

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

NÚBIA SILVA DE AQUINO

PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

São Paulo

2019

NÚBIA SILVA DE AQUINO

PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Doutor Fábio Trubilhano

São Paulo

2019

XXXX

Aquino, Núbia Silva de.

Perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil.

São Paulo, 2019.

X f; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –

Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo – SP.

Orientador: Fábio Trubilhano.

Bibliografia: f. 48 e 49.

NÚBIA SILVA DE AQUINO

PERDA DE UMA CHANCE NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob a orientação do Prof. Doutor Fábio Trubilhano.

Aprovado em:

Fábio Trubilhano

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Titulação e Nome do convidado

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Titulação e Nome do convidado

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre me apoiaram em tudo, ao meu irmão que sempre me ajudou e ao meu noivo que tem sido um porto seguro.

“A vida é um palco de teatro que não admite ensaios. Por isso, cante, chore, ria, antes que as cortinas se fechem e o espetáculo termine sem aplausos.” (Charles Chaplin).

RESUMO

O trabalho consiste em apresentar uma breve discussão histórica e verificar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no contexto atual do Direito Civil. Essa discussão deve ser feita de modo que se resguarde por conceitos que devem antecipar, até mesmo de forma temporal, quanto se há ou não o dever de indenizar a pessoa que, em tese e após respostas de clássicos pontos, perdeu a oportunidade de conseguir alcançar o escopo desejado no início. Após conceituar os danos, a análise feita é se o fato ocorrido pode ser enquadrado nos danos ora apresentados ou se realmente ocorreu uma perda de uma chance, e não um lucro cessante, por exemplo. Quanto a aplicabilidade, existem empasses no Brasil e no mundo quanto os campos em que aceitação da teoria é maior do que em outros. Por exemplo, quando fala-se de responsabilidade do médico e da perda de uma chance do paciente quanto a expectativa de um resultado ou a responsabilidade do advogado e do cliente quanto a possível negligência que resultou a perda do mérito discutido.

PALAVRAS CHAVES: RESPONSABILIDADE CIVIL. TIPOS DE DANOS. PERDA DE UMA CHANCE. APLICABILIDADE.

ABSTRACT

He work consists of presenting a preliminary discussion and verifying an application of the theory of the loss of a chance in the current context of Civil Law. This is a process that must be done to ensure that the person has access to this topic, whatever, or even the duty to identify a person, and after receiving responses from their points of view. the desired scope at the beginning. After conceptualizing the damage, an analysis made is the fact occurred, can be framed in the damages now or is not a loss of chance of a chance, for example. "As far as an application, there are emporiums in Brazil and in the world on the fields where the practice of theory is greater than in others. For example, when talking about the responsibility of the physician and the loss of a chance of having a chance to lose the pleasure of listening and of worrying about the possibility of losing the validity of the merit discussed.

KEY WORDS: CIVIL LIABILITY. LOSS OF A CHANCE. APPLICABILITY.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
Capítulo I – Aspectos Gerais sobre responsabilidade civil.....	10
I.I. Responsabilidade Civil.....	10
I.II. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	16
I.III. Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	17
Capítulo II - Tipos de Danos.....	19
II.I. Dano Patrimonial.....	20
II.II. Dano Emergente.....	20
II.III. Lucros Cessantes.....	21
II.IV. Dano Reflexo ou Dano de Ricochete.....	22
II.V. Dano Moral.....	22
II.VI. Perda de uma chance.....	23
Capítulo III – Aspectos históricos sobre perda de uma chance.....	24
III.I. Surgimento – contexto histórico.....	24
III.II. Limites de aplicação da teoria da perda de uma chance.....	27
III.III. Perda de uma chance no direito brasileiro.....	28
III.IV. Perda de uma chance: uma decorrência do dolo hipotético ou um novo tipo de dano?.....	29
III.V. Perda de uma chance: diferença de lucros cessantes e a perda de uma chance.....	33
Capítulo IV – Perda de uma chance e sua aplicabilidade.....	34
IV.I. Perda de uma chance na relação cliente e advogado.....	34
IV.II. Perda de uma chance na relação médico e paciente.....	37
Capítulo V – Referências jurisprudenciais.....	41
Conclusão.....	47
Bibliografia.....	49
Anexos.....	51

INTRODUÇÃO

O tema de responsabilidade civil é um tema amplo e muito bem discutido pelos doutrinadores e amantes do direito.

Esgotou-se, mas ainda não se findou as discussões quanto ao dano moral e suas consequências, porém, mesmo analisando todos os danos, um deles chama a atenção: a teoria da perda de uma chance.

Quando almeja-se algo ou alcançar um escopo e isso deixa de ocorrer devido a falha ou devido a acontecimentos alheios a qualquer um ou provocados pela própria pessoa, o direito teve o cuidado de trazer a forma de ressarcimento, porém quando o ganho ou o escopo deixa de ocorrer por falta de uma ação de um terceira que impediu que a chance de chegar a conseguir o que se desejava acontecesse, ainda é passível de muitas discussões.

Dentre várias situações que mais à frente serão calmamente abordadas, a que mais chama a atenção e de inicio esclarece o que trata a teoria seria a corrida de cavalos que, um dos candidatos deixou de participar, por não ter seu animal a tempo devido a falha de terceiro. Ou seja, ele perdeu uma chance de concorrer com o prêmio e por isso merecia ser indenizado.

Pois bem, trata-se de uma pesquisa ampla, com o escopo de ser objetiva em seus dizeres trazendo à tona esclarecimentos sobre um tema antigo, entretanto tão novo em nosso país.

Capítulo I – Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil

I.1 – Responsabilidade Civil

Em um cenário de discussões variadas no âmbito do Direito Civil, quando é abordado o tema responsabilidade, há de se levar em conta sua origem, bem como do que decorre e suas variadas classificações. Muito bem pondera José de Aguiar Dias que a responsabilidade decorre de fatos sociais e seria até um fato social.

Responsabilidade é uma palavra de etimologia latina (*spondeo*) que remete ao conceito de devedor em contratos formais na época do direito romano. Tem ligação direta e pode-se dizer que fica mais claro entender como uma contraprestação ou correspondência a uma obrigação, inclusive, não é possível estudar responsabilidade sem que haja essa ligação direta com o estudo de obrigação, tendo em vista que o cumprimento obrigacional levará diretamente a contraprestação de uma responsabilidade adquirida, como veremos a frente. Porém, como bem ensina Carlos Roberto Gonçalves, não se pode confundir, pois a obrigação seria um *dever originário*, enquanto a responsabilidade seria um *dever sucessor* da obrigação.

Esclarece também Venosa que “O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”.¹

Para começar a desenvolver um estudo sobre responsabilidade é necessário entender como foi que surgiu a ideia de que se causar determinado ato a reparação será consequência, será responsabilidade de quem assim o cometeu. No início o que mais gerava impacto e requeria um reparo imediato era o dano. Nesse período não se falava de culpa, apenas do ressarcimento do prejuízo que o cometimento de tal dano causava. Começou a reparação do dano, nos primórdios, com a vingança

¹ Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.1.

coletiva em relação ao sujeito que causa ato que feria determinado bem ou coisa de alguém. Com o passar do tempo, a vingança que, até então, era coletiva passou a ser individual, ou seja, o indivíduo que sofreu dano se vingava de quem o cometeu. Esse período ficou conhecido como o período que faz *jus* ao dito popular de “olho por olho, dente por dente” (Lei de Talião). Nesse momento o Estado só intervinha para conceder ou não ao indivíduo o poder de retaliação, ou seja, visando apenas o indivíduo e o dano, sem qualquer análise prévia se houve ou não intenção. Ou seja, durante esse contexto histórico não se falava em culpa, portanto o que existia era o tipo de responsabilidade objetiva onde a culpa era inerente ao dano, como bem reitera Carlos Roberto Gonçalves “*não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada.*”². Após esse período veio o tempo da composição mediante ressarcimento em valores para que, o autor, pudesse reparar o dano cometido com valores estipulados pela autoridade Pública. Porém, nesse período ainda não se falava em culpa.

Tempos a frente, foi estabelecido com a Lei Aquiliana (Direito Romano), um esboço do que, mais adiante, trataremos como responsabilidade civil extracontratual. Com essa Lei, o Estado passou a intervir nos conflitos privados para estabelecer valores ao prejuízo sem que o lesado tenha enriquecimento sem causa. Com essa evolução existe a vedação da vítima fazer justiça de acordo com sua própria vontade sem que haja uma ponderação entre o que foi cometido e como será “vingado”, ou seja, passa a ter uma vedação da “justiça pelas próprias mãos”.

Sucessivamente ao Direito Romano, o Direito Francês fez um avanço ainda maior. Enquanto o Romano passou a reparar os danos com base na Lei Aquiliana, na França começou a esboçar o que ficou conhecido como responsabilidade civil. O ato doloso precisava da culpa. Ocorria assim o que foi estabelecido pelos autores José Aguiar Dias e Carlos Roberto Gonçalves como a “*generalização do princípio Aquiliano: In Lege Aquilia et levíssima culpa venil*”.

² Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, p.24

Ainda no Direito Francês, com o Código Napoleão, houve a distinção do que seria culpa delitual e culpa contratual. Com essa evolução do conceito de responsabilidade civil, o direito francês passou a influenciar decisões jurisprudenciais por todo o mundo.

No Direito Português, a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal eram tratadas sem distinção alguma. Isso ocorria devido ao fato do Direito Português ser obsoleto deixando poucos rastros de seus fundamentos. O que se sabe é que a legislação que vigorava em Portugal era uma mistura da invasão dos visigodos, com um pouco do direito germânico e totalmente influenciado pelo cristianismo. Com a invasão Árabe, a reparação mediante pagamento de pecúnia passou a ser usada paralelamente a aplicação de penas corporais. Inclusive no Brasil Colonial não havia clareza no conceito e aplicação de multa, pena e reparação, o que foi tratado com a implantação do Código Civil de 1966, em seu art.483: “Aquele que, com dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos específicos em lei”.

Ao se tratar do direito brasileiro, posterior ao Brasil colonial, foi trazido em 1930, com fundamentos na Constituição Imperial, o Código Criminal que, por fim, transformou-se em um Código Civil e Criminal firmado em bases sólidas de “justiça e equidade”. Quanto a algumas maneiras de punir ou sancionar, a previsão trazida era a reparação natural, isso quando fosse exequível ou quando trazia a previsão de algum tipo de indenização. Nessa fase mister do Código Criminal preceituando também normas cíveis, a reparação só poderia ocorrer mediante condenação criminal o que, no decorrer do tempo e com o surgimento do princípio da independência criminal, foi devidamente apartado.

Com o desenvolvimento do Código Civil de 1916, surgiu a teoria subjetiva embasada na culpa e no dolo de quem causou o dano para que houvesse real necessidade de repará-lo.

Hoje, temos um estudo mais amplo com a vigência do Código Civil de 2002, pois é rico em normas que fundamenta devidamente a responsabilidade civil e que trazem, a quem cometeu um determinado dano, a devida consequência e ônus de

tentar recompor através de reparação de tal ato. Apesar da vasta legislação em vigor que traz a indenização como solução de um conflito, ainda é vago algumas formas de como será definido o grau de constrangimento, perda ou dor e ressarcir de forma “equivalente” o dano sofrido. Para isso, a legislação tem sido estudada em conjunto com jurisprudências e doutrinas. Um exemplo que pode ser antecipado – e que mais a frente, no respectivo capítulo será tratado com mais cuidado - é o estudo da ausência de normas para ponderar qual tipo de dano ou até definir o limite do que seria um dano moral, por exemplo, ou quando seria aplicada a teoria da perda de uma chance se distinguindo de outros tipos de danos. Com isso, é importante trazer à tona a relevância de se estudar determinados dispositivos legais com o auxílio jurisprudencial e com os ensinamentos dos clássicos doutrinadores, pois é notório a relevância na hora da aplicação prática.

Quando fala de tentar recompor o dano, é possível trazer à tona a responsabilidade objetiva e também, não apenas limitando-se nos inúmeros artigos que tratam sobre o tema no Código Civil, mas também no Código de defesa do Consumidor. Toda essa base é devidamente fundamentada na teoria da culpa, porém também tem ganhado espaço a teoria do risco e a teoria dano objetivo.

A teoria da culpa traz à tona o que trataremos como responsabilidade subjetiva mais a frente. Já a teoria do risco, segundo Carlos Roberto Gonçalves, viria para suprir determinadas situações em que a teoria da culpa não protege a vítima, ou seja, seria o caso em que o autor não age por culpa e sim assume o risco por ocupar determinado cargo, exercer determinada função ou estipular que tal pessoa faça algo para cumprir suas funções, por exemplo. Essa situação ocorre costumeiramente em atividades perigosas, isso porque o exercício da mesma oferece um risco e o autor não age com o intuito de causar o dano a pessoa que sofrer com o mesmo. Já a teoria do dano objetivo, é a mais direta, pois se existir um dano, mesmo que sem culpa, esse deverá ser devidamente ressarcido pelo autor.

As teorias do risco e de responsabilidade objetiva, trazem consigo a ideia de responsabilidade sem culpa, ou seja, é na responsabilidade objetiva onde o sujeito não precisa agir com culpa para ter que reparar o dano que causou. Quanto a diferença dessa nova evolução do estudo de responsabilidade civil, onde se diferencia a responsabilidade civil objetiva da subjetiva, veremos mais à frente.

Portanto, o que mais tem dito nos tempos atuais seria uma teoria formada por três grandes pilares ou três grandes vertentes que irão tratar: a culpa, o dano e à relação de causalidade (ou nexos de causalidade, como muitos também a chamam) entre o fato culposo e o mesmo dano.

A culpa, segundo Venosa, em um sentido vasto, seria “*a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção e culpa do conceito de dever. O mestre da tradicional responsabilidade civil entre nós, José de Aguiar Dias (1979; v.1: 136), após comentar a dificuldade de conceitua-la, não consegue fugir de definição prolixa: ‘ A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observa-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se mantivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.’*”.³

Para José Dias de Aguiar, “*Para nos inteirarmos da noção de culpa, cumpre partir da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é **substractum** a culpa. Essa o qualifica. [...]. Numa noção prática, já o dissemos, a culpa representa, em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao estado da graça, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado.*”.⁴

Já segundo Maria Helena Diniz, define culpa como “*violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.*”.⁵ Ainda na sequência, a autora já traz a definição do que seria dolo, que “*é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência*

³ Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.28.

⁴ Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. p.133 e 134

⁵ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. p. 58.

e a imprudência. A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.” E ainda fazendo menção aos dizeres de José Dias de Aguiar, ele traz uma distinção, fazendo um paralelo com o delito e um quase delito, *“delito é a violação intencional da norma de conduta. Quase delito é o fato pelo qual a pessoa capaz de ofender, operando sem malícia, mas com negligência não escusável, em relação ao direito alheio, comete infração prejudicial a outrem.”*⁶

Agora tratando o conceito de nexos de causalidade, segundo Venosa *“é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano”*⁷, ou seja, nexos de causalidade é o fato que ligará quem causou o dano por meio de determinado ato ao dever de repará-lo. O nexos representa papel necessário entre o fato danoso e o evento que o produziu, como bem ensina a doutrinadora Maria Helena Diniz. Ocorre que, nem sempre a conduta danosa trará imediato resultado, mas isso não significa que deixará de existir o nexos de causalidade, pois deverá examinar se o dano deixaria de ocorrer se o fato deixasse de ter existido.

Maria Helena Diniz afirma que a todo momento surge um problema que invoca a responsabilidade civil, isso porquê *“cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação”*⁸.

⁶ Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. p.135

⁷ Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.58.

⁸ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. p. 19.

I.II – Responsabilidade objetiva e subjetiva

Conforme tratado anteriormente, no decorrer da história e evoluções dentro do que seria a responsabilidade civil, o conceito de culpa revolucionou o modo de se entender como seria tratado a reparação do dano cometido.

Responsabilidade objetiva é aquela que, de modo mais singelo e direto, independe da culpa. Como bem discorre Carlos Roberto Gonçalves, para que seja caracterizada a responsabilidade objetiva, basta que tenha alguma relação entre a ação e o dano.

Nos dizeres anteriores, foi esclarecido o que seria o dano, entretanto faltou caracterizar ação. A ação, segundo Maria Helena Diniz, em suma, seria o fato gerador da responsabilidade, podendo ser ilícita ou lícita.

A teoria que caracteriza a responsabilidade objetiva é a teoria do risco (onde a pessoa não age com culpa, mas assume o risco devido sua conduta ou atividade) que tem origem no direito italiano.

Ainda sobre os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva e isso é ratificado por José Dias de Aguiar quando diz que *“Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora o não confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo.”*⁹. Para responsabilidade subjetiva o elemento culpa é necessário: *“a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agir com dolo ou culpa.”*¹⁰

⁹ Dias, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. p.99

¹⁰ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, p.48

Essa seria a classifica diferença entre as duas: para que entenda a responsabilidade objetiva deve também entender que independe de culpa, quanto a responsabilidade subjetiva depende de ser configurado o dolo ou culpa.

I.III – Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Como é notório, para que se entenda responsabilidade civil, é necessário que também entenda suas classificações. Sendo assim, já foi tratado sobre as diferenças de responsabilidade objetiva para subjetiva, porém cabe ainda tratar de uma importante diferença dentro do campo de estudo e classificações de responsabilidade civil, a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Em suma, a diferença entre esses dois tipos de classificações é se houve ou não um contrato, ou melhor, se houve ou não um negócio jurídico seja bilateral ou unilateral. Maria Helena Diniz elucida que *“Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”*.¹¹ Já Silvo S. Venosa explica que *“A grande questão nessa matéria é saber se o ato danoso ocorreu em razão de uma obrigação preexistente, contrato ou negócio jurídico unilateral.”*¹².

A responsabilidade contratual é aduzida no Código Civil vigente em diversos artigos quando falam que o devedor, deixando de cumprir a obrigação firmada deverá reparar o que o Credor efetivamente perdeu somando os danos sofridos, juros e atualização monetária (arts. 389, 395 e 402). Também delimita em seu art. 403 até onde será reparado para que não ocorra, por exemplo, o enriquecimento sem causa: *“art.103: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato,*

¹¹ Diniz, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. p.163

¹² Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, p.24.

sem prejuízo do disposto na lei processual". Fica claro que tais artigos conduzem a reparação de danos patrimoniais e remete a responsabilidade civil contratual.

A responsabilidade civil contratual surge no momento em que sobrevenha a quebra contratual. Com essa afirmação aparece uma diferença relevante entre as duas: enquanto a responsabilidade de reparação no âmbito contratual surge da quebra do contrato, a responsabilidade extracontratual, que tem juro desde o fato, ocorre no momento em nasce o dano.

Sendo assim, cabe esclarecer que a responsabilidade contratual decorre de um dano direto. Já a responsabilidade civil extracontratual parte de um dano indireto onde *"podemos fazer menção à tutela do interesse moral sobre os bens que constituem a vida (CC, art. 948) e a integridade corporal (CC, art. 949 e 950)."*¹³. Ou seja, a reparação surge não de um contrato e sim de um fato que gera um dever de reparação, um exemplo citado nas doutrinas clássicas de forma costumeira seria o homicídio. Carlos Roberto Gonçalves, diz que *"Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente [...]. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. [...] Enquanto a contratual tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (neminem laedere) estatuído no artigo 186 do Código Civil."*¹⁴

¹³ Diniz, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. p.303

¹⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, p.44 e 46

Capítulo II – Tipos de Danos

Tanto foi falado sobre danos, porém de forma simplória, cabe recordar que dano consiste no prejuízo causado pelo agente. Dado o significado é importante entender que existem diversas espécies distintas de dano que geram distintas formas de reparação e indenização. Há quem diga, que no cenário de hoje, o dano mais difícil de se definir o *quantum* deve ser indenizado é o dano moral. Pois bem, agora cabe entender um pouco sobre as diversas espécies de dano e suas problemáticas.

Maria Helena Diniz separa as espécies de danos em dois grandes grupos: Danos patrimoniais e danos morais. Dentro de danos patrimoniais, a autora inclui as seguintes espécies: dano emergente, lucros cessantes, dano patrimonial direto e indireto, dano ao corpo e dano estético e dentro de danos morais, apenas se enquadrariam os danos morais diretos e indiretos.

Porém, autores como Venosa inclui dentro de danos o estudo de perda de uma chance, e outros autores ainda estudam danos hipotéticos e dano ricochete.

Portanto, antes de seguir explorando o escopo desse trabalho, é de suma importância esclarecer as mais tradicionais classificações que separam e exploram os tipos de danos. Esse paralelo é relevante para que seja mais claro quando podemos enquadrar o fato ocorrido em um tipo de dano ou quando esse fato é enquadrado da perda de uma chance (considerada também uma recente espécie e consequência do dano).

Fazendo uma breve menção a conceitos muito bem expostos no curso de direito da Faculdade Presbiteriana Mackenzie, na disciplina de responsabilidade civil muito bem ministrada pelo Hamid Charaf Bdine Júnior, é possível formalizar conceitos firmes de cada tipo de dano e buscar amparo em autores tradicionais sobre o tema.

II.I – Dano Patrimonial

O dano patrimonial é aquele que é suscetível de avaliação pecuniária, que pode ser reparado por dinheiro. Sobre isso, é importante citar o que Sérgio Cavalieri descreve como dano patrimonial, onde diz que “*O dano patrimonial [...], também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. [...] Convém assinalar, ainda, que o dano material pode não somente atingir o patrimônio da vítima, como também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento.*”¹⁵ Ou seja, para Sérgio, o dano patrimonial se aproxima do dano emergente, próximo a ser estudado, e também dos lucros cessantes.

II.II – Dano Emergente

Quanto ao conceito de dano emergente, podemos dizer que é o que reduz o patrimônio e gera perda, é o que facilmente se avalia o valor do dano, pois consegue se parametrizar em dados concretos. Carlos Roberto Gonçalves define muito bem o dano emergente como “*o efeito prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois.*”¹⁶.

¹⁵ Filho, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. pg. 71 e 72

¹⁶ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil.* p.372

II.III – Lucros Cessantes

No seu nome não carrega, como os anteriores o título de dano, mas pode ser estudado facilmente em conjunto com os demais. Os lucros cessantes é o que a vítima deixou de lucrar devido o dano, ou seja, se avalia o que a vítima deveria ter recebido se o dano não tivesse ocorrido. Para chegar a um valor de indenização, o juiz deverá considerar o lucro que a pessoa teria em situações normais, com base na teoria da causalidade. (art. 403). Carlos Roberto Gonçalves define como *“a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória.”*¹⁷

Quando se aplica ou se estuda esse tipo de consequência do ato danoso, o Código Civil em seu artigo 402 diz que *“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”*, trazendo à tona o princípio da razoabilidade, pois não podemos caracterizar sempre um lucro, sendo que o mesmo não era certo e possível.

Para Sérgio Cavalieri o Código Civil Alemão *“foi mais feliz que o nosso ao conceituar lucro cessante: Considera-se lucro frustrado o que com certa probabilidade era de esperar, atendendo ao curso normal das coisas ou às especiais circunstâncias do caso concreto e, particularmente, às medidas e previsões adotadas. A doutrina alemã criou a teoria da diferença como suporte para o cálculo da indenização. Deve-se fazer uma avaliação concreta do dano, e não abstrata. Para tanto, a indenização pecuniária deve ser medida pela diferença entre a situação real em que o ato ilícito deixou o lesado e a situação e que ele se encontraria sem o dano sofrido, atendendo ao curso normal das coisas.”*¹⁸

¹⁷ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*. p.373

¹⁸ Filho, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. pg. 73

II.IV – Dano reflexo ou Dano de ricochete

O Dano reflexo ou dano ricochete é o dano que reflete em uma pessoa, mas foi causado a outra pessoa. Ocorre em casos de morte, por exemplo, onde o dano causado a vítima morta reflete na família que perdeu a pessoa. O que deve ser analisado aqui é o nexo de causalidade, por isso os únicos que podem ser indenizados são os que dependiam economicamente, e é em casos de morte.

Para esses casos devemos entender e responder sempre 3 perguntas: 1) para quem será pago? 2) quanto será a indenização? 3) e até quando será pago?

II.V – Dano Moral

Como já dito anteriormente o dano mais complicado de se definir o *quantum* é passível de ser ressarcido é o dano moral. Vamos se limitar a tentar defini-lo de forma clara e concisa onde o dano moral seria aquele que afeta o psíquico, moral e intelectual de quem o sofre. Está dentro dos direitos de personalidade e por isso dificulta muito a forma de mensurar sua reparação. E o que deverá ser levado em conta para reparar é uma indenização que possa amenizar a dor interior da vítima decorrente do fato. Venosa define dano moral como “*o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano.*”¹⁹

¹⁹ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. p.51

II.VI – Perda de uma chance

Por ser tema desse trabalho, a definição será melhor trabalhada nos capítulos seguintes, porém, para entendermos o motivo de ser estudada juntos aos danos é necessário entender um breve conceito onde a perda de chance seria como um terceiro tipo de indenização junto aos lucros cessantes, pois é caracterizado por um dano ocorrido da impossibilidade do agente de fazer algo por responsabilidade de um terceiro, ou seja, ocorre uma perda de uma chance por conta de um terceiro. Essa perda não poderia ser considerada abstrata, desde que seja legitimada a perda, ou lesão decorrente do que sofreu a pessoa. Quando se fala de perda de chance ocorre a frustração de ganhos futuros. Em síntese, a perda de uma chance é quando se retira da vítima uma expectativa ou probabilidade, pois a chance de ter foi perdida em razão de omissão, negligência ou imprudência.

Capítulo III – Aspectos Históricos sobre perda de uma chance

III.I – Surgimento – contexto histórico

Como dito anteriormente, a responsabilidade civil foi tratada primeiramente pelo direito francês e retratada no Código de Napoleão.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) é oriunda desse cenário francês que inovou com a responsabilidade civil, bem como com as primeiras fontes teorias de reparação civil. Contudo, foi o direito italiano que teve como escopo de estudo a responsabilidade civil com foco em perda de uma chance como bem detalha Sérgio Savi: “responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália, em 1940, com Giovanni Pacchioni, professor da Università di Milano, em sua clássica obra intitulada *Diritto Civile Italiano*.”²⁰

Através dos estudos de Pacchioni, foi possível analisar situações onde poderia ocorrer a perda de uma chance. Um dos exemplos trazidos no livro de Savi, é o exemplo do jóquei que deverá montar um cavalo de corrida, mas o proprietário do cavalo, que é o único responsável por entregar o animal para o jóquei competir, não chega. Nesses casos, não era possível se falar de uma ação judicial para pedir indenização, pois não havia presente, no exemplo *supracitado* um dano certo.²¹

Porém, apesar do exemplo, Pacchioni acredita que não seria possível adotar tal corrente, pois o direito francês refletido na Itália admitia apenas a reparação em relação aos danos patrimoniais e não os danos morais ou outros tipos.

No ano de 1965, Francesco Donato Busnelli, seguiu os pensamentos de Pacchioni que, apesar de entender essa inovação com o tema perda de uma chance, não conseguiu coloca-la como dano indenizável, ao comentar um julgado do Tribunal

²⁰ Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.7

²¹ Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.7 e 8.

de Apelação de Paris onde “*um banco efetuou o pagamento de um cheque emitido por um cliente seu sem provisão de fundos. Todavia, antes de o cliente regularizar a situação perante o banco, é vítima de um acidente fatal causado culposamente por um terceiro. O banco, então ajuíza uma ação contra o terceiro para obter a condenação deste ao pagamento do valor que despendeu para satisfazer o credor portador do cheque. O Tribunal de Apelação de Paris, assim como havia ocorrido em primeiro grau de jurisdição, rejeitou a pretensão indenizatória do banco.*”²²

O primeiro autor a cuidar do tema de modo mais familiar, tal como estudaremos atualmente, foi Adriano de Cupis, em 1966, com a publicação do *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, que tirou a perda de uma chance do campo de fatos que não podem ser indenizados para ocupar um novo campo referente aos danos emergentes. Ou seja, ele enxergava sim a possibilidade de ressarcimento e principalmente, diferente dos outros autores, diferenciava perda de uma chance de lucros cessantes, entendendo que deveria ser ressarcido separadamente, afinal, conforme será dito, defendemos que existe sim diferença entre lucros cessantes com perda de uma chance. O professor defende que no exemplo de Pacchioni, quanto ao Jôquei que deixou de correr devido à não entrega do animal, poderia ocorrer um pagamento de um valor determinado para ressarcir a falta de oportunidade de competir e já ser *fadada ao insucesso*.

Segundo Savi “*O grande mérito de Adriano Cupis não está apenas em reconhecer o valor patrimonial da chance de vitória por si só considerada, mas principalmente, de enquadrá-la como uma espécie de dano emergente, o que afastaria as objeções acerca da incerteza do dano, que influenciaram negativamente os trabalhos dos autores que o precederam. [...]. Conforme se verifica desta importante passagem da obra de Adriano De Cupis, a simples mudança de enquadramento do dano da perda de uma chance, de lucro cessante para dano*

²² Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.8 – “Ibidem”

emergente, torna muito mais tranquila a admissão da possibilidade de indenização nestes casos. ”²³

Com essas breves citações, a principal base da perda de uma chance foi estabelecida, onde não se poderá ressarcir o que for eventual ou, como descreve o autor, usar de *esperanças aleatórias*.

Da mesma universidade do autor Adriano surgiu em 1976 outro importante nome para o estudo da teoria da perda de uma chance, Maurizio Bocchiola, escrevendo o artigo *Perdita di una chance e certezza del danno*. O artigo é de extrema relevância para o direito italiano e para a compreensão da teoria e Savi debruça em seu livro discorrendo sobre isso com base no livro de Bocchiola, onde diz que chance em um sentido legal seria a *“probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. Assim entendida, a perda de uma chance assumiria um valor econômico, um conteúdo patrimonial.* ”²⁴

Segundo Savi, a teoria teria começado a ser apreciada pelos Tribunais sete anos após 1983, ano em que os doutrinadores italianos fizeram um estudo sobre o tema, em julgamento de um caso onde a empresa italiana submeter candidatos a exames / provas que possibilitou o ingresso ou continuação dos demais testes. Tais provas levaram os funcionários a Justiça onde entendeu que a empresa deveria ressarcir a perda da chance pela primeira vez. A decisão foi revista e ao chegar a Corte foi decidido que: *“O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável [...] no caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se*

²³ Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.11

²⁴ Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.13

submeter as ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir. De acordo com a Corte di Cassazione, a indenização concedida aos candidatos ao emprego se refere não à perda do resultado favorável, que seria o emprego, mas à perda da possibilidade de conseguir o resultado útil, qual seja, o direito de participar das provas subsequentes necessárias para a obtenção do emprego. Esta possibilidade já existia no patrimônio dos candidatos ao emprego no momento do comportamento ilícito da Stefer e da lesão a seus direitos. ”²⁵

III.II – Limites de aplicação da teoria da perda de uma chance

Rafael traz alguns pontos importantes quanto aos limites para aplicação da teoria da perda de uma chance, com o objetivo de que a mesma encontre parâmetros certos e não seja interpretada erroneamente, conduzindo a injusta indenização. Ele diz que *“A teoria da perda de uma chance encontra seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. ”*²⁶. Esse limite, segundo o autor, é de extrema importância e foi utilizado e ainda é, como critério que deve ser levado em consideração na hora de se tomar uma decisão.

Enquanto na França, os tribunais seguem aceitando e entendendo a teoria, bem como a utilizando em casos de diversas áreas, nos Estados Unidos, o cenário de aceitação da teoria é restringido, em sua maior parte, no campo medicinal, onde se avalia se determinado resultado deixou de ser alcançado por falha do médico: *“A preocupação da doutrina e jurisprudência norte-americana com a seriedade das chances é tão evidente que leva muitos doutrinadores a afirmarem que, nos Estados Unidos da América, um dos maiores motivos para que a teoria da perda de uma*

²⁵ Savi, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. p.26.

²⁶ Silva, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. p. 138

*chance seja restrita aos casos da seara médica é a falta de estatísticas seguras nas outras áreas. De fato, é tormentosa a quantificação da exata chance de um cidadão ganhar demanda judicial, ou de um empresário ganhar uma licitação.*²⁷

Já na Itália, para que fosse considerado perda de uma chance, a vítima teria que provar que houve isso: *“Paradoxalmente, a Corte de Cassação italiana parece adotar postura diametralmente oposta, considerando que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, isto é, que a ação do agente aniquilou 50% das chances da vítima alcançar seu desiderato. Parece-nos que bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização.*²⁸

III.III – Perda de uma chance no direito brasileiro

Como sempre, o direito brasileiro se resguardou das novas ideias. O primeiro autor a tratar discretamente do tema em um caso de responsabilidade civil foi José Dias de Aguiar, no ano de 1936, onde ousou chamar o magistrado de “bisonho”, por não submeter a responsabilidade a um advogado que não teve preparo suficiente para defender determinado recurso.

Porém, foi no ano de 1955, que Agostinho Alvim, tratou do tema citando o exemplo da corrida de cavalos que se perdeu a chance de competir devido a não entrega do animal. Já nos escritos de Agostinho, algo difícil de se tratar foi abordado

²⁷ Silva, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. p. 140

²⁸ Silva, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. p. 142

que é a forma quantitativa de reparação, o que, infelizmente, atualmente deixa a desejar.

O principal embasamento de Agostinho foram as obras francesas já citadas aqui, onde abordavam a questão de o dano ser real e sério para que este fosse passível de reparação.

III.IV - Perda de uma chance: uma decorrência do dolo hipotético ou um novo tipo de dano?

Apenas o que for real é passível de indenização. Tal afirmação traz consigo problemáticas e também soluções quando se analisa o dano que foi causado. É muito mais fácil tratarmos de uma reparação quando já temos acordado por meio de um instrumento com cláusula prevendo qual será a indenização no caso de inadimplência daquela obrigação. A situação se torna adversa quando o oposto ocorrer e daí então temos o que será tratado de agora em diante, que, por sua vez, é bem discutido em relação ao *quantum* se pode pagar para reparar o prejuízo sofrido quando se perde uma oportunidade de alcançar o que se objetiva.

Segundo Rafael Peteffi ²⁹, existem correntes que visam a perda de uma chance como uma fonte não autônoma onde seria o nexo de causalidade para caracterizar o dano final: “*Deste modo, ao invés de considerar as chances perdidas como um dano autônomo, estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)*”. Ou seja, a perda de uma chance seria condição essencial para que a reparação do dano. Essa corrente é própria de Jacques Makdisi e para ele a perda de uma chance não seria um novo dano e sim um nexo de causalidade.

Ainda seguindo os pensamentos de Jacques Makdisi, a reparação, o *quantum*, deveria ser mensurada de acordo com a probabilidade de ganho do que se perdeu.

²⁹ Silva, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. p.50

Segundo Rafael, “*Toda a argumentação dos autores que não consideram as chances perdidas como nova modalidade de dano, autônomo e independente, tem como cerne a indissociabilidade deste com o dano final (vantagem esperada pela vítima), ou seja, as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada.*”³⁰. Até aqui se estudou a perda de uma chance como condição para chegar ao dano final, segundo a teoria de Makdisi.

Antes de ingressar com as respostas para perguntas referentes ao *quantum* é devido e diferenças entre danos e perda de uma chance, é importante fazer uma breve descrição do que seria a perda de uma chance e do que seria um dano hipotético.

Conforme visto no capítulo I deste trabalho, existem diversos tipos de danos e o que mais faz confusão quando tenta encaixar o caso concreto seria a possibilidade de ser dano hipotético ou perda de uma chance. Além desse tipo de confusão, muitos também não conseguiam diferenciar os lucros cessantes com a perda de uma chance.

Para Venosa ³¹, a perda de uma chance ocorre quando um dano é causado, porém o valor de sua indenização não é mensurado logo de pronto, como nos outros tipos de dano. Por isso, a perda de uma chance seria um terceiro tipo de dano, no qual o valor de sua indenização somente é apurado na fase de liquidação.

Para esse autor, ocorre a possibilidade de se enquadrar nessa modalidade, quando se tem certeza de um dano. O que não deve ocorrer é a confusão dos conceitos de dano hipotético com a perda de uma chance, que é a frustração de ganhos futuros. Isso passa a contar do momento em que o fato ocorreu até onde a expectativa que aquela perda geraria algo ou até determinada idade, fato ou morte. Um exemplo trazido pelo autor é um jovem engenheiro que após a um atropelamento não consegue ocupar novamente a posição no mercado de trabalho. Em síntese, a perda de uma chance também pode ser de uma expectativa de ganho ou patrimonial.

³⁰ Silva, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. p.51

³¹ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*.

Se diferencia de outros danos, pois seu valor será mensurado mais à frente. Diferente, portanto do dano patrimonial (onde seu valor é pecuniário e resposto por valor em dinheiro), dano emergente (é o que reduz o patrimônio, uma perda efetiva por parte da vítima, é um dano que depende de fatos concretos) e Lucros cessantes (o que a vítima deixou de ganhar efetivamente com o dano ocorrido).

A indenização será estabelecida de acordo com o art.402 do Código Civil, pois não pode justificar um enriquecimento sem causa. Aqui seria a parte mais delicada, na visão do autor, tendo em vista que a culpa do dano não é difícil de se provar, porém o *quantum* estabelecido é a parte mais sensível, pois não pode surgir de “premissas abstratas”.

Já para Maria Helena Diniz, a perda de uma chance pode decorrer de uma frustração ou *lesão extrapatrimonial*³² a um determinado projeto de vida ou um tipo de dano existencial. Segundo a autora “*a perda da chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo.*”³³

Em consonância com Venosa, Maria Helena Diniz enxerga a mesma problemática levantada pelo autor: como saber o *quantum* é devido de ser indenizado. Isso porquê, o correto seria o que sofreu com a perda de determinada chance, receber o valor referente a oportunidade perdida. Muito se fala de um exemplo que ocorreu e que simboliza um caso marcante para entender o tema, onde um atleta que liderava determinada corrida é interrompido por uma pessoa que o assistia de forma desgovernada e perde a oportunidade de chegar em primeiro lugar e acaba ocupando o terceiro, ficando com a medalha de bronze. Muitos falam que era real a possibilidade de alcançar a primeira colocação se não tivesse tido o imprevisto e foi até concedido ao atleta uma medalha de feitos inéditos, porém o dano em si, não teve como ser realmente reparado. Outros exemplos mais familiares ao dia a dia podem ser citados como o advogado que esquece um prazo e, mesmo que incerto a procedência do

³² Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.* p.89

³³ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.* p.87

pedido, ter perdido o prazo fez cair por terra tal possibilidade, merecendo assim quem sofreu com dano ser reparado.

Portanto, a perda de uma chance constitui em uma oportunidade real e possível de determinada pessoa alcançar sua expectativa e pode ser sim reparada.

É importante, nesse momento, entender o que seria o dano hipotético e porque esse se diferencia da perda de uma chance. Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra atualizada por Gustavo Tepedino, reafirma o que já foi dito outras vezes, que “*O outro requisito do dano é que seja certo. Não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual*”.³⁴, ou seja, para o autor, o que deve ser reparado é o dano que causou perda a alguém, desde que seja tangível, ou que seja possível identificar o valor, não sendo, portanto, algo eventual. Ainda nesse sentido, o autor continua dizendo que “*Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à atualidade. O que se exclui de reparação é o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se*”.³⁵, nesse sentido, o autor diferencia a perda de uma chance do dano hipotético, tendo em vista que, para que seja reparado o dano, esse tem que ter causado reais possibilidade de ganho e interferido diretamente na perda de uma oportunidade real e não apenas em uma suposição de que, se tal ato não tivesse ocorrido, o dano deixaria de existir. Em suma, só cabe reparação da perda de uma chance e não de um dano hipotético.

Porém, existem autores e correntes que falam que a perda de uma chance estaria dentro do dano hipotético e não deve ser estudado fora desse tipo de dano³⁶.

Esse tipo de afirmação não traz certo conforto devido ao fato de que, apesar do dano a ser reparado com base na teoria da perda de uma chance ser um dano que

³⁴ Pereira, Caio Mário da Silva, e Gustavo Tepedino. *Responsabilidade Civil*. p.65

³⁵ Pereira, Caio Mário da Silva, e Gustavo Tepedino. *Responsabilidade Civil*. p.65

³⁶ Biondi, Eduardo Abreu. “Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.” Site da E.Gov - UFSC. 19 de Abril de 2013. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil-0> (acesso em 04 de Novembro de 2018).

não é certo que iria acontecer, a perda de uma chance não é fruto de uma mera hipótese eventual que não merece reparação, pois para que seja caracterizada, precisa que ocorra uma lesão real ao patrimônio ou a pessoa que realmente a impossibilite de algo possível.

III.V - Perda de uma chance: diferença de lucros cessantes e a perda de uma chance.

Em uma situação hipotética, um dono de um shopping que já previa determinado lucro com a abertura desse estabelecimento em data específica e, inclusive, já havia firmado contratos de locação também correspondentes a data de abertura daquela data, tem sua construção interrompida devido a fatalidade de um fornecedor ter deixado de cumprir a entrega dos materiais para finalização do estabelecimento. Devido ao atraso, para a tristeza do dono do shopping, contratos são reincidentos e ocorre a perda do lucro já previsto e comprovado diante dos contratos. Ou seja, já haviam lucros pré-determinados que devido ao não cumprimento das entregas dos materiais foi frustrado, cabendo, portanto, uma ação indenizatória por lucros cessantes.

Daí então é notório a principal diferença entre lucros cessantes e perda de uma chance. Os lucros cessantes são lucros previstos e reais, podem ser comprovados facilmente. Já a perda de uma chance não, pois visa a reparação de um dano que ocorre justamente por deixar de acontecer um fato que evita a pessoa concorrer ou tentar algo.

Maria Helena Diniz discorre em seu Manual que lucro cessante é *“alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.”*³⁷.

³⁷ Diniz, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*. p.299.

Capítulo IV – Perda de uma chance e sua aplicabilidade

O escopo principal desse capítulo é reforçar o quanto faz parte e pode ser tangível e possível a aplicação da teoria, mesmo diante de conflitos de opiniões quanto a aplicabilidade.

IV.I. Perda de uma chance na relação cliente e advogado

Conforme estudado até agora, a perda de uma chance pode ser observada, desde os primórdios em vários campos de atuação. Como a teoria, por vezes, é vaga e se mistura com outras teses estudadas pelo Direito Civil, a perda de uma chance tem sido objeto de estudo em situações onde pode existir um resultado e deixa de acontecer devido a intervenção de algo ou fato que impede a conclusão genuína e atendimento da expectativa da pessoa.

Podemos começar analisando a perda de uma chance reforçando que a responsabilidade do advogado pode advir de três naturezas, são elas: a responsabilidade disciplinar, regida a luz do Estatuto e Regulamento do Código de Ética, a responsabilidade penal, que tratará dos atos de natureza ilícita e da responsabilidade civil, decorrentes da culpa e de formalização e não cumprimento de contratos. Esses aspectos são de extrema relevância para que estude a relação que surge entre um profissional liberal ou prestador de serviços – advogado – e uma pessoa que deseja que sua necessidade seja devidamente atendida e representada.

Quando afirma que o advogado é um prestador de serviços, é dado a incumbência de reforçar que, a Luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, o advogado assume o ônus junto com o bônus de se fornecer ao consumidor, um serviço minimamente decente e profissional, devendo cumprir, segundo suas especificidades, o que fora acordado e fazendo o necessário para que haja com sucesso em seus méritos, representando sempre o seu cliente. Vale ressaltar que tais méritos devem visar a melhor solução para a lide. Sendo assim,

como fruto dessa relação prestador de serviço e consumidor, podemos dizer que diversos frutos são gerados e impasses também.

Depois de frisar tantos detalhes, a análise a ser feita nesse capítulo é quanto o dever e direito de o advogado ter independência para agir no processo e ter liberdade para decidir como conduzir cada ato processual, orientando, portanto, seu cliente com a teoria da perda de uma chance.

Sendo assim, é importante ressaltar que, caso o advogado sinta que sua liberdade de prestar seus serviços está sendo prejudicada por conflitos com seu cliente, visando justamente evitar problemas futuros, ele deve rejeitar, digo, revogar o instrumento que lhe deu poder para representar a parte naquele momento. Logo, vale mais uma vez destacar que o advogado deve ter liberdade de agir visando o bem e a melhor decisão de acordo com os interesses de seus clientes.

Quando se fala da ligação da teoria da perda de uma chance e do advogado, é trazido também à tona um futuro incerto, ou seja, quando há a uma mobilização da justiça em decorrência de uma lide, é de conhecimento de todos profissionais do direito que, por boa *praxis*, não é cômodo que se afirme que o mérito será devidamente analisado ao ponto de tal decisão ser favorável e induzir o cliente a uma certeza que, em processos lícitos e bem conduzidos, não há e nem se pode afirmar coisas do tipo sem que haja o veredito de quem tem competência para tal, caso faça, o advogado como erro e erro grave que, como mais adiante veremos, poderá induzir a indenização – gerou e afirmou algo que sabia que não era possível se afirmar. Mas também quando se impetra um recurso determinado, como bem observa Sérgio Dias, o resultado da demanda que retoma uma decisão que já foi tomada em algum momento do processo, não é passível de afirmação, isso porque não tem como afirmar que se houvesse atos específicos a decisão da instância *ad quem* seria distinta: “*Na hipótese de perda do prazo do recurso cabível, este não será apreciado pela instância ad quem, de maneira que nunca se saberá o resultado do julgamento (...)*”³⁸, até porque não é possível saber qual decisão será tomada

³⁸ Dias, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. Pág. 43

com aquele recurso que deixou de ser interposto. Contudo, é possível sim, de acordo com as análises devidas e de acordo com o nexo de causalidade, afirmar que não se conseguiu alcançar determinado escopo, pois faltou determinada ação do representante de uma das partes ou porque esse pecou pelo excesso de afirmações.

Com o intuito de reforçar e facilitar o que foi dito até aqui, segue uma decisão que será mais a frente analisada e consta em seu inteiro teor no Anexo I:

“Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso especial fundado no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, interposto contra v. acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CASO CONCRETO.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. ônus da prova, caso concreto. No contrato discutido rios autos, o objeto da obrigação não é o êxito na ação e sim a condução cuidadosa do processo, observados os parâmetros técnicos da ciência jurídica. Para configurar defeito na prestação do serviço, imprescindível demonstrar a existência de elementos probatórios capazes de alterar o curso da demanda patrocinada pelos apelados em prol dos apelantes, bem como que isso fosse do conhecimento do profissional responsável. A opção pela não Interposição de recurso de apelação, por sua vez, é aceitável pela técnica jurídica, considerando a

probabilidade de êxito e a possibilidade de que fosse considerada lide temerária. Não demonstrada conduta culposa dos demandados, resta afastada a pretensão indenizatória. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."³⁹

Na decisão acima, é possível notar bem o motivo de não ter sido considerada a teoria da perda de uma chance devido à ausência de argumentos novos que provassem que se determinada coisa tivesse ocorrido ou se determinado ato tivesse sido feito, o pedido seria acatado ou a decisão final seria de modo diverso ao que foi decidido, como bem descreve o Ministro Relator da decisão monocrática, quando de forma objetiva diz que "*Seria necessário a demonstração, pelo autor, de elementos probatórios capazes de alterar o curso daquela demanda e, que a existência de tais elementos fosse de conhecimento dos advogados. Somente assim, poderia se dizer, que houve falha, todavia, esse não é o caso dos autos, pois não houve, friso, a comprovação da conduta culposa dos demandados.*"⁴⁰

Portanto, para que ocorra a responsabilidade do advogado, é necessário também que haja nexo de causalidade e uma possível prova de que a ausência de determinado fato ou ação naquele processo foi o fator decisivo para ter o seu objetivo prejudicado.

IV.II. Perda de uma chance na relação médico e paciente

Após analisar a responsabilidade do advogado com o cliente, e importante também frisar a responsabilidade do médico para com o paciente, isso porque já é da

³⁹ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA 2016

⁴⁰ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA 2016

profissão assumir o risco sobre cada tomada de decisões e não só poderá atingir com danos físicos como psicológicos ou até hipóteses mais graves, chegando a morte.

Além dos exemplos abordados nos capítulos anteriores sobre o tema desse trabalho, existem inúmeros exemplos de casos que em que se foi aplicado a teoria da perda de uma chance na área médica. Esse fato se deve principalmente pela expectativa do paciente de alcançar determinado resultado ou conseguir determinada coisa e não obter. Claro, que para que tal teoria seja aplicada, como veremos, deverá existir o nexó mínimo de causalidade, bem como uma prova que tal resultado não aconteceu por responsabilidade do profissional da saúde.

Na obra de Miguel Khouri Neto ⁴¹, o tema responsabilidade civil do médico é abordado de modo amplo, pois existe diversas possibilidades para entender se determinado erro ou ação do médico gera ou não algum tipo de dano ao paciente e se esse dano é passível de cobrança de indenização para tentar, de alguma forma, ressarcir uma situação que teve uma consequência não desejada.

Miguel, no capítulo que trata sobre conceitos de responsabilidade, recorda as diferenças de responsabilidade objetiva e subjetiva (capítulo I, desse trabalho) e trata também sobre a culpa e a teoria do risco. Quanto a culpa, também já abordada, o autor reforça e diz que *“Os partidários da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um lastro moral, daí não se pode conceber a responsabilidade senão nela fundada. O homem se sente responsável- e obrigado – a reparar dano causado por um ato culposo seu, o que não ocorre em relação a eventuais danos a que haja dado causa de modo absolutamente imprevisível, e pelos quais não se reconhece responsável.”*⁴². Sobre a teoria do risco, o autor faz alusão a divisão feita por Serpa Lopes, onde traz conceitos da teoria do risco proveito e da teoria do risco criado, sendo que vale reproduzir o conceito trazido referente a última teoria, onde Miguel embasado nos ensinamentos de Serpa Lopes

⁴¹ Neto, Miguel Kfour. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴² Neto, Miguel Kfour. Responsabilidade Civil do Médico, p.55 e 56

diz que “*pelo simples fato de agir, o homem cria riscos para os demais, por isso deve responder em caso de dano.*”⁴³ Ambas teorias, compõe a responsabilidade da teoria objetivista, onde, independente de culpa, o agente responde por eventuais danos.

Quando tratamos de erro médico, a falha acaba sendo mais notória, trazendo a dificuldade mais na questão de identificar e provar que tal ato aconteceu por falha do médico. Porém, hoje em dia, o Superior Tribunal de Justiça, tem se mostrado muito mais flexível em relação a anos passados, pois tem entendido que, por óbvio, o médico não pode ser responsabilizado pela doença – seu surgimento e ocorra um agravo no quadro de saúde sem causa específica de responsabilidade de alguém – entretanto, caso ocorra uma omissão ou falta de tomada de decisões que visassem o melhor ao paciente, o Tribunal tem sido efetivo em decidir e dosar qual a responsabilidade ou qual a chance perdida mediante várias hipóteses. É notório essa afirmação quando se analisa a decisão da relatora Nancy Andrichi (Anexo II):

EMENTA. 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.⁴⁴

Ou seja, o médico seria responsável pelo que deixou de fazer e causou determinado dano, como se respondesse. e fosse responsável, por ter privado o

⁴³ Neto, Miguel Kfourir. Responsabilidade Civil do Médico, p.56

⁴⁴ Recurso Especial. 1.254.141 - PR (2011/0078939-4) (Supremo Tribunal de Justiça, 04 de 12 de 2012).

paciente de seguir com sua vida ou com a possibilidade de tê-la de forma mais propícia.

Capítulo V – Referências Jurisprudenciais

Por fim, agora que, com mais clareza foi estudado o tema e esclarecido alguns dos pontos mais relevantes, é imprescindível finalizar demonstrando o que os respeitadas Tribunais tem decidido e de forma pratica, como tem sido usado a teoria tema desse trabalho.

Foi apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça o recurso especial (RS 2015/0082053-9) que usou da teoria da perda de uma chance para julgar o caso entre um determinado banco e um cliente que se sentiu lesado com a conduta adotada pelo agente (ANEXO III), conforme ementa a seguir:

EMENTA RECURSO ESPECIAL.
AÇÕES EM BOLSA DE VALORES. VENDA
PROMOVIDA SEM AUTORIZAÇÃO DO
TITULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL.
PERDA DE UMA CHANCE. DANO
CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE
NEGOCIAÇÃO DAS AÇÕES COM MELHOR
VALOR, EM MOMENTO FUTURO.
INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA
OPORTUNIDADE.⁴⁵

O caso dizia a respeito de um prejuízo tido por um investidor e a responsabilidade do banco quanto a esse prejuízo. O banco apresentou recurso que foi desprovido pelo colegiado que entendeu que havia ali o dever de indenização pela oportunidade perdida. O caso teve início quando o autor da ação confiou ao banco para que fizesse a gestão de suas ações na bolsa de valores, porém, conforme depoimento do autor, o banco vendeu suas ações sem sua autorização e sofreu prejuízo com essa atitude.

⁴⁵ *Recurso Especial*. 1.540.153 (Supremo Tribunal de Justiça, 17 de Abril de 2018).

A perda de uma chance foi caracterizada no momento em que ocorreu a venda das ações do cliente e ocorreu a frustração de uma chance com o nexo de causalidade devido – requisito importante para que seja reparado o dano-, onde ocorreu o prejuízo sofrido pela parte. É importante ressaltar que não se enquadra na hipótese de lucros cessantes, pois o lucro não era certo ou determinável, ou seja, o autor da ação não tinha certeza que seria gerado quantia certa caso a venda não ocorresse. O que realmente aconteceu é que foi perdida a oportunidade de conseguir um possível lucro e não obter um prejuízo.

Sobre isso ainda existem outros casos que também o STJ entende que, por mais que possa existir o pagamento quanto aos danos morais, nem sempre ocorrerá a possibilidade do ressarcimento da perda de uma chance, conforme julgado abaixo:

EMENTA RECURSO ESPECIAL.
RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA
PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL.
ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO.
INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA.
VALOR DA INDENIZAÇÃO.
RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.⁴⁶

Nesse caso (Anexo IV), o Supremo entendeu que era necessário o pagamento quanto aos danos morais, porém não reconheceu que ocorreu a perda de uma oportunidade.

Também incorreu o Supremo de rejeitar a aplicação da teoria da perda de uma chance no julgamento a seguir, quanto ao concurso público:

EMENTA ADMINISTRATIVO.
PROCESSUAL CIVIL. RECURSO
ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO

⁴⁶ *Recurso Especial*. REsp 1677083 SP 2017/0034594-5 (Supremo Tribunal de Justiça, 20 de Novembro de 2017).

PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

Já no agravo (Anexo V), o Supremo entendeu que a indenização deveria ser paga e o recurso foi provido de forma parcial.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 1.276.551 - SP (2018/0083593-1)
RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS
BÔAS CUEVA AGRAVANTE : MANUEL
CARLOS PINOTTI AFFONSO ADVOGADOS
: MARIA AUXILIADORA VENDRAMINI
MARTINS QUEIROZ - SP175968 VIVIANE
VIANA SAMPAIO E OUTRO (S) - SP319108
THAIS MONTEIRO QUEIROZ - SP359619
AGRAVADO : GISNEI APARECIDO DOS
SANTOS AGRAVADO : ROSANGELA
MARIA CORREIA ADVOGADO :
ROSANGELA MARIA CORREIA (EM CAUSA
PRÓPRIA) - SP313935 DECISÃO Trata-se
de agravo interposto por MANUEL CARLOS
PINOTTI AFFONSO contra decisão que
inadmitiu recurso especial. O apelo extremo,

fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: "RESPONSABILIDADE CIVIL - Cerceamento de defesa inexistente - Dano Moral - Presunção pela morte da filha dos autores - Erro Médico - Demora na realização do parto - Negligência do médico no atendimento - Anterior condenação do requerido transitada em julgado por homicídio culposo na esfera criminal - Comprovação do dano, nexos causal e culpa do médico - Indenização pelo dano moral - Na aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance deve haver a redução proporcional da indenização - Recurso provido em parte" (e-STJ fl. 307).⁴⁷

Posição favorável quanto a aplicação da teoria perda de uma chance e usando-a como embasamento para ressarcir o ato danoso (Anexo VI):

EMENTA. ADMINISTRATIVO.
AGRAVO INTERNO NO RECURSO
ESPECIAL.

REPARAÇÃO CIVIL. ERRO NO ATO
DE NOMEAÇÃO EM CONCURSO

PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. TERMO A
QUO. SENTENÇA TRANSITADA

⁴⁷ *Agravo em Recurso Especial*. AREsp nº 1276551 / SP (Supremo Tribunal de Justiça, 16 de Abril de 2018).

EM JULGADO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. 1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte segundo o qual o termo inicial do prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32, em se tratando de ato administrativo anulado em juízo, conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão de procedência do pedido. 2. O direito à indenização foi decidido pela Corte de origem com base na teoria da perda de uma chance, argumento que não foi alvo de debate nas razões do recurso especial interposto, incidindo o óbice da Súmula 283/STF. 3. Agravo interno a que se nega provimento.⁴⁸

⁴⁸ Agravo em Recurso Especial. 1.380.766 (Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março de 2017).

CONCLUSÃO

O trabalho até aqui discutido teve como principal objetivo ressaltar a importância da aplicabilidade de forma ponderada e correta da teoria da perda de uma chance.

O período que foi abordado

Já é harmonizado na doutrina e a lei se encarrega de trazer consequências a quem comete ato danoso, onde a principal delas e o enfoque do direito civil, é a indenização.

Certos conceitos de determinados danos já foram pacificados na doutrina e os que mais geram empasses foram tipos de danos onde a mensuração dependia da moral, costumes ou provas de que o ofendido sofreu um dano moral ou deixar de alcançar algo devido ao fato.

A principal provocação feita é quanto a perda de uma chance âmbito da responsabilidade civil. Essa discussão foi levantada devido ao silêncio do sistema normativo quando o dano sofrido ocorrer devido a uma chance perdida.

O primeiro ponto que pode ser ressaltado é o momento em que é possível perceber o dano causado, por exemplo, para que seja caracterizado perda de uma chance, o ato danoso gerado por um terceiro, deverá ser o causador do escopo não ter sido alcançado, diferentemente do lucros cessantes, pois esse é calculado quando o sujeito sofre dano e devido a esse dano ele não consegue arrecadar o previsto e certo que antecedeu o fato.

O segundo ponto é o cenário no Brasil que, cabe uma observação, demorou a adequar seus entendimentos quanto as chances perdidas devido a ação de terceiro, e aceitar a teoria como fato indenizável, principalmente diferenciando a perda de uma chance de outros tipos de danos. Esse período de silêncio do Judiciário sobre o tema gerava interpretações incorretas.

Esse contexto mudou em meados dos anos 2000, onde o Brasil passou a ser mais assertivo e acatado quando é possível ser ou não aplicado. Um dos campos mais explorados nos países que adotam a teoria, é no âmbito da saúde (relação médico e

paciente), mas não se limitou apenas a saúde. Hoje os Tribunais já têm reconhecido, inclusive na relação cliente e advogado. Isso é válido, pois muitos perdem a oportunidade de alcançar o mérito por inércia do advogado.

Ainda assim, em diversos países, ainda existe a resistência quanto a aceitação de indenizar caso a pessoa tenha perdido a oportunidade de alcançar o que desejou por interrupção ou por mero empecilho causado por terceiro. Ou seja, quem alega ter perdido a chance teria o ônus de provar que perdeu devido a falta de ação de um terceiro responsável. Essa afirmação carrega consigo um empasse, que ao finalizar a pesquisa, podemos concluir que não parece ser o modelo mais ideal, tendo em vista que o ônus deveria ser da parte que, supostamente, causou o dano, até porque quem cumpriu com suas obrigações consegue demonstrar, em grande parte dos casos, como procedeu.

BIBLIOGRAFIA

s.d.

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Investidor-que-teve-ações-vendidas-sem-autorização-deve-ser-indenizado-com-base-na-teoria-da-perda-de-uma-chance.

s.d.

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=%28%22RAUL+ARA%DAJO%22%29.MIN.&processo=604520.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA. AREsp 604520 (STJ - Supremo Tribunal de Justiça, 24 de Novembro de 2016).

Agravo em Recurso Especial. AREsp nº 1276551 / SP (Supremo Tribunal de Justiça, 16 de Abril de 2018).

Agravo em Recurso Especial. 1.380.766 (Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março de 2017).

Biondi, Eduardo Abreu. “Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.” Site da E.Gov - UFSC. 19 de Abril de 2013. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil-0> (acesso em 04 de Novembro de 2018).

Dias, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Dias, Sérgio Novais. Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

—. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

Filho, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

Lopes, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

Neto, Miguel Kfourri. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Pereira, Caio Mário da Silva, e Gustavo Tepedino. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Recurso Especial. 1.540.153 (Supremo Tribunal de Justiça, 17 de Abril de 2018).

Recurso Especial. REsp 1677083 SP 2017/0034594-5 (Supremo Tribunal de Justiça, 20 de Novembro de 2017).

Recurso Especial. 1.254.141 - PR (2011/0078939-4) (Supremo Tribunal de Justiça, 04 de 12 de 2012).

Savi, Sérgio. Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2009.

Silva, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. São Paulo: Atlas, 2009.

Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012.

Anexos

Processo

AREsp 604520

Relator(a)

Ministro RAUL ARAÚJO

Data da Publicação

DJe 06/12/2016

Decisão

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 604.520 - RS (2014/0278701-2)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE : CLEUSA MELLO DUTRA

ADVOGADOS : GABRIEL DINIZ DA COSTA - RS063407

NÁDIA MARIA KOCH ABDO - RS025983

AGRAVADO : JOSÉ LUÍZ GROFF NUNEZ

ADVOGADOS : JOSÉ LUIZ GROFF NUNEZ E OUTRO(S) - RS011117

THIAGO FERNANDO FASOLO BONES - RS067240

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso especial fundado no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, interposto contra v. acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. ônus da prova, caso concreto. No contrato discutido nos autos, o objeto da obrigação não é o êxito na ação e sim a condução cuidadosa do processo, observados os parâmetros técnicos da ciência jurídica. Para configurar defeito na prestação do serviço, imprescindível demonstrar a existência de elementos probatórios capazes de alterar o curso da demanda patrocinada pelos apelados em prol dos apelantes, bem como que isso fosse do conhecimento do profissional responsável. A opção pela não Interposição de recurso de apelação, por sua vez, é aceitável pela técnica jurídica, considerando a probabilidade de êxito e a possibilidade de que fosse considerada lide temerária. Não demonstrada conduta culposa dos demandados, resta afastada a pretensão indenizatória. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME." (e-STJ, fl. 540)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 572/577).

A agravante, nas razões do apelo nobre, alega a configuração de dissídio jurisprudencial, com amparo nos arts. 2º, 4º, 6º, 14, § 4º, e 29 do Código de Defesa do Consumidor, 186, 247 e 927 do Código Civil, 131, 333, I e II, do CPC/1973 e 32 e 33 da Lei nº 8.906/94, sustentando, em síntese, a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance em decorrência da sua atuação em demanda trabalhista.

É o relatório. Passo a decidir.

Na hipótese em exame, aplica-se o Enunciado Administrativo 2 do STJ;

"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a

decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

A Corte de origem, ao dirimir a controvérsia, entendeu que não ficou configurada a responsabilidade civil por perda de uma chance em razão da atuação do agravado como causídico da agravante em ação trabalhista. Confira-se:

"Ao que observo, não trouxe aos autos o apelante qualquer argumento novo capaz de modificar a bem lançada decisão do Juízo Singular.

A demandante ajuizou ação postulando indenização por danos morais, sob a alegação de que o demandado atuou com desídia, não comparecendo às audiências (enviando advogado da sua banca), interpondo o recurso de Agravo de instrumento, junto ao STJ sem os documentos obrigatórios), em demanda que amparava seus interesses, e com base nestes fatos fundamentou a possibilidade de condenação de indenização pelo prejuízo advindo pela 'perda de uma chance'.

Como se sabe, a responsabilidade profissional do advogado com relação àquele que o contratou configura vínculo obrigacional, com nítida natureza contratual.

No entanto, a obrigação assumida pelo advogado, de regra, não é de resultado, mas de meio, uma vez que, ao patrocinar a causa, obriga-se a conduzi-la com toda diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Desse modo, a sua responsabilidade é subjetiva, ou seja, prescinde da prova de sua culpa ou dolo.

Assim, ainda nas palavras de Rui Stoco, 'só se poderá responsabilizar o advogado quando, por dolo e intenção manifesta de prejudicar ou locupletar-se cause prejuízo ao seu cliente, ou obre com culpa manifesta, atuando de modo tão insatisfatório, atabalhoado, displicente e imperito que a relação causai entre esse agir e o resultado fique manifesta'

Esse entendimento foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal ao assentar que "o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo" (In STF - Rei. Min. Carlos Veloso - RTJ 188/655).

(...)

No caso concreto, o profissional da advocacia, Dr. Adriano Harter Lessa, OAB nº 55.877/RS, então componente da banca do escritório do demandado, ajuizou uma reclamatória trabalhista em nome da autora contra a empresa Gerdau, objetivando a indenização em decorrência, do suposto acidente de trabalho.

A ação foi julgada improcedente (fls. 266/270). Interposto recurso ordinário, o qual foi remetido a 2ª Turma do Tribunal Regional da 4ª Região, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso' do reclamante (fs. 31v./316), e desta decisão o procurador da parte autora apresentou recurso de revista (fl. 312), do qual foi interposto Agravo de

Instrumento que foi negado seguimento (fls. 305/306v.).

E, é com base neste fato que consistem as insurgências do autor para

"a perda de uma chance" e a conseqüente procedência da ação, ora interposta.

A referida teoria invocada pelo apelante somente pode ser aplicada se razoável, séria e real e não somente hipotética, pois é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

(...)

Portanto, no caso de responsabilidade de advogados por condutas negligentes e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, é que as demandas que invocam a referida teoria devem ser solucionadas, ou seja, a partir da detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Assim, não é só o fato de o advogado não ter interposto recurso, ou ter o recurso seu seguimento negado por falta de documentos obrigatórios, como no caso em apreço, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade que a parte teria de sair vitoriosa na demanda.

A conduta do advogado em nenhum momento se apresentou desidiosa, pois embora não tenha comparecido às audiências, a demandante foi acompanhada pelo advogado da banca, Dr. Adriano Harter Lessa, o qual laborou em todas as petições da demanda trabalhista, entre outras, às quais foi outorgado (fls. 7511 37), tampouco, o eventual desprovimento do recurso, como bem referiu o Juízo a quo, provavelmente não alteraria o resultado da demanda, uma vez que a improcedência da demanda trabalhista deu-se com base na inexistência de provas dos fatos alegados.

Destarte, o fato de os requeridos terem interposto recurso de revista, o qual teve seu seguimento negado, por si só, é insuficiente para configurar dano extrapatrimonial. Seria necessário a demonstração, pelo autor, de elementos probatórios capazes de alterar o curso daquela demanda e, que a existência de tais elementos fosse de conhecimento dos advogados. Somente assim, poderia se dizer, que houve falha, todavia, esse não é o caso dos autos, pois não houve, friso, a comprovação da conduta culposa dos demandados.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, mantendo integralmente a sentença recorrida.

É o voto." (e-STJ, fls. 542/546)

A agravante, em suas razões recursais, aduz a caracterização de dissídio jurisprudencial, juntando, para tanto, precedente deste Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito ao dissídio jurisprudencial, interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional, fica obstado o trânsito do apelo nobre, em razão do descumprimento do disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e 255, § 2º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, para a caracterização da sugerida divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou

assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nos mencionados dispositivos, além da juntada do inteiro teor dos arestos paradigmáticos. Confirmam-se os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

(...)

3.- O dissenso pretoriano deve ser demonstrado por meio do cotejo analítico, com transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma que exponham a similitude fática e a diferente interpretação da lei federal.

4.- Agravo Regimental improvido."

(AgRg no AREsp 426208/RJ, Rel. o Ministro. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 3/6/2014)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRATO DE ELETRIFICAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DEVIDO PELA EMPRESA. ÍNDICE. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284 DO STF. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DECISÃO MANTIDA.

(...)

3. Não foi cumprida a determinação do art. 255, § 2º do RISTJ, pois a demonstração da divergência não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, mas com o confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, ônus do qual não se desincumbiu o agravante.

(...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 485444/RS, Rel. o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 13/5/2014)

In casu, não se vislumbra similitude fática entre os julgados confrontados, pois o acórdão paradigma trata da hipótese em que o advogado não exerceu o direito de recorrer, contrariando expressamente a vontade de seu cliente, enquanto o acórdão recorrido versa sobre situação em que o então patrono da agravante em demanda trabalhista interpôs recurso, o qual, porém, teve seu seguimento negado.

Ademais, cumpre salientar, que o exame do dissídio jurisprudencial esbarra no óbice da Súmula nº 7 desta Corte Superior quando não é possível encontrar similitude fática entre os acórdãos confrontados em razão das conclusões díspares decorrerem de circunstâncias fático-probatórias de cada processo e não em virtude da existência de entendimentos distintos sobre uma mesma questão de direito. A propósito:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VALOR DOS DANOS MORAIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. É cediço o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que "a

revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo" (AgRg no AREsp 453.912/MS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 25/8/2014), sob pena de incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, desproporcionalidade esta que não se constata na hipótese, em que foi fixada a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

2. O valor fixado a título de indenização por danos morais na instância de origem, baseia-se nas peculiaridades da causa.

Portanto, a revisão desse montante por esta Corte importa no reexame das especificidades fáticas do caso em concreto, o que esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. A análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação do enunciado da Súmula n. 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o aresto combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo.

4. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt no AREsp 938.789/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016)

Diante do exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2016.

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **JOÃO BATISTA NEIVA**
ADVOGADOS : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)**
JOSEMAR PERUSSOLO
RECORRIDO : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**
REPR. POR : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **MANOEL DINIZ NETO**

EMENTA

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

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

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

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

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

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs.

Superior Tribunal de Justiça

Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RECORRENTE : JOÃO BATISTA NEIVA
ADVOGADOS : HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO
RECORRIDO : VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS
REPR. POR : WILSON ROCHA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MANOEL DINIZ NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por JOÃO BATISTA NEIVA, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/PR no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de indenização por dano causado em virtude de erro médico, ajuizada pelo espólio de VILMA DE LIMA OLIVEIRA, pelo viúvo da *de cujus*, WILSON ROCHA DE OLIVEIRA e por seus filhos, em face do médico JOÃO BATISTA NEIVA. Alegam os autores na inicial que o réu tratou a falecida VILMA por força de um câncer de seio. Durante o tratamento da doença, alegam terem sido cometidos uma série de erros, entre os quais se destacam os seguintes: após o tratamento inicial da doença não foi recomendada quimioterapia; a mastectomia realizada foi parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical; não foi transmitida à paciente orientação para não mais engravidar; com o reaparecimento da doença, novamente o tratamento foi inadequado; o aparecimento de metástase foi negado pelo médico; entre outras alegações.

Houve prévio ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de provas, na qual o erro foi confirmado.

Em contestação, o réu negou todos os fatos, defendendo a adequação do tratamento por ele prescrito. Impugnou o laudo pericial. Também apresentou reconvenção, alegando que o processo conteria uma apologia ao suposto erro médico e

que a ele seria devida indenização, tanto pelo abalo psicológico, como pelo suposto dano de imagem decorrente da acusação de erro contra ele aviada.

Sentença: julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido formulado na reconvenção, condenando o réu a uma indenização de R\$ 120.000,00 pelo dano moral causado, mais a reparação do dano material alegado na inicial.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação interposto pelo réu.

Acórdão: negou provimento ao recurso, aplicando à hipótese a teoria da Perda da Chance (fls. 1.069 a 1.093, e-STJ). Eis a ementa do julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PERDA DE UMA CHANCE. CULPA DO MÉDICO AO ESCOLHER TERAPÊUTICA CONTRÁRIA AO CONSENSO DA COMUNIDADE CIENTÍFICA. DEVER DE DISPENSAR AO PACIENTE A MELHOR TÉCNICA E TRATAMENTO POSSÍVEL. CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS. ERRO TAMBÉM NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO ADEQUADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados (fls. 1.123 a 1.129, e-STJ).

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional (fls. 1.137 a 1.169, e-STJ). Alega-se violação dos arts.: (i) 131 e 458, II, do CPC, por deficiência de fundamentação do julgado; (ii) 145, §2º, do CPC, por impossibilidade de acolhimento de laudo pericial elaborado por profissional não especializado; (iii) 186 a 927 do CC/02 pela ausência de nexos causal que permitisse a condenação; (iv) 14, §4º do CDC que impede a responsabilização objetiva de profissionais liberais.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, por decisão exarada pelo i. Des. Fernando de Oliveira, 1º Vice-Presidente do TJ/RS, à época, motivando a interposição do Ag 1.317.114/PR, a que dei provimento para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **JOÃO BATISTA NEIVA**
ADVOGADOS : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)**
JOSEMAR PERUSSOLO
RECORRIDO : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**
REPR. POR : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**
ADVOGADO : **MANOEL DINIZ NETO**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a estabelecer, entre outras questões de natureza processual, se é razoável o critério adotado pelo TJ/PR ao apurar, com fundamento na teoria da Perda da Chance, a responsabilidade civil de um médico oncologista em hipótese em que a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer por ele adotado em paciente que, posteriormente, veio a óbito.

I - Ausência de motivação do acórdão recorrido. Violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

O recorrente afirma que o acórdão recorrido é nulo por falta de fundamentação, já que acolheu "decisão do Juízo Monocrático, apesar de reconhecer que a sentença de 1º Grau obrou em equívoco ao deixar de indicar os motivos que levaram a prova pericial a ser rejeitada".

Contudo, não foi isso que ocorreu. O que o acórdão fez foi declarar válida a sentença que, para a rejeição da prova testemunhal, reportou-se ao parecer exarado pelo MP, na origem. A ressalva feita pelo acórdão foi de que teria sido mais adequado, ainda que não fosse imprescindível, que o juízo monocrático tivesse reproduzido os argumentos do referido parecer. Mas o próprio Tribunal, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito, reforça sua argumentação observando, em raciocínio correto, que "para as questões essencialmente técnicas o Código de Processo Civil admite um único meio de prova: a

pericial (arts. 400, II, 420, I), sem que as testemunhas, por mais conhecimentos que possuam na área, possam substituir o perito".

Com isso, a fundamentação do julgado tornou-se completa e não há, portanto, violação dos arts. 131 e 458, II, do CPC.

II - A necessidade de especialização do perito. Violação do art. 145, §2º, do CPC.

Para o recorrente o TJ/PR violou o art. 145, §2º, do CPC, ao permitir que a perícia, relativa aos procedimentos a serem adotados para o tratamento de Câncer de Mama, fosse conduzida, não por oncologista, mas por médico com especialização em Ginecologia, Obstetrícia e Mastologia. Para o recorrente haveria, inclusive, uma incoerência séria no julgado, porquanto o TJ/PR afirma no acórdão, referindo-se à decisão quanto à mastectomia realizada, que "somente um médico com especialização na área poderia (...) dizer se o tumor tinha 2, 5 ou mais centímetros". Contudo, para a realização da perícia ele admite que um médico sem tal especialização dê a palavra final sobre a adequação do procedimento.

A matéria, contudo, não está prequestionada, ao menos com o enfoque pretendido pelo recorrente. Com efeito, ao julgar os embargos de declaração, o TJ/PR ponderou que a suposta falta de qualificação do perito não poderia ser impugnada naquela sede porquanto a questão "foi anteriormente resolvida em primeiro e em segundo grau - por este Tribunal no agravo de instrumento n. 281.212-2/00 (fls. 542 e seguintes) -, desfavoravelmente ao réu, reputando-se então sem vícios a prova pericial e dispensável a realização de uma segunda perícia".

Portanto, ao recorrente de pouco serviria impugnar diretamente o mérito da suposta violação à regra do art. 145, §2º, do CPC, que não foi abordado. Ele deveria ter impugnado o acórdão com o fundamento na suposta inexistência de coisa julgada acerca da matéria, que pudesse impedir sua reapreciação, solicitando, inclusive, conforme o caso, a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535 do CPC. Essa providência não foi tomada, o que leva à rejeição deste capítulo do recurso, seja por força do óbice do

Enunciado 283 da Súmula/STF, já que a decisão se sustenta por fundamento inatacado, seja por ausência de prequestionamento, atraindo o óbice dos Enunciados 282 e 356/STF, bem como 211 da Súmula/STJ.

III - Da indenização fixada. Perda da chance. Nexo causal.

III.a) A aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance na seara médica.

O recorrente afirma que sua condenação não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da Perda da Chance porquanto restaria ausente o indispensável nexos causal, como pressuposto do dever de indenizar (arts. 186 e 927 do CC/02). Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta Corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da Perda da Chance, mas aqui sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma *oportunidade de ganho* em favor do lesado, a chamada *perda da chance clássica* (Fernando Noronha, *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*, Vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669) como ocorreu nos julgamentos: do EREsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

Superior Tribunal de Justiça

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

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia *interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte*. Aqui, a extensão do dano *já está definida*, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência denexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas *frustrou a oportunidade de uma cura incerta*. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada vem mencionando que a Teoria da Perda da Chance nas hipóteses de erro médico *não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado*. Tanto Fernando Noronha (op. cit.), como Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise de direito comparado e brasileiro*, São Paulo: Atlas, p. 222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud*

Fernando Noronha, op. cit., 678), afirma que as situações de certeza quanto ao *resultado* e incerteza quanto à *causa* não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um *processo regular de produção de provas*, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização *integral*, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, *o critério seria de tudo ou nada*.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria "cessar de se lançar em acrobacias intelectuais - que são a porta aberta a todos os arbítrios - nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário".

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar ao julgamento de *improcedência do pedido*. Apenas nas hipóteses em que tal nexo estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano. Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o "paraíso de juízes indecisos (*incertains*), [como] dizia o decano Savatier". A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador, entre "o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade". No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, *apud* Fernando Magalhães, op. loc. cit.)

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

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

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op. Cit., págs. 71 e ss) – conquanto esse autor não advogue a independência *chance*, como dano autônomo:

A disciplina do 'Law and Economics', tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como 'commodities', avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: 'a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo'.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma modalidade autônoma de dano. Nas palavras de Rafael

Peteffi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável." (págs. 75 e 76).

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

Esta relatora não desconhece as graves críticas que esta posição pode suscitar. Os doutrinadores que têm se dedicado ao estudo do tema manifestam justa preocupação com o "risco sistemático" inerente ao tema, receosos quanto à ampliação das possibilidades de relativização do nexo causal. Nesse sentido, podem-se citar as seguintes considerações de Rafael Peteffi sobre o assunto:

(...) Saliente-se, conforme já exposto no Capítulo 2, a enorme preocupação que alguns juristas franceses, como René Savatier e Jean Penneau, demonstravam em relação ao '**perigo sistemático**' engendrado pelas chances perdidas avaliadas após o completo desenrolar do processo aleatório.

Como a certeza absoluta em termos de nexo de causalidade é muito raramente encontrada, não mais seriam observadas condenações integrais dos danos sofridos pela vítima. O juiz deixaria de perquirir quem realmente causou o dano, para saber qual a percentagem de chances que o agente tirou da vítima.

De fato, a regra do tudo ou nada estaria sepultada, pois as sentenças de

improcedência também ficariam cada vez mais raras, tendo em vista que a dúvida sobre o nexos de causalidade passaria a gerar uma reparação parcial do prejuízo, 'medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz'. É por esta razão que René Savatier declarava que a teoria da perda de uma chance aplicada à seara médica seria o paraíso do juiz indeciso.

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexos causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que a necessidade de se prevenir o referido "risco sistemático" não pode levar à completa negação da teoria para as hipóteses de erro médico, porquanto fazê-lo também poderia gerar resultados catastróficos. Invocando o direito norte-americano, Rafael Peteffi faz, em contraponto aos temores manifestados pela doutrina francesa, as seguintes observações:

"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 direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela 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.

Em *Mckellips v. Saint Francis Hosp* e em *Roberson v. Counselman*, a Suprema Corte de Oklahoma e a Suprema Corte do Kansas, respectivamente, absorveram bem a matéria, afirmando, ao fundamentar as decisões, que os profissionais da saúde estariam totalmente livres de sua responsabilidade, mesmo em se tratando do erro mais grosseiro, se o paciente apresentasse poucas chances de viver.

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da

perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos."

Há, por derradeiro, uma última crítica à qualificação da perda da chance como direito autônomo à reparação civil. Trata-se da seguinte objeção, formulada por Rafael Peteffi (op. Cit., pág. 106 e 107):

“A necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas. Essa impossibilidade é cabalmente verificada pelo já comentado exercício de argumentação, efetuado por autores franceses e norte-americanos. Nesse sentido, se um médico comete um terrível erro técnico, aumentando o risco de morte de uma paciente (ou diminuindo as suas chances de viver) e, mesmo assim, o paciente recupera a sua saúde perfeita, a maioria da doutrina acredita que não há dano passível de reparação. Portanto, esse 'prejuízo distinto do benefício esperado' parece ser difícil de imaginar nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima”. (págs. 106 e 107)

Essa crítica, contudo, também não se sustenta. No exemplo fornecido por Peteffi não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

Vale lembrar que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de “perda de chance clássica”, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência

mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica. Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

III.b) O preenchimento dos pressupostos da aplicação da Teoria da Perda da Chance na hipótese dos autos e a respectiva consequência.

III.b.1) Os pressupostos

Definida a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance para a solução da hipótese dos autos, resta analisar, por um lado, o preenchimento de seus pressupostos, e por outro, a adequação das consequências extraídas a partir desses pressupostos pelo TJ/PR. Essa atividade, tendo em vista o óbice do Enunciado nº 7 da Súmula/STJ, tem necessariamente de partir das conclusões, quanto à prova, a que chegou o acórdão recorrido. Ou seja: não pode ser discutido nesta sede o fato, já reconhecido na origem, de que o tratamento dispensado à *de cuius* foi inadequado.

Importante ressaltar que esta discussão não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdadeiro, por um lado, que a *oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável* é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica a transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o 'de cuius' mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer

Superior Tribunal de Justiça

em todas as situações em que se pleiteia indenização por força do falecimento de um ente querido.

Estabelecido esse pressuposto, 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 nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

Analisando esses fatores, o TJ/PR, inicialmente, pondera que na decisão acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido a paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que *o procedimento correto*, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados *ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica*. Vale dizer: ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, *ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência*. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Da leitura do acórdão recorrido pode-se extrair que: (i) a chance de melhor qualidade de vida ou até a cura da paciente era real e concreta; (ii) que há uma relação direta entre o tratamento inadequado e a perda de oportunidade de melhor qualidade de vida ou até mesmo de obter a cura da doença; (iii) o fato de a paciente ter gerado filho não rompe o referido nexo de causalidade, entre o tratamento inadequado e a chance perdida; (iv) o dano final está provado, com a morte da vítima.

Analisando a prova dos autos, o TJ/PR concluiu que o procedimento adotado pelo réu não foi adequado porque, em primeiro lugar, a melhor decisão acerca da cirurgia a ser feita para tratamento de câncer de mama depende essencialmente do tamanho do tumor. Na hipótese dos autos, segundo se apurou na perícia, não era possível afirmar com certeza qual o tamanho do tumor que vitimava a paciente, de modo que a sua

classificação deveria ter sido estabelecida, necessariamente, como de tamanho *não definido*. Para hipóteses de tumores de tamanho não definido, a comunidade médica, segundo se apurou na perícia, jamais recomenda a cirurgia de quadrantectomia, mas a mastectomia radical.

Em segundo lugar, ficou estabelecido que a recomendação de quimioterapia e a radioterapia feita pelo réu, antes e depois da cirurgia, não observou o protocolo mais adequado, segundo a literatura médica atualizada, sendo que "na doença neoplásica a escolha do tratamento ideal se baseia em dados estatísticos mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento em que a chance de êxito ficou diminuída" (fl. 1.087, e-STJ).

Em terceiro lugar, "houve também culpa no acompanhamento pós-cirúrgico", uma vez que "o réu deveria ter solicitado outros exames" (fl. 1.088, e-STJ), como cintilografia óssea, mamografia, ultrassonografia de abdômen, raio-x de tórax. O médico, contudo, não seguiu esse procedimento.

Em quarto lugar, as chances de melhora ou mesmo de cura foram consideradas, pela análise do conjunto fático-probatório dos autos, *sérias e objetivas* pelo TJ/PR, uma vez que a perícia estabeleceu que "se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, as metástases poderiam ter surgido, mas com probabilidade menor que com o tratamento utilizado" (fl. 1.086, e-STJ). A vítima, assim, teria "chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevida menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva" (fl. 1.088, e-STJ). Nesse sentido, podem ser destacadas os seguintes trechos do laudo pericial, inteiramente acolhido pelo TJ/PR:

“11 – Se o requerido tivesse adotado outro tratamento desde o início, a metástase teria aparecido? Quais as probabilidades?

Resposta: Poderia ter aparecido. Mas, com uma probabilidade menor do que com o tratamento que foi utilizado.

12 – Se a requerida tivesse recebido o tratamento específico para a doença quando dos primeiros exames, quando apareceram as dores e as primeiras lesões, qual a probabilidade de cura?

Resposta: Probabilidade de cura muito baixa, porém, com melhor qualidade de vida.

13 – Após doze sessões de quimioterapia, com 03 diferentes drogas, os exames ainda revelam a doença em evolução. Se outro fosse o tratamento, quais as chances de ter sido controlada a doença?

Resposta: Depois do aparecimento das metástases, as chances de controlar a doença são poucas e difíceis.

14 – Queira o Sr. Perito prestar outros esclarecimentos que entender necessários.

Resposta: Sim, deveriam ter sido realizadas mamografias.
(fls. 266 a 268, e-STJ)

Disso decorre que o pedido de dano moral formulado e deferido pelo TJ/PR teve como causa de pedir a imperícia médica que resultou numa verdadeira 'via crucis' para a vítima, especialmente no período de aparecimento da metástase e a sua morte. Há, portanto, a frustração de uma chance e a obrigação de indenizá-la.

III.b.2) As consequências - o valor da indenização

Como dito acima, a principal consequência da reparação civil pela perda de uma chance é o estabelecimento da indenização para esse bem jurídico autônomo em uma proporção, aplicada sobre o dano final experimentado.

O TJ/PR não desconhece esse fato. Contudo, não o aplica, ponderando que "para a indenização do dano moral" (...) "esse não pode ser o único critério a ser considerado pelo Juiz, exatamente pela característica do dano extrapatrimonial que o tornam de difícil mensuração". Segundo o acórdão recorrido, as peculiaridades da reparação por dano moral determinam que o "o número de chances perdidas passa a ser mais um critério dentre outros" (fl. 1.091, e-STJ).

O caminho escolhido pelo Tribunal foi o de valorar, no momento de fixar a indenização, não apenas a função ressarcitória do dano moral, mas notadamente sua função punitiva e dissuasória, tomando em consideração (i) a reprovabilidade da conduta; (ii) a intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido. Com isso, teceu considerações acerca de cada um desses elementos, deixando de ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda.

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento

Superior Tribunal de Justiça

em que a Perda da Chance leva a uma indenização "não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida", de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que "não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevivência previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade".

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfoury Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - "Responsabilidade Civil do Médico", Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), "em se tratando da perda de uma chance, a indenização jamaiz poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida".

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

É, portanto, necessário dar solução à causa aplicando o direito à espécie, conforme determina o art. 257 do RI/STJ.

Na hipótese dos autos, há diversos momentos do tratamento em que podem ser identificadas falhas do médico responsável.

No momento inicial, quando do diagnóstico do câncer, a primeira falha está na realização de uma quadrantectomia, em lugar de uma mastectomia radical. Se esse equívoco não tivesse sido cometido, talvez o tumor tivesse sido, de pronto, extirpado. A segunda falha, segundo se apurou em perícia, está no protocolo de sessões de quimioterapia. Se, além da mastectomia radical, esse protocolo tivesse sido seguido, é possível afirmar que as chances de cura fossem bem maiores. A terceira falha está na falta de orientação à paciente quanto aos riscos de gravidez. E a quarta falha está no

protocolo seguido após a recidiva da doença.

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que "não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor" (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, ' e-STJ) e que "na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída".

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final. Relembro, contudo, que essa redução se reporta aos termos *da sentença*, na qual a indenização foi fixada, de modo que a correção monetária deve incidir desde a data de sua publicação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, exclusivamente para reduzir em 20% a indenização fixada pela sentença, mantida pelo TJ/PR, com correção monetária a partir da publicação da sentença.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.141 - PR (2011/0078939-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Sr. Presidente, também parabenizo a Sra. Ministra Nancy Andriahi pelo cuidadoso trabalho de pesquisa e de fundamentação.

A chance perdida é um meio jurídico autônomo que não se confunde com o resultado que normalmente se indeniza quando há dano moral, por exemplo, e ela é aferível, sim, pelo princípio da causalidade, mas uma causalidade que utiliza já a estatística para aferir a probabilidade daquela chance perdida.

No caso, de fato, houve imperícia. A fundamentação das decisões, na origem, é impecável. Todos os requisitos da teoria da perda de uma chance foram observados e graduados, de modo que, também no que tange à fixação da indenização, concordo com a eminente Relatora por entender que ali se encontram algumas características que agravam a conduta do médico. Os procedimentos corriqueiros não foram adotados por ele e houve algumas circunstâncias que demonstram que ele poderia ter informado à paciente mais adequadamente sobre aqueles riscos e sobre as possibilidades de sucesso que ela teria, caso adotasse uma outra terapêutica.

Então, concordo inteiramente com a eminente Relatora.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0078939-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.254.141 / PR

Números Origem: 11642002 3595820028160001 415873402

PAUTA: 04/12/2012

JULGADO: 04/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **JOÃO BATISTA NEIVA**

ADVOGADOS : **HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI E OUTRO(S)
JOSEMAR PERUSSOLO**

RECORRIDO : **VILMA DE LIMA OLIVEIRA - ESPÓLIO E OUTROS**

REPR. POR : **WILSON ROCHA DE OLIVEIRA**

ADVOGADO : **MANOEL DINIZ NETO**

ASSUNTO: **DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.540.153 - RS (2015/0082053-9)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : BANCO SANTANDER BRASIL S/A
ADVOGADOS : ANDRÉ LUIZ MÜLLER - RS065712
GABRIEL LOPES MOREIRA - RS057313
RECORRIDO : CHRISTIANO PEREIRA LIMA NETO
ADVOGADOS : RENAN ADAIME DUARTE E OUTRO(S) - RS050604
GUILHERME DE ABREU E SILVA MICHELIN - RS068774
INTERES. : SANTANDER BRASIL S/A CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÕES EM BOLSA DE VALORES. VENDA PROMOVIDA SEM AUTORIZAÇÃO DO TITULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DANO CONSISTENTE NA IMPOSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DAS AÇÕES COM MELHOR VALOR, EM MOMENTO FUTURO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. "A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o *deslocamento da reparação*: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado" (CARNAÚBA, Daniel Amaral. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012).

2. Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

3. No lugar de reparar aquilo que *teria sido* (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação.

4. A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado.

Superior Tribunal de Justiça

5. No caso concreto, houve venda de ações sem a autorização do titular, configurando o ato ilícito. O dano suportado consistiu exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja a venda daquelas ações por melhor valor. Presente, também, o nexo de causalidade entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada) e o dano (perda da chance de venda valorizada), já que a venda pelo titular das ações, em momento futuro, por melhor preço, não pode ocorrer justamente porque os papéis já não estavam disponíveis para serem colocados em negociação.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por HOSPITAL ALVORADA TAGUATINGA LTDA., com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO.

- RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS HOSPITAIS. Inteligência do artigo 14, §4º, CDC. Falha na prestação de serviço. Paciente que vai até Hospital se sentindo mal. Pedido de exame de hemograma. Antes de sair o resultado a paciente é dispensada com atestado médico de 02 dias. Resultado que fica pronto poucas depois constatando que a paciente apresentava quadro gravíssimo de Leucose Aguda. Dia seguinte paciente teve convulsão em casa, caiu da escada e teve traumatismo craniano. Evolução para óbito. Negligência no atendimento e falha de diagnóstico e tratamento.

- PERDA DE UMA CHANCE. Incerteza que paira sobre a conduta do médico nesse resultado, já que, de início, o dano é gerado por força da doença e não pela falha do tratamento médico empregado. Os prepostos da ré frustraram a oportunidade de um tratamento. Se estivesse no Hospital, internada, certamente, a queda poderia ter sido evitada, e conseqüentemente, a evolução desfavorável da paciente.

- DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL IN RE IPSA minorado para R\$ 50 mil reais.

- Recurso provido em parte" (e-STJ fl. 392).

Em suas razões recursais (e-STJ fls. 461-469), o recorrente indica violação dos arts. 186, 188, I, e 944, parágrafo único, do Código Civil, alegando a existência de concausas que contribuíram para o resultado danoso, não se podendo imputar exclusivamente a ele a responsabilidade pelo dano.

Defende que a suposta falha na prestação de serviços médicos não foi a causa determinante para a morte da paciente, gerando, no máximo, a frustração pela perda da oportunidade de um tratamento.

Pleiteou, ainda, a redução do valor da indenização, fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Superior Tribunal de Justiça

Decorrido o prazo para a apresentação das contrarrazões (e-STJ fl. 479), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a reatuação do agravo (AREsp nº 1.057.443/SP) como recurso especial para melhor exame da matéria.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.083 - SP (2017/0034594-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

A irresignação não merece prosperar.

O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por ROGÉRIO RODRIGUES DE OLIVEIRA contra HOSPITAL ALVORADA TAGUATINGA LTDA.

Narra o autor, na petição inicial, que sua esposa, em seus últimos meses de vida, sentindo-se mal e sem saber da moléstia que lhe acometia, após a realização de consultas médicas nas dependências do hospital demandado, passou por diversos exames laboratoriais, mas os profissionais responsáveis não conseguiram diagnosticar o quadro compatível com a hipótese de leucemia.

Aduz que a paciente, com um corte na unha de um dos dedos da mão infeccionado há vários dias e sem cicatrização, com manchas roxas pelo corpo, dores de cabeça intensas e desmaios, retornou ao hospital no dia 23/12/2010, dois dias antes de sua morte, sendo atendida por um dos integrantes da equipe médica que lhe teria dito, "*em tom de deboche, que ela não tinha nada, que ela só queria passar o Natal em casa com a família, e que daria o atestado médico para abonar a falta ao emprego naqueles dias[...]. Insinuando que a paciente estava inventando problemas de saúde para faltar ao trabalho naquela data festiva que se aproximava*" (e-STJ fl. 4).

Relata que na madrugada do dia 24/12/2010, em casa, sua esposa passou mal em virtude da doença, desmaiou, caiu de uma escada e bateu a cabeça, vindo a óbito no dia 25/12/2010, tendo como causa da morte traumatismo crânio-encefálico.

Defende o autor que a causa do desmaio foi o quadro de leucemia negligenciado pelos profissionais médicos que acompanhavam o tratamento de seu cônjuge, a ensejar a devida reparação dos danos morais e materiais por ele sofridos.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição, com base na prova técnica conclusiva de que a paciente, quando foi atendida no hospital demandado no dia 23/12/2010,

Superior Tribunal de Justiça

apresentava quadro gravíssimo compatível com Leucose Aguda não investigado pela equipe médica, a evidenciar que o atendimento prestado foi negligente e que houve falha no diagnóstico e no respectivo tratamento, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação para condenar a parte ré apenas ao pagamento de danos morais fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ante à falta de comprovação dos alegados prejuízos materiais.

Em grau de recurso, o Tribunal local deu parcial provimento ao apelo interposto pelo ora recorrente apenas para reduzir os danos morais ao patamar de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), mantidos os demais termos da sentença de primeira instância.

Em resposta à alegação de que a paciente se retirou do hospital assim que recebeu o atestado médico por ela solicitado, sem aguardar o resultado do exame laboratorial, entendeu o órgão colegiado, após destacar a responsabilidade objetiva das clínicas e hospitais pelo fato do serviço, que o demandado tinha o dever não só de alertar a paciente da necessidade de aguardar o resultado do exame, mas de contatá-la assim que teve conhecimento da gravidade do caso.

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

Assim delineado o contexto fático pelas instâncias ordinárias, passa-se à análise do recurso especial.

Em linhas gerais, o reconhecimento do dever de indenizar exsurge da existência de uma conduta ilícita (voluntária ou decorrente de negligência ou imprudência do agente) da qual resulte um dano, ainda que exclusivamente moral, e que àquela se encontre vinculada por um nexo de causalidade.

De acordo com a clássica doutrina de Sergio Cavalieri Filho, para a configuração da responsabilidade civil

(...) não basta [...] que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato

Superior Tribunal de Justiça

para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.” (Programa de responsabilidade civil, 11. ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 62)

Diante da tormentosa tarefa de definir em quais hipóteses o vínculo existente entre o dano e o fato praticado, comissivo ou omissivo, é capaz de gerar o respectivo dever de indenizar, surgem as diversas teorias jurídicas que procuram solucionar o problema, prevalecendo na esfera civil, à luz do disposto no art. 403 do Código Civil/2002, a teoria da causalidade adequada, que só admite o nexo causal quando o dano é efeito direto e necessário de uma causa, considerada aquela mais adequada à produção do evento danoso, com interferência decisiva.

A esse respeito, esta Terceira Turma já decidiu que

(...) a doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403), segundo a qual somente se considera existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo” (REsp nº 1.615.971/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/9/2016, DJe 7/10/2016 - grifou-se).

Ao indagar qual entre as várias condições deve ser considerada a mais adequada à produção do resultado danoso, Cavalieri Filho adverte que

(...) não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação. Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.” (ob. cit., pág. 65)

No estudo da responsabilidade civil, também se consagrou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência desta Corte Superior, a teoria da perda de uma chance, de origem francesa (*perte d'une chance*), normalmente invocada nas hipóteses de difícil ou impossível comprovação do liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final.

A respeito do tema, Rafael Peteffi da Silva esclarece que

(...) a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais

Superior Tribunal de Justiça

estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano, ora como utilização pouco ortodoxa do nexo de causalidade.” (Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, pág. 115)

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

A existência dessas duas vertentes da mencionada teoria fica bem esclarecida na obra de Fernando Noronha:

(...)

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi irreversivelmente interrompido por um determinado fato antijurídico (...), por isso ficando a oportunidade irremediavelmente destruída (ainda que, como veremos na sequência, se fique sem saber se o benefício esperado teria ocorrido efetivamente, caso não tivesse havido a interrupção do processo). A chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que estava em curso um processo vantajoso e este foi interrompido, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que estava em curso um processo danoso que podia ter sido interrompido e não foi, falaremos em frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido.” (Direito das obrigações. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 695-696)

Na prestação de serviços médico-hospitalares, tem sido recorrente a aplicação da teoria da perda de uma chance na modalidade atípica, valendo destacar, a propósito, a sempre precisa lição de Cavalieri Filho:

(...)

Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de

Superior Tribunal de Justiça

cura ou de sobrevivência.

Em última instância, o problema gira em torno do nexa causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar ab origine o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico."(ob. cit., pág. 104 - grifou-se)

No julgamento do REsp nº 1.254.141/PR, cujo contexto fático se assemelha em alguns aspectos com a presente lide, guardadas as peculiaridades de cada caso, a Ministra Nancy Andriahi ressaltou, com propriedade, que, "*nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato*".

Em contrapartida, ao se referir à aplicação da denominada perda de uma chance atípica na seara médica, para justificar a existência de nexa causal entre a conduta do profissional médico e o dano sofrido pelo paciente, destacou Sua Excelência que

(...) a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte. Aqui, a extensão do dano já está definida, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexa causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu."(grifou-se)

Em confronto com parte da doutrina estrangeira citada em seu voto, que enxerga a teoria da perda de uma chance como um processo de mitigação do nexa causal, por isso de questionável aplicação, ponderou a Ministra Nancy Andriahi que

(...) a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade

Superior Tribunal de Justiça

direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente.”(destaque do original)

Esse modo de pensar põe de lado a controvérsia existente quanto à caracterização do nexa causal entre a conduta médica (comissiva ou omissiva) e o resultado danoso, pois considera a chance perdida um bem jurídico autônomo, passível de ser indenizado se indevidamente subtraído de seu titular.

Ao final, destacou a ilustre Ministra:

(...) para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexa causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexa 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.”

Tratava-se, naquele caso, da responsabilidade civil de um médico oncologista em hipótese na qual a perícia apurou a inadequação do tratamento de câncer por ele adotado em paciente que, posteriormente, veio a óbito em virtude da evolução da própria moléstia.

O acórdão está assim ementado:

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

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

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada." (REsp 1.254.141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 20/2/2013).

No caso em apreço, o liame causal é ainda mais tênue e de difícil comprovação, haja vista que a morte da paciente, na espécie, não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.

Ainda assim esse liame se faz presente, como se passará a demonstrar.

Para se concluir desse modo, impõe-se partir, inicialmente, do fato de que a paciente não procurou os serviços do demandado uma única vez, no dia 23/12/2010, havendo relatos, inclusive na prova pericial, de outros atendimentos realizados anteriormente, a partir do dia 4/12/2010, com queixas de tonturas, instabilidade e uma lesão infecciosa no leito ungueal da mão que não cicatrizava.

Não obstante a reiterada procura pelos serviços médicos prestados pelo réu, somente no atendimento realizado no dia 23/12/2010 foi requerida a realização de um hemograma completo, simples exame laboratorial capaz de detectar a grave doença que acometia a paciente – Leucose Aguda –, o que já deixa transparecer a atuação negligente da entidade hospitalar.

Nesse mesmo dia (23/12/2010), sem sequer aguardar o resultado do exame laboratorial, o profissional médico responsável pelo atendimento da paciente lavrou um atestado recomendando que ela ficasse afastada do trabalho por 2 (dois) dias. Autorizou, por conseguinte, o seu retorno ao lar sem maiores considerações.

Quanto ao ponto, defende o recorrente que o nexo de causalidade porventura existente entre a conduta dos médicos e a morte da paciente foi rompido assim que a paciente se retirou do estabelecimento sem aguardar o resultado do exame laboratorial.

Ora, que outra atitude poderia ser exigida da paciente após o médico que a atendia afirmar que ela só precisava de descanso por dois dias? Ademais, cabia ao profissional

Superior Tribunal de Justiça

de saúde avaliar o grau de importância do exame realizado e a necessidade de aguardar o seu resultado, "*ainda mais quando se tratava de exame pedido com urgência*" (e-STJ fl. 394), conforme consignado no acórdão recorrido.

Além disso, conforme já salientado, à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado, na espécie, é aquele existente entre a conduta negligente do hospital e a chance perdida de um diagnóstico correto e de todas as consequências normais que dele poderiam resultar, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o resultado morte.

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

Confirmam-se, a propósito, os seguintes excertos do laudo pericial:

(...)

Discussão e Conclusão:

A pericianda vítima apresentava quadro compatível com Leucose Aguda sugerida no exame de Hemograma da data de 23/12/2010, o qual não foi investigado pela equipe do Pronto Atendimento do Hospital Réu.

A pericianda vítima sofreu acidente doméstico no dia 24/12/2010, quando foi socorrida pelo Resgate e posteriormente transferida para o Hospital Réu, onde foi internada e investigado o quadro de pancitopenia, compatível com Leucose Aguda.

Apresentou evolução desfavorável devido ao sangramento no sistema nervoso central, secundário ao traumatismo craniano associado a plaquetopenia, evoluindo a óbito em 25/12/2010.

Conclusão:

A pericianda vítima apresentava quadro de Leucose Aguda sugerida pelo Hemograma da data de 23/12/2010 o qual de acordo com a documentação acostada nos autos não foi investigada e orientada de acordo com a prática médica usual, e evoluiu para óbito por complicações relacionadas a Doença de Base.

(...)

Quesitos fls. 210:

01 - A causa do óbito foi hemorragia intracraniana pós traumatismo craniano relacionada a baixa contagem de plaquetas.

(...)

06 - Não, a pericianda foi dispensada do hospital com atestado de afastamento laboral por 2 dias, sem orientação para avaliação na especialidade de Hematologia. Tratava-se de quadro gravíssimo de Leucose Aguda, com baixos níveis de hemoglobina e plaquetas e elevada contagem de Leucócitos, altamente sugestiva de Leucose Aguda"(e-STJ fls. 309-311 - grifou-se).

Superior Tribunal de Justiça

De todo o contexto examinado, é razoável concluir que a atuação negligente dos profissionais médicos desde as primeiras consultas, sobretudo em função da gravidade da doença e da simplicidade do método capaz de diagnosticá-la – um simples hemograma –, retirou da paciente uma chance concreta e real de ter o mal que a afligia corretamente diagnosticado e de ter um tratamento adequado, ou seja, de obter uma vantagem.

Isso basta para que fiquem caracterizados, na espécie, tanto a frustração de uma chance quanto o respectivo dever de indenizá-la, sem a necessidade de se recorrer a verdadeiras elucubrações, a exemplo da probabilidade de não ter ocorrido o acidente doméstico caso fosse determinada a imediata internação da paciente ou se o hospital tivesse entrado em contato com ela assim que obteve o resultado dos exames laboratoriais.

Nas exatas palavras de Vera Maria Jacob de Fradera, "*admite-se a reparação apenas se, pelo menos, ficar estabelecido que a culpa teve como efeito a perda, para a vítima, das suas chances de evitar o dano ou o seu agravamento, aumentando os riscos que preexistiam à intervenção culposa ou mesmo fragilizando a vítima*" (*A responsabilidade civil dos médicos*. *Ajuris*, v. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992 - grifou-se).

Ainda sobre o tema, Fernando Noronha assevera ser "(...) *imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidade de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado*" (ob. cit., pág. 722 - grifou-se).

No caso vertente, conforme destacou o Tribunal de origem, justifica-se a responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar no fato de que, não fosse a sua atuação negligente, o dano maior poderia ter sido evitado.

Até se admite que o resultado morte pudesse ocorrer independentemente da conduta omissiva dos profissionais médicos, mas além da inequívoca perda da chance de um diagnóstico correto e de um tratamento adequado, é razoável concluir que a negligência constatada expôs a paciente a um maior grau de risco, aumentando as chances da ocorrência de um dano maior que, ao final, se verificou.

Inverso seria o resultado da pretensão deduzida em juízo se o acidente que vitimou a paciente tivesse ocorrido após a realização de um diagnóstico correto, desde que

Superior Tribunal de Justiça

adotadas as necessárias cautelas para que ela não fosse exposta a situações anormais de risco, ou se a sua morte não tivesse nenhuma relação com a moléstia tardiamente diagnosticada, o que também foi refutado pela perícia.

Ademais, esse é um daqueles casos em que o bom senso e a ponderação, próprios à realização de um juízo de razoabilidade, devem preponderar sobre fórmulas hipotéticas ou regras eminentemente teóricas, de modo a garantir uma prestação jurisdicional justa.

Registra-se, ainda, apenas para impedir a aplicação indiscriminada da teoria da perda de uma chance a hipóteses nas quais ela não deve incidir, que "*a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência*" (REsp nº 1.622.538/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017).

Na espécie, contudo, por todos os aspectos já mencionados, constata-se que a falha na prestação dos serviços médico-hospitalares se mostra até mais evidente em comparação com a hipótese versada no julgamento do REsp nº 1.254.141/PR, anteriormente citado, a justificar a manutenção da responsabilidade da parte recorrente pela reparação dos danos sofridos pelo autor.

Quanto à pretensão de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, mostra-se inviável o seu acolhimento na estreita via do recurso especial, mesmo presentes as especiais circunstâncias dos autos.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser mensurado pela chance perdida, como bem jurídico autônomo, na linha do que defende Fernando Noronha:

"(...)

Também aqui o dano só pode consistir na perda da própria chance que o lesado tinha, anteriormente ao fato antijurídico, perda esta que é um prejuízo distinto do benefício que era esperado (dano final). E também aqui o responsável vai ser obrigado a reparar uma fração do dano final, igual ao grau de probabilidade em que o seu fato contribuiu para o dano." (ob. cit., pág. 732)

À luz de tal premissa, ainda que o Tribunal de origem tenha estabelecido os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referindo-se ao sofrimento e angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título,

Superior Tribunal de Justiça

mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a perda da chance de um diagnóstico correto e de todas as normais consequências que dele se poderia esperar.

O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado os montantes fixados pelas instâncias ordinárias a tal título apenas quando se revelem irrisórios ou exorbitantes, circunstâncias inexistentes no presente caso.

Não sendo essa a hipótese, é inviável a pretensão do recorrente de ver reduzida, na estreita via do recurso especial, a indenização arbitrada pelas instâncias ordinárias, conforme decidido nos seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. TESE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DE CONJUNTO FÁTICO/PROBATÓRIO DOS AUTOS. DANO MORAL. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

(...)

2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo que a tese defendida no agravo em recurso especial demanda o reexame do contexto fático e probatório dos autos, que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 951.731/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 14/2/2017).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73 NÃO CONFIGURADA. 2. ATO ILÍCITO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 3. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. EXORBITÂNCIA NÃO VERIFICADA. ALTERAÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

2. O Tribunal local, amparado no conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu a existência de dano moral indenizável, fixando a verba reparatória em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Desse modo, a alteração do julgado por esta Corte encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Agravo interno improvido." (AgInt no AREsp 982.565/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 2/2/2017).

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.276.551 - SP (2018/0083593-1)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
AGRAVANTE : MANUEL CARLOS PINOTTI AFFONSO
ADVOGADOS : MARIA AUXILIADORA VENDRAMINI MARTINS QUEIROZ - SP175968
VIVIANE VIANA SAMPAIO E OUTRO(S) - SP319108
THAIS MONTEIRO QUEIROZ - SP359619
AGRAVADO : GISNEI APARECIDO DOS SANTOS
AGRAVADO : ROSANGELA MARIA CORREIA
ADVOGADO : ROSANGELA MARIA CORREIA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP313935

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por MANUEL CARLOS PINOTTI AFFONSO contra decisão que inadmitiu recurso especial. O apelo extremo, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Cerceamento de defesa inexistente - Dano Moral - Presunção pela morte da filha dos autores - Erro Médico - Demora na realização do parto - Negligência do médico no atendimento - Anterior condenação do requerido transitada em julgado por homicídio culposo na esfera criminal - Comprovação do dano, nexo causal e culpa do médico - Indenização pelo dano moral - Na aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance deve haver a redução proporcional da indenização - Recurso provido em parte" (e-STJ fl. 307).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, alega-se, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

(i) art. 489, II e III, do Código de Processo Civil de 2015, ao fundamento de que a sentença é nula por deficiência de fundamentação; e

(ii) arts. 186 e 927 do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, pois o recorrente não cometeu ato ilícito, devendo ser afastada a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Por fim, requer-se o provimento do recurso ou, caso assim não se entenda, a redução do valor indenizatório.

Sem as contrarrazões, foi negado seguimento ao recurso especial, dando ensejo à interposição do presente agravo.

É o relatório.

DECIDO.

Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do

Superior Tribunal de Justiça

recurso especial.

O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

A insurgência não merece prosperar.

No que se refere à ofensa ao art. 489, II e III, do CPC/2015, verifica-se que a questão relacionada com a nulidade da sentença por ausência ou deficiência de fundamentação não foi objeto de debate pelo acórdão recorrido, embora opostos embargos de declaração.

Ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*".

Em relação à obrigação de indenizar, extrai-se das razões recursais que o recorrente não refutou os seguintes fundamentos adotados pela Corte local:

" (...)

Quanto à obrigação do médico, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deve ser apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4º, Lei n. 8.078/90), tratando-se, portanto, de hipótese de culpa subjetiva (REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011).

Porém, o ocorrido gerou condenação criminal, como incurso no art. 121, § 3º, do Código Penal (fls. 33/41), com trânsito em julgado em 21/06/2011.

A condenação criminal torna certa a obrigação de reparar o dano. A sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial (art. 475-N, II, CPC/1973).

Não se discute mais a autoria, a culpa e o nexo de causalidade. No dizer de Aguiar Dias: 'a sentença condenatória criminal tem absoluta influência na ação cível', aceita-se, como complementa Carvalho Santos, 'o que decidiu a justiça repressiva e não mais se questiona sobre a existência do fato nem sobre a sua autoria'.

Dispõe expressamente o art. 935 do Código Civil de 2002, com o mesmo conteúdo do art. 1.525, do Código Civil de 1916 que: 'a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.'" (e-STJ fl. 309).

Assim, havendo fundamento suficiente no julgado impugnado que não foi objeto de impugnação pela parte recorrente, aplica-se, no ponto, o óbice da Súmula nº 283/STF, aplicada por analogia: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*".

No que tange ao valor indenizatório fixado pelas instâncias de origem, a deficiência na fundamentação recursal restou evidenciada, visto que o recorrente não indicou

Superior Tribunal de Justiça

especificamente quais os artigos de lei federal teriam sido contrariados pelo aresto recorrido, inviabilizando a compreensão da controvérsia posta nos autos.

Consectariamente, incide a Súmula nº 284/STF: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"*.

Por fim, além de os mesmos óbices sumulares inviabilizarem o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, a tese de dissídio jurisprudencial, diante das normas legais regentes da matéria (arts. 1.029 do CPC/2015 e 255 do RISTJ), exige confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, o que não ocorreu na espécie.

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de maio de 2018.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator