itália, onde o tema se desenvolveu mais profundamente devido a Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola, os tribunais passaram a analisar com mais atenção os casos que envolviam a perda de uma chance.

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 9-10.

Diante desse cenário, em 19 de novembro de 1983, na *Corte de Cassazioni*, foi julgado o primeiro caso favorável à indenização por perda de uma chance na Itália, onde uma empresa denominada Stefer foi condenada a pagar uma indenização, por ter proibido que alguns candidatos, após terem participado das primeiras fases de processo de seleção, não participassem da prova subsequente, fulminando assim a chance que os candidatos tinham de ingressar no emprego. De acordo com a Corte de Cassazione<sup>5</sup>, a indenização se refere à perda da possibilidade de conseguir o emprego e não pela perda do emprego. Influenciados pela construção doutrinária realizada na França e na Itália, tribunais de muitos países passaram a reconhecer a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

## **2.1. APLICAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O estudo da responsabilidade civil gerada com fulcro na Teoria da Perda de uma Chance no Brasil, ainda não foi muito aprofundado pelos doutrinadores, de forma que alguns estudiosos fixaram breves comentários acerca do assunto nos seus manuais.

O tema passou a ter maior visibilidade no direito brasileiro, após a contribuição do brilhante doutrinador Rafael Peteffi da Silva, em razão da dissertação de mestrado, defendida pelo autor, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em que examinou com maior inclinação os preceitos da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, tendo o mérito de ter sido o primeiro trabalho, no Brasil, a encarar o tema com a profundidade merecida e dando origem ao seu primeiro livro intitulado: *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*<sup>6</sup>.

Após Rafael Peteffi da Silva, grande contribuição acerca do tema veio através da

---

<sup>5</sup> SAVI, op. cit., p. 27.

<sup>6</sup> PETTEFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.2.



dissertação de mestrado defendida por Sérgio Savi, também intitulada Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance<sup>7</sup>, na qual o autor analisou detidamente a aplicação da teoria no direito brasileiro, fazendo toda uma análise de jurisprudência dos tribunais pátrios.

Com relação aos doutrinadores clássicos, há uma forte tendência em reconhecer a Teoria da Perda de uma Chance, dentre estes: Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Carvalho Santos, Caio Mario e Miguel Maria de Serpa Lopes.

Um dos casos mais emblemáticos de responsabilidade civil por perda de uma chance adveio no caso da perda de prazo, por parte do advogado, para a interposição de recurso contra sentença desfavorável aos interesses do cliente.

Tal caso foi analisado por alguns dos supramencionados doutrinadores, e a maioria deles reconheceu existência de um dano diverso da perda da causa, mas sim um dano decorrente da perda da oportunidade de ver a matéria reexaminada pela instância superior.

Em relação a esse acontecimento, Agostinho Alvim<sup>8</sup> assim se colocou:

Alguém vê julgada improcedente uma ação, que intentou para haver certa quantia. A sentença, proferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver mal apreciado a prova. Todavia, o advogado, por negligência, deixa de apelar. Impossibilitado o recurso e não sendo o caso de ação rescisória, não poderá o autor obter o restabelecimento do seu direito. Pensará, então, em voltar-se contra o seu advogado, a fim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não-interposição do recurso. Mas como fazer a prova de que, interposto, teria logrado provimento? Para estes casos, há o preventivo da cláusula penal, que autoriza o credor a cobrar a multa prevista, bastando que prove a infração do advogado, dispensado da alegação de prejuízo (Cód. Civ. Art. 927). Dado, porém, que o credor não tenha usado este preventivo, será de todo irremediável seu mal? *Tal conclusão seria exagerada.* Com efeito, se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como o supusemos, outro dano há, resultante da mesma origem o qual se pode provar e é, portanto, indenizável. A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir; favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

José de Aguiar Dias, outro renomado doutrinador clássico, também se posicionou

---

<sup>7</sup> SAVI, op. cit., p.29.

<sup>8</sup> ALVIM *apud* SAVI, p. 37.

acerca da responsabilidade do advogado desidioso que perde o prazo de recurso. Apesar de inicialmente asseverar que este seria um caso de responsabilização do advogado, ressalta que seria muito difícil o cliente provar que a sentença seria reformada em seu favor e, portanto, provar a ocorrência do dano, impossibilitando a indenização<sup>9</sup>.

Aguiar Dias ressalta que fazer o cliente provar que a sentença seria reformada em seu favor com a interposição do recurso, seria extremamente difícil, uma condenação ao requerente em elaborar uma prova impraticável, levando-nos a concluir que o autor tratou a Teoria da Perda de uma Chance como uma espécie de lucro cessante, ainda assim, geradora de um dano ressarcível.

Frisa-se que a correta aplicação da teoria nos tribunais nacionais analisa os critérios para aferição da seriedade e viabilidade das chances perdidas para que haja indenização a esse título. Verifica-se tal análise em julgados onde se afastou a indenização pela perda da oportunidade de o autor participar de um sorteio haja vista que a mera expectativa ou simples eventualidade, não tipificam, por certo, a perda irreparável. Tanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto do Rio Grande do Sul já decidiram alguns litígios nesse sentido. Confira-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE CHANCE DE PARTICIPAR DE SORTEIO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA. A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'perda da chance', mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipóteses de conduta diversa do terceiro, não bastando a mera possibilidade. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 598310571 – Rel. Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 07/04/1999, 9ª Câmara Cível, TJRS).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. CONTRATO QUE NÃO SE EFETIVOU. ALEGAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (*PERTE D'UNE CHANCE*) DE NÃO PARTICIPAR DE SORTEIO. MERA POSSIBILIDADE DE RESULTADO NÃO ENSEJANDO INDENIZAÇÃO. DANO POTENCIAL INCERTO. ENTENDIMENTO DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA E.

---

<sup>9</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 297.

TRIBUNAL. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC C/C ART. 31, INCISO VIII DO REGIMENTO INTERNO DESTE E. TRIBUNAL (Apelação Cível nº 0005366-23.2008.8.19.0038- Rel. Des. Cleber Ghelfenstein, julgado em 03/12/2010, 14ª Câmara Cível, TJRJ).

### **3. A PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO INDENIZÁVEL**

A avaria decorrente da perda de uma chance é um dano atual, e não futuro, haja vista que o resultado que poderia ser almejado posteriormente não mais existirá, ou seja, o dano resulta do prejuízo provável.

Os contornos de um dano já sofrido deverão ser analisados no caso concreto, utilizando a Teoria da Perda de uma Chance de forma a indenizar um prejuízo que não seja puramente eventual. O magistrado deve ter a cautela de adaptar a reparação ao grau de certeza da lesão.

A existência do dano deverá ser relativamente certa e a Teoria em comento permite ao julgador proceder a uma avaliação desse, separando a superveniência pontual do fato gerador da chance perdida.

Pelo viés da perda de uma chance, o juiz transforma em prejuízo certo o que poderia ser considerado como um prejuízo eventual, destarte, não indenizável caso não se tivesse recorrido à perda da chance.

A reparação do dano sofrido deve ser absoluta, caso plausível, pois o indivíduo frustrado em sua expectativa tem o direito de ser ressarcido. O artigo 944 do Código Civil determina que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O cerne do dispositivo é atribuir proteção ao lesado, com intuito de retorno ao estado primário, qual seja, anterior à ocorrência do fato danoso.

No que concerne à quantificação, mensurar o dano moral com o fim de fixar a quantia pela chance perdida revela-se em uma árdua tarefa, devendo o magistrado observar os

seguintes parâmetros: a situação da vítima, se a chance frustrada tivesse sido alcançada; a chance propriamente dita quantificada em razão do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. O valor pecuniário da indenização deve ser menor do que o valor ajustado no caso de certeza concreta do dano. Não quer dizer que a condenação deva ser insignificante por tratar de uma chance frustrada.<sup>10</sup>

Um exemplo típico é do promissor pianista, que obteve muitas premiações quando ainda adolescente, verificando-se uma provável carreira próspera. Essa carreira, entretanto, é frustrada por um acidente que lhe rompe os tendões das mãos, impossibilitando o perfeito funcionamento desses membros. O jovem talentoso não mais poderá tocar o piano. Por todo o passado na vida do músico antes do acidente, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que se não houvesse o acidente, ele seria um grande pianista. A perda da chance ocasionou uma grande frustração em uma carreira bem sucedida.

A chance, normalmente, só será considerada séria e real quando a probabilidade da obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento).

Martinho Garcez Neto<sup>11</sup>, ponderando o dano e o arbitramento da condenação salienta que:

A solução, pois, que triunfou e ainda hoje permanece invulnerada na sua estrutura lógica e jurídica é esta: far-se-ão tantas liquidações quantas forem necessárias para a avaliação do dano e fixação definitiva da condenação. Comprovada a existência do dano, ele não pode ficar irreparado. Cabe aos tribunais, usando com prudência do arbítrio deferido aos juizes no exame dos fatos e apreciação das provas, fixar um valor para indenização que não representará nunca um enriquecimento injusto, mas também não o permitirá o empobrecimento da vítima do ilícito.

A avaliação da extensão do dano deverá considerar as condições pessoais da vítima, tais como: a violação da dignidade da pessoa; a idade; a condição socioeconômica; se houve a

---

<sup>10</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 106

<sup>11</sup> NETO, Martinho Garcez. *Prática da Responsabilidade Civil*. 3 ed. rev., aum. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 26

afetação da saúde física e/ou mental; a compensação pelo dano sofrido – o exame da possibilidade de sanar ou abandar a moléstia alma, além dos valores fundamentais relativos à sua personalidade que foram rompidos; a esfera de ação – investigação do reflexo do dano no ambiente social em que está integrado, se o dano se restringe ao âmbito familiar ou se repercute em círculo que envolve um número maior de integrantes da coletividade.<sup>12</sup>

A existência de critérios estáveis que ofertem ao juiz serenidade ao fixar o valor da indenização é essencial, bem como a conveniência do litigante em demandar em casos onde a certeza do dano deva ser extremamente crível.

Silvio Rodrigues, analisando o poder ofertado ao magistrado pelo legislador para a concessão ao não da indenização, tal como a graduação conforme a intensidade e a dor sofrida pelo lesado, afirma que, na verdade, tais poderes são dados ao Poder Judiciário, ante a viabilidade da interposição de recursos com o fito de confirmar ou não o que foi decidido pelo juiz de primeiro grau.<sup>13</sup>

O tabelamento do dano imaterial, por parte do legislador, causa situações tortuosas, como a possibilidade de se estabelecer quantias irrisórias que não possuam o fito de reparar o dano sofrido, ou até mesmo estimular a realização de outros danos pelo causador do ato ilícito. O objetivo é que o julgador, após a análise dos fatos e das provas, venha a conferir uma quantia compatível ao caso concreto que se apresenta.

O magistrado estará muito mais apto a executar tal tarefa do que o legislador. Este fixa normas de caráter genérico que deverão ser observadas por todos, indistintamente; aquele as torna concretas, conforme a avaliação que faz de cada caso.

O juiz tem acesso às provas dos autos e conhecimento dos fatos relacionados ao caso, podendo aplicar um juízo de valor mais adequado e que leve em conta não somente a norma infraconstitucional específica aplicável à espécie, mas, também, os valores fundamentais

---

<sup>12</sup> REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 81, out./nov./dez. 2009, p. 64.

<sup>13</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.4. p.192.

prelecionados em nossa Magna Carta.

Acerca da perda da oportunidade, esta deve ser real, e não simples expectativa. Faz-se necessária a demonstração da existência de uma lesão final, sendo que o arbitramento do estrago depende da proximidade do sucesso, ou seja, o *quantum* estará atrelado à estimativa do dano consecutivo à perda.

O verdadeiro *leading case* em matéria de responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil é o caso do “Show do Milhão”, programa exibido pelo SBT (Sistema Brasileiro de Televisão). Em sessão de julgamento realizado em 8 de novembro de 2005, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema com brilhantismo. A ementa do Acórdão é a seguinte:

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

O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. (Recurso Especial nº. 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13/03/2006).

A requerente havia participado do programa televisivo comandado por Silvio Santos, como se verifica no relatório desse caso. Trata-se de um concurso de perguntas e respostas cujo prêmio máximo é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em barras de ouro, oferecido ao participante que responder corretamente uma série de questões sobre conhecimentos gerais.

Conforme o regulamento do programa, a cada pergunta respondida corretamente, o participante vai adquirindo o montante do prêmio em barras de ouro a receber, de forma que, caso acerte a penúltima pergunta, o participante acumulará R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A autora da ação, uma pessoa extremamente culta e com vasto conhecimento

enciclopédico, tinha obtido êxito nas respostas a todas as perguntas formuladas, tendo chegado à “Pergunta do Milhão”, acumulando, assim, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Formulada a tal pergunta, a requerente optou por não respondê-la, por entender que a questão, da maneira em que fora formulada, não havia como ser respondida. Assim, para não perder o valor que já havia acumulado, a autora optou por parar. No entanto, por entender que a produção do programa teria agido de má fé formulando uma pergunta derradeira que não tinha resposta, ajuizou a ação requerendo o pagamento de indenização por danos materiais e morais no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por ter perdido a oportunidade de receber esta quantia em razão da conduta da ré.

Analisando as regras do jogo e o conteúdo da última pergunta elaborada, verifica-se que a “Pergunta do Milhão” foi deliberadamente preparada de forma a não ser respondida, por inexistir resposta correta, inviabilizando, assim, a possibilidade da requerente de conquistar o prêmio máximo oferecido pela emissora.

O questionamento, no caso, era o seguinte: “A Constituição reconhece direito dos índios de quanto do território brasileiro?” Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro opções: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%.

A pergunta, assim formulada, realmente não tem como ser respondida, tendo em vista que nossa Constituição Federal não determina o percentual do território brasileiro reservado aos índios.

Concluindo-se que a “Pergunta do Milhão” não tinha como ser respondida e que, por esta razão, a autora viu-se obrigada a parar, sob pena de dar uma resposta errônea e de perder tudo que havia auferido até então, a juíza do caso proferiu decisão julgando procedente em parte os pedidos autorais, rejeitando, apenas, o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais.

Mesmo que a sentença de primeira instância tenha acolhido a Teoria da Perda de uma Chance ao conceder o pedido de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) de danos materiais, verifica-se que a magistrada fixou equivocadamente a indenização, pois levou em conta não a possibilidade de a autora acertar a resposta da pergunta e ganhar o prêmio total, mas, a própria chance, ou seja, o resultado esperado.

O valor da indenização não poderia ser o prêmio perdido, uma vez que não se poderia afirmar que a autora realmente acertaria a resposta, se a pergunta tivesse sido formulada corretamente. Por isso, a indenização a ser fixada deveria ser inferior ao montante final que a requerente receberia se tivesse obtido êxito.

Apresentado o competente recurso, foi mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça da Bahia.

O Superior Tribunal de Justiça, que apreciou o Recurso Especial do réu, aplicou a Teoria da Perda de uma Chance, mas acolheu em parte o inconformismo da emissora, entendendo que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada a questão corretamente, eram de 25%. Assim, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Relevante ponto abordado no acórdão pela Egrégia Corte Superior foi a incerteza no acerto da resposta, fato inviabilizador da condenação do réu no pagamento integral do valor que ganharia a autora, se obtivesse êxito na pergunta final. Isto porque, repita-se, o que se indeniza não é a chance em si, ou seja, o resultado final, mas, a perda da oportunidade de se tentar chegar àquele resultado.

A chance de ganhar o prêmio máximo já se integrara ao patrimônio da autora quando do ato danoso do réu, que formulou incorretamente a questão final. Salienta-se que o STJ consolidou o entendimento de que a indenização será sempre inferior ao valor do resultado



final esperado, aplicando o critério matemático de 25%, proporcional às possibilidades que tinha a candidata, ao responder uma das quatro alternativas.

#### **4. A PERDA DA CHANCE DE CURA**

A responsabilidade civil do profissional liberal da medicina, não abarca o comprometimento com resultado, o qual depende de diversos fatores, entre eles, as próprias condições clínicas – físicas e psicológicas – de cada paciente.<sup>14</sup>

O paciente enfermo encontra-se em um duelo com a saúde e a moléstia. Mesmo com os avanços da ciência moderna, existirão doenças em que nada poderá ser feito para salvar a vida do paciente. Entretanto, naqueles casos em que existem possibilidades de vida ou cura, o profissional especializado poderá atuar contra a doença. Caso a conduta do médico impeça que o doente se recupere, ou retire elementos para que enfrente a enfermidade, ocorrerá a perda da chance de cura ou sobrevivência.

Salienta-se que será de suma importância para verificação do nexo causal entre a conduta do profissional e a chance perdida pela vítima, o fato do médico ter agido de forma diligente, perita e prudente.

A lesão final sofrida pelo paciente portador de uma doença fatal, ou seja, o resultado morte, não deve ser imputado ao médico quando não existem quaisquer condições de sobrevivência.

Por conseguinte, conclui-se que, para aplicação da presente teoria, serão relevantes os casos em que existam probabilidades de sobrevivência do paciente, considerando os avanços da ciência e o momento do diagnóstico.

Caso o paciente venha a procurar o doutor, apenas quando se encontrar em um estágio avançado da doença, não há pelo que responsabilizá-lo. No entanto, existem determinadas

---

<sup>14</sup> MORÁN, Luiz González. *La Responsabilidad Civil del Médico*. Barcelona: José Maria Bosch S.A., 1990, p. 128.

enfermidades, como o câncer, que podem ser curadas desde que diagnosticadas em determinados estágios.

Os estágios da doença são quatro. No primeiro estágio o câncer é apenas um nódulo em determinado órgão, que ao crescer, passa para a segunda fase, iniciando a metástase. Ato contínuo começa a invasão a órgãos vizinhos, momento em que o paciente se encontra na terceira fase de progressão da doença, sendo que ao se propagar para órgãos mais distantes, tem-se o estágio quatro.<sup>15</sup>

Sendo o câncer constatado no estágio um, as chances de cura são extremamente prováveis. Nos casos de câncer na próstata o percentual é de cem por cento, há oitenta por cento no pulmão. No decorrer destas fases, gradualmente, as chances de cura diminuirão, sendo que no estágio quatro somente o câncer de mama possui uma chance de cura, reduzida a cinco por cento, sendo que os demais casos da enfermidade não possuem cura neste estágio.

Logo, o paciente que se encontra, por exemplo, no estágio dois do câncer de próstata, possui noventa por cento de chance de cura. Ausente qualquer diagnóstico da doença, esta irá progredir para as demais fases, e, caso apenas venha a descobri-la no estágio quatro, inexistirá a chance de cura, tendo este paciente perdido a oportunidade de sobrevida.

A falha de diagnóstico do médico<sup>16</sup> pode ter sido a causa da morte, porém, existirão óbices na comprovação do nexo causal, pois ainda que se pudesse intervir na fase dois, a possibilidade de cura era de noventa por cento, ou seja, poderia o paciente incluir-se nos dez por cento que não apresentariam cura. No entanto, possível seria a demonstração do nexo causal entre o erro de diagnóstico e a perda da chance de sobrevida, haja vista que houve, sem sombra de dúvidas, a impossibilidade de se tratar uma doença quando as chances de cura eram muito mais amplas.

---

<sup>15</sup> REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, op. cit., p. 67.

<sup>16</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico*. RT 733/53. São Paulo: 1996.

Todavia essa teoria não se limita a indenizar os casos em o paciente perdeu a chance de sobrevivência, quando do erro de diagnóstico, aplicando-se também aos casos em que a intervenção médica atua criando uma dificuldade que impossibilitara o paciente de se livrar de uma enfermidade, ocasionando a perda da chance de cura.

É o caso, por exemplo, da operação de um paciente paraplégico, o qual poderia ter chances de mover o seu braço novamente, sendo que em razão de uma má cirurgia, a paralisia torna-se irreversível, tendo que se utilizar de uma prótese permanente. Neste caso, ocorreu a perda da chance do lesionado de se ver livre de uma determinada moléstia.

Ainda vale citar o caso julgado pelo ilustre Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior<sup>17</sup>, como Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o paciente, ao se submeter a uma cirurgia para correção de miopia, teve como resultado névoa no olho operado, dificultando a sua visão, bem como hipermetropia. Tais consequências demonstram claramente que o paciente perdeu chances de ter uma boa visão.

Existem outras inúmeras possibilidades de indenização por perda de chance na área da medicina. Todavia, deve-se ressaltar que deverá restar demonstrada a existência de probabilidades plausíveis, bem como confirmação inequívoca, preferencialmente científica, de que haveria possibilidade de cura. Concomitantemente, deverá o paciente demonstrar suas condições clínicas, que poderiam alterar o resultado pretendido, por si só.

A perda da chance também pode surgir por ausência de informação. A obrigação de informar ao paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio pode acarretar consequências sobre a saúde ou quando sua abstenção priva o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação. A obrigação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos, cabe ao

---

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Cível. Ap.Cível: 589.069.996. Rel.: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, J.12.6.1990. Disponível em: <[https://www.plenum.com.br/plenum\\_jp/lpext.dll/Dou/douciv/f80/f9a/fb7?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0](https://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/douciv/f80/f9a/fb7?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0)>. Acesso em 09/05/2012.

médico, bem como a comprovação de que a informação foi bem dada, sendo exaustiva, incluindo os fatos de risco, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento em que o risco se agrava.

Inicialmente, a vítima só pode obter uma indenização integral de seu prejuízo se ela prova que o erro do médico é realmente a causa de todo seu dano. Esse princípio foi atenuado pela jurisprudência ao se adotar a teoria da perda de uma chance. Corresponde ao fato de que uma vítima perdeu uma chance de adquirir uma situação semelhante àquela da média dos outros indivíduos. Exemplificando: o atraso provocado por um médico ao proceder aos exames e que venha a não permitir que o paciente se beneficie de cuidados especiais, justifica que seja retida a perda da chance de cura. É preciso esclarecer que o sofrimento não pode ser totalmente estranho à chance perdida, ademais, a perda da chance não deve ser puramente hipotética<sup>18</sup>.

Miguel Kfoury<sup>19</sup> revela que:

Impõe-se, assim, a indenização pela perda da chance – teria que vem ganhando corpo ante a conduta que se poderia exigir do profissional ou do hospital e que, muito embora pudesse não dar bons resultados, teria, todavia, o condão de dizer que todos os meios teriam sido empregados para evitar o mal, nesse caso, a indenização resulta em vinte a trinta por cento do que seria devido em caso de morte.

Yussef Said Cahali<sup>20</sup> elenca fatos e circunstâncias que devem informar o convencimento judicial para a fixação do valor indenizatório no que se refere ao dano estético. Segundo o doutrinador seis fatores devem ser considerados, a saber:

1ª) A natureza da lesão e a extensão do Dano; 2ª) Condições pessoais do ofendido; 3ª) Condições pessoais do responsável; 4ª) Equidade, cautela e prudência; 5ª) Gravidade da culpa; 6ª) Arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização: Tratando-se de danos extrapatrimoniais, a indenização tem finalidade reparatória, à diferença do ressarcimento que ocorre no caso de danos patrimoniais.

---

<sup>18</sup> HALPERN, Maître Celine. *Guide Juridique et Pratique de La Responsabilité Médicale*. Paris: De Vecchi, 200, p. 61.

<sup>19</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e o Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

<sup>20</sup> CAHALI, Tussef Said. *Dano Moral*. 3. ed., ampl. e atual., conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277 – 280.

## 5. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DIANTE DE DIAGNÓSTICOS MÉDICOS IMPRECISOS

A perda da chance de cura ocasiona um dano particular. Vale ressaltar que somente haverá indenização em virtude de algum prejuízo sofrido em razão de serviço não prestado eficientemente. Cabe ao juiz apreciar a chance desperdiçada, no caso apresentado. No campo médico, a perda da chance de cura abala a causalidade, um nexos causal mitigado que gera indenização diminuta, ligado à percentagem da chance perdida.

A perda da chance de cura não ocorre no erro médico tradicional, que gera indenização integral, no campo patrimonial e moral. Dessa forma, o *quantum* indenizatório deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência.

Segundo Miguel Kfoury Neto<sup>21</sup>:

No tocante à quantificação dos danos ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.

Nos casos em que se faz dificultosa a comprovação do nexos de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de um resultado favorável no tratamento.

É cediço que comprovar, cabalmente, o nexos de causalidade, no que se refere à teoria da perda da chance de cura é dificultoso. A perda da chance, nesse caso, não é determinada pela ausência de cura ou de sobrevivência, mas sim pelo fato do paciente não ter tido a oportunidade de tratamento, ou seja, de tentar todos os meios necessários para se alcançar uma possível cura.

Nada obstante, não é uma falha qualquer que deflagra a obrigação de reparar o dano. Deverá tratar-se de um atuar negligente, já que o médico lida com o corpo e com a mente

---

<sup>21</sup> KFOURI NETO, Miguel, op.cit., p. 112.

humana, que compõem um círculo frágil, tendo em vista os segredos não revelados pelo próprio corpo do homem.

Cabe à ciência auxiliar na labuta das pesquisas que buscam a cura de diversas doenças, desde que os agentes de saúde atuem com diligência e prudência, observando o dever de cuidado. A vida humana não tem equivalente, sendo indispensável que as novas exigências de regulamentação da vida social sejam tuteladas por normas jurídicas.

O direito à proteção da saúde humana não pode ser exclusivamente a aplicação escorreita do ordenamento jurídico, sem que se considere seu fundamento ético, individual e social, com vistas a alcançar o pleno reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de sua participação numa sociedade mais homogênea e mais justa em igualdade e liberdade.

Conforme preleciona a ampla corrente majoritária da doutrina<sup>22</sup>, o juiz, no exame do caso concreto, será quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima.

Frisa-se que a possibilidade de indenização dos casos da perda da chance de cura deverá ser realizada com extrema cautela, haja vista os avanços científicos existentes a época do diagnóstico, bem como, considerando-se a possibilidade de precisão do laudo médico.

A indenização deve pautar-se nos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que quando o legislador confere ao magistrado poderes para fixar uma indenização por dano moral, está conferindo ao Poder Judiciário tal prerrogativa, pois a decisão do juiz singular será examinada pelas instâncias superiores, e se vier a ser confirmada, representará o sentir de toda uma sociedade.

---

<sup>22</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v.4., 19. ed. atual., de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192.

## CONCLUSÃO

O tema proposto ainda gera certa divergência, notadamente por ser recente o estudo da Teoria da Perda de uma Chance. Nesse sentido, embora seja predominante a aplicação dessa construção doutrinária em nossa jurisprudência pátria, verifica-se a existência de muitas decisões inadmitindo a indenização proveniente de uma probabilidade de dano.

Parte da doutrina aponta alguns óbices para a adoção do dano decorrente da perda de uma oportunidade, entre eles, a ausência de certeza do prejuízo, uma vez que a vantagem esperada figura em campo hipotético.

A realização integral da possibilidade de auferir uma benesse é considerada de árdua comprovação haja vista a incerteza que envolve seus elementos constitutivos, entretanto, tal problema restará implicitamente superado caso se venha a considerar a chance de vitória como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre o prejuízo.

Dessa maneira, se pode afirmar que o fato danoso não repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre um elemento integrante do patrimônio da vítima, já existente e a ela pertencente. Destarte, a oportunidade poderá ser considerada um bem juridicamente valorável, que deverá ser indenizado sempre que sua existência seja provada, ainda que o magistrado tenha de fazer uso de possibilidades.

Conquanto ainda seja dificultoso estimar o alcance da lesão sofrida, a evolução dos estudos de estatísticas e probabilidades atenuou essa empreitada, determinando, com uma aproximação tolerável, o valor de um prejuízo advindo da perda de uma chance séria e real (não apenas eventual) de se obter uma situação futura mais benéfica.

Assim, verifica-se que a quantificação do dano deverá observar certos parâmetros como a situação do lesado caso a chance frustrada tivesse sido alcançada, o grau de

probabilidade da ocorrência do sucesso e o caráter reversível ou não da lesão que causou o insucesso.

A aplicação da teoria na área médica deflagra a obrigação de reparar o dano em virtude de um atuar negligente do profissional. O paciente perde a possibilidade de se ver livre de determinada enfermidade.

A adoção da construção doutrinária em comento, apenas ocorrerá nos casos onde existam probabilidades de sobrevivência do doente, considerando os avanços da ciência e o momento do diagnóstico.

O diagnóstico médico é a ação de determinar uma doença a partir de seus sintomas. O equívoco de diagnóstico pode levar a perda da chance de se evitar os riscos advindos do erro cometido. Se um indivíduo é privado de uma análise médica correta restará prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada e útil à sua cura.

É importante salientar que a responsabilidade civil do profissional de medicina não decorrerá de uma falha qualquer e sim em razão do serviço não prestado de forma eficiente, tendo em vista que o médico lida com segredos não revelados pelo próprio corpo do homem.

Dessa forma, o magistrado apreciará, no caso concreto apresentado, a chance efetivamente desperdiçada. O *quantum* devido deverá margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, haja vista a inoccorrência do erro médico tradicional que gera a indenização integral no campo patrimonial e moral.

Assim sendo, caberá à ciência continuar labutando nas pesquisas que buscam a cura de diversas doenças, atuando os profissionais da medicina com diligência e prudência, nos termos do dever de cuidado que a profissão médica impõe.

A utilização de construções doutrinárias como a Teoria da Perda de uma Chance denota de uma evolução social, revelando que o direito à proteção da saúde humana não se restringe à aplicação dura e fria da lei.



Na medicina, a aplicação da teoria espelha a necessidade de atualização técnica profissional, atentando para o progresso da ciência, além do dever de desempenho adequado do exercício profissional, em benefício do enfermo. Trata-se de uma forma de limitação e fiscalização do dever de agir do profissional da saúde, de forma a evitar abusos no exercício de um direito, em prol de uma sociedade solidária e preservadora da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ALVIM *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico*. São Paulo: RT, 1996.
- BRASIL. Código Civil. *Código Civil e legislação civil em vigor*. Organização Juarez de Oliveira. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAHALI, Tussef Said. *Dano Moral*. 3. ed., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HALPERN, Maître Celine. *Guide Juridique et Pratique de La Responsabilité Médicale*. Paris: De Vecchi, 200, p. 61.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e o Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117
- MORÁN, Luiz González. *La Responsabilidad Civil del Médico*. 1. ed. Barcelona: José Maria Bosch S.A., 1990.
- PACCHIONI *apud* SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PETTEFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 81, out./nov./dez., 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.