

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

PATRICIA CARDOZO SANTANA

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA
MÉDICA**

**CURITIBA
2013**

PATRICIA CARDOZO SANTANA

**APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA
MÉDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Denise Antunes

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

PATRICIA CARDOZO SANTANA

APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2013.

Dedico esta monografia à minha
mãe, Teresa e ao meu pai
Guilherme (*in memoriam*)

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
3 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE CLÁSSICA, BEM COMO OS PRESSUPOSTOS PARA A SUA APLICAÇÃO	21
4 PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA.....	28
5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA	37
6 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

RESUMO

O presente trabalho tem como tema principal a teoria da perda de uma chance, que emergiu do direito francês, e no direito pátrio teve seu alicerce na Constituição Federal de 1988, que impulsionou a responsabilidade civil no que diz respeito às garantias das relações sociais, e conseqüentemente, o comprometimento social que todo o cidadão deve observar e praticar. Dentro do tema, foi aprofundada a espécie da teoria, aplicada na seara médica, que garante ao paciente o melhor tratamento para o alcance da cura/sobrevivência. Neste contexto, do estudo da perda de uma chance na seara médica, surge à necessidade de se aprofundar e identificar basilares dentro da doutrina e da jurisprudência, a forma de aplicação da teoria, a quantificação da indenização, para que mais uma espécie de responsabilidade civil, seja agasalhada dentro da tutela jurisdicional, pois âmbito deste tema trata da proteção do mais importante bem jurídico, que é a vida.

Palavras-chave: constituição, garantia, vida, direito civil, responsabilidade civil, perda de uma chance, responsabilidade do médico, indenização.

1 INTRODUÇÃO

A vida, inegavelmente, é o bem jurídico mais importante de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e com certeza não poderia ser diferente. Todas as disciplinas do direito, de alguma forma, protegem este bem tão precioso.

Quando se fala em direito a vida, tal expressão traz uma gama de significados, pois a proteção não se restringe a sobrevivência, mas também a uma vida digna, protegida e livre de abusos elegidos como insuportáveis para o ordenamento jurídico.

Contudo, apesar de todas as disciplinas estarem voltadas para a proteção da vida, a responsabilidade civil desempenha especial função, pois é a disciplina que regulamenta as relações sociais, de modo a gerar um grau de equidade entre os indivíduos, e apresenta mecanismos jurídicos para tentar restabelecer o *status quo* sempre que houver uma conduta ilícita lesiva, causada por um terceiro, ainda que seja através de indenização pecuniária.

O âmbito de atuação da responsabilidade civil está intimamente ligado aos anseios sociais, pois todos pretendem desempenhar e serem submetidos às atividades do cotidiano, da maneira mais tranquila e garantida.

Em razão deste importante papel que é desempenhado pela disciplina da responsabilidade civil, é certo que a norma positivada pelo Código Civil não esgota todas as possibilidades de proteção e conseqüente reparação, e por este motivo é necessário lançar mão de novas teorias, como a da perda de uma chance, de modo a alcançar a finalidade da disciplina.

A teoria da perda de uma chance é tratada pelos doutrinadores em duas modalidades, a clássica e a aplicada na seara médica. Neste trabalho, apesar de apresentar a teoria em sua modalidade clássica, o estudo mais aprofundado será em relação à aplicação na seara médica, que se traduz na perda da possibilidade da cura ou da sobrevivência.

Não é possível tolerar que o paciente seja usurpado do direito de obter o melhor tratamento. O que se espera é uma boa atuação médica, de modo a possibilitar o melhor resultado ao paciente.

Infelizmente a não eleição do melhor tratamento pode resultar em graves consequências, na grande maioria das vezes, irreversíveis, possibilitando apenas para a vítima e/ou seus familiares a reparação civil.

Ainda que este tema não possua ampla aceitação pelos operadores do direito, a doutrina e a jurisprudência vêm desempenhando um importante papel no estudo desta teoria, aplicada na seara médica, e embasados neles, vários casos concretos são analisados pelo Poder Judiciário Brasileiro.

A teoria da perda de uma chance na seara médica, é originária da França, sendo que o presente trabalho tomou por base os estudos do direito francês para desenvolver a teoria e, de consequência, expor a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo deste trabalho tem o intuito de fazer uma breve explanação acerca dos aspectos gerais da responsabilidade civil, de modo a possibilitar ao leitor compreender como se desenvolve o estudo da responsabilidade civil no direito brasileiro.

O segundo capítulo apresenta um breve histórico da responsabilidade civil no decorrer da história europeia, discorre acerca do surgimento da teoria da perda de uma chance e apresenta como ela é aplicada na modalidade “clássica”.

O terceiro capítulo trata apenas da teoria da perda de uma chance na seara médica, apresenta os primeiros julgados sobre o tema, estabelece um paralelo com a modalidade “clássica” e explica como é aplicada.

O quarto, que é o último capítulo, traz o estudo de dois julgados, que concederam a indenização pela perda de uma chance na seara médica. O primeiro Acórdão é de relatoria da Juíza de Direito em Segundo Grau Denise Antunes, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e o segundo relatado pela Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a forma de aplicação da teoria da perda de uma chance, especialmente na seara médica, e demonstrar a importância deste tema para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como para a sociedade.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Teoria da Perda de Uma Chance na seara médica, objeto do presente trabalho, é um dos temas mais atuais da disciplina da responsabilidade civil, que, muito embora não regulamentada de forma explícita no Código Civil de 2002, há boa aceitação pela doutrina e pela jurisprudência.

A responsabilidade civil, que é disciplinada pelo citado diploma legal, traz um leque de possibilidades para a sua aplicação e não poderia ser de outra forma, uma vez que dada disciplina visa justamente cumprir com os anseios de uma sociedade, que espera do direito, normas que garantam o bom desenvolvimento das atividades do cotidiano.

Tal disciplina se revela em vários momentos e de diversas formas na vida de todos, uma vez que se efetue uma lesão injusta, evidentemente o que se espera é que o Poder Judiciário dê a resposta para haver o ressarcimento do dano, de modo a possibilitar o retorno do *status quo*.

Por esta razão, as noções da disciplina da responsabilidade civil estão difundidas até mesmo entre as pessoas leigas, ou seja, pessoas não operadoras do direito, pois sabem que podem reivindicar o seu direito quanto à reparação.

Diante deste panorama, para que haja a compreensão da aplicação da teoria da perda de uma chance, em especial na seara médica, faz-se necessário um estudo breve da disciplina na responsabilidade civil, visto que tornará mais fácil e acessível o entendimento acerca da matéria.

O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, uma vez que configurado um prejuízo, seja de ordem patrimonial ou moral, nasce à responsabilidade e, possivelmente, o dever de indenizar, conforme Orlando Gomes afirma em sua obra:

Quem infringe um *dever jurídico lato sensu*, causando dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo. A infração pode ser de dever estabelecido numa *relação jurídica* ou na própria lei, ou do princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros, "*alterum non laedere*".¹

¹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil/ Orlando Gomes**; texto revisado e ampliado por Evaldo Brito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92.

Assim, pode-se dizer que, em princípio, toda a atividade que gera um prejuízo a outrem provoca a responsabilidade ou dever de indenizar, em razão do próprio vínculo obrigacional da disciplina.

O autor Sílvio de Salvo Venosa, em uma das primeiras passagens de sua obra sobre responsabilidade civil, apresenta o sentido da palavra *responsabilidade*, demonstrando o seu objetivo, *in verbis*:

O termo responsabilidade é usado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Deste modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, buscando novos horizontes, a fim que cada vez menos restem danos irressarcidos.²

Assim, em vista desta nova concepção contemporânea, acerca do papel da responsabilidade civil na sociedade, a teoria da perda de uma chance passa a exercer um papel importantíssimo, em razão de possibilitar a indenização pela perda da chance concreta e real, de uma expectativa.

Quando esta chance tratar-se de uma possibilidade de cura ou salvação, a atuação do ordenamento jurídico ganha especial atenção, pois passa a resguardar o bem jurídico de maior proteção, que é a vida.

Esta breve exposição acerca do tema já demonstra o importante papel que assume este ramo do direito obrigacional.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 186 dispõe acerca da prática do ato ilícito. A avaliação da responsabilidade, bem como a verificação da culpa (*latu sensu*), são reguladas pelo referido Código, nos artigos 927 a 954, e a obrigação de indenizar surgirá no momento da ocorrência de três pressupostos: a) o dano – prejuízo; b) o ato ilícito, ou o risco – dependendo da lei exigir ou não a culpa do agente; c) o nexo causal entre os dois pressupostos anteriores.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 4v. p. 1-2.

O direito a reparação civil decorre do dano experimentado pela parte lesada, de maneira injustificada. O dano advém de um ato ilícito, que se revela através de uma conduta omissiva/negativa ou positiva.

A conduta omissiva, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, passível de ser indenizada, ocorre quando há a violação de uma ordem jurídica de conduta positiva, isto é, o agente tinha o dever jurídico de agir, de praticar ato para impedir o resultado, e não o faz.

Já a obrigação de agir, poderá advir de lei, do negócio jurídico ou da conduta do próprio agente omissivo, que, em virtude da sua omissão, vem a gerar um resultado negativo, possível de ser impedido. Em síntese, esta obrigação consiste no dever da pessoa abster-se da prática de atos que possam lesar a outrem.

Ambas as condutas só adquirem relevância para o mundo jurídico quando se enquadram no, já referido artigo 186 do Código Civil, que assim prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.³

Neste sentido pontuou Caio Mario da Silva Pereira:

Considerado sob aspecto da manifestação humana, a ordem jurídica leva em consideração o fato humano voluntário, sobre o qual repousa toda a construção dos efeitos jurídicos. Ao enfatizar este aspecto, não há cogitar da voluntariedade dos efeitos do ato, nem da consciência do resultado. O que sobreleva na caracterização do fato jurídico humano, como fator etiológico da iliceidade, não é qualquer “fator de ordem espiritual ou moral”, como acentua Henschel D. Aguiar, porém a relação puramente mecânica de causa e efeito, ou a materialidade da transgressão.⁴

Ultrapassado o primeiro passo, que é a análise da conduta⁵, é necessário averiguar a questão da imputabilidade, que se revela através da maturidade do agente, ou seja, do desenvolvimento e da sanidade mental deste, isto é, sua higidez mental.

³ PLANALTO. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁴ PEREIRA DA SILVA, Caio Mario. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28.

⁵ Tal terminologia foi adotada por Sérgio Cavalieri Filho pelas seguintes razões: *‘Preferimos, todavia, o termo “conduta”, porque abrange as duas formas de exteriorização da atividade humana. Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão*’. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23-24.

O inimputável é aquele agente que não se desenvolveu mentalmente por completo, a ser capaz de entender o caráter da conduta e responder por seus atos, e, portanto, civilmente não pode ser responsabilizado.

Sergio Cavalieri Filho apresenta em sua obra, o seguinte conceito para o termo imputabilidade:

‘Imputar’ é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Disso se conclui que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.⁶

Por tais razões, os inimputáveis, civilmente e criminalmente, estão excluídos de responder por suas condutas.

O imputável, conseqüentemente, “é o agente mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.⁷

Quanto ao elemento culpa, em *latu sensu*, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva, tal pressuposto é essencial, pois sem ele, não há vínculo obrigacional.

É de suma importância, contudo, esclarecer que na responsabilidade civil objetiva não há o elemento culpa, pois se aplica a teoria do risco.

Assim, Cavalieri Filho, apresenta a seguinte definição para risco:

[...] Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.⁸

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26-27.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*, p. 27.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *ibid.*, p. 152.

Retomando, portanto, o estudo da culpa, tal pressuposto deve necessariamente estar presente, pois, na responsabilidade civil subjetiva, somente um agente imbuído da culpa, e comprovada pela contraparte, é que poderá ser submetido ao dever de reparar.

A culpa é exteriorizada pelo comportamento voluntário humano, seja pela ação ou pela omissão. O elemento volitivo é essencial para a caracterização, pois constitui o aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo do agente, isto porque ainda que a conduta se torne dominável, e desta forma, ainda que o resultado alcançado não seja aquele idealizado, houve vontade do agente para a realização.

Sobre esta questão, vale fazer a ressalva quanto aos atos praticados por aqueles indivíduos que não possuem a vontade de realizar determinado ato danoso, como por exemplo, no caso do sonambulismo, ou até mesmo quando há coação absoluta, hipóteses estas em que não haverá conduta intencional. Assim, Cavalieri Filho explica:

Só não constituem conduta, portanto, os atos que não intervêm a menor parcela de vontade, os chamados *atos reflexos*, como nos casos de sonambulismo, hipnose e outros estados de inconsciência. O mesmo ocorrerá no caso da coação física absoluta (irresistível), quando o ato não será do coato, mas de quem dele se serviu como instrumento.⁹

Pontuadas as ressalvas apresentadas, a culpa pode ser conceituada como sendo aquele comportamento ou inobservância do agente que seja contrário ao direito.

Neste sentido o conceito adotado por José Aguiar Dias:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.¹⁰

Bem como por Rui Stoco:

A culpa, genericamente, é, pois fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa e má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos:

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 30.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 123-124.

o objetivo expressado na iliciedade, e o objetivo do mau procedimento imputável.¹¹

Tais definições apresentadas, como já se destacaram anteriormente, conceituam a culpa em sentido *lato*, porém ela se subdivide em dolo e culpa.

O dolo é a conduta intencional, ela já nasce ilícita, ou seja, o agente além de pretender realizar a conduta, também espera o seu resultado lesivo, ilícito. O agente está imbuído de causar dano a outrem, havendo uma preexistência de vontade lesiva.

Já na modalidade culposa, a conduta nasce lícita, pois o agente não procura o dano como objetivo final de sua conduta, porém de forma voluntária o agente não age com o dever de cuidado imposto pelo direito, causando um evento danoso involuntário, contudo esperado ou esperável.

São, portanto, elementos da culpa: conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e falta de dever de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Neste sentido Cavalieri Filho explica:

Por tudo que foi dito, pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.

[...]

Extraem-se desse conceito os seguintes elementos para a culpa:

- a) conduta voluntária com resultado involuntário;
- b) previsão ou previsibilidade; e
- c) falta de cuidado cautela, diligência ou atenção;

O primeiro elemento dispensa maiores comentários, em face do que já foi exposto. Na culpa não há intenção, mas há vontade; não há conduta intencional, mas tencional. A vontade não se dirige a um fim determinado, como o dolo, mas se dirige à conduta. A conduta é voluntária; involuntário é o resultado.

Em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além a omissão. O agente quer a conduta, não porém, o resultado; quer a causa mas não quer o efeito.¹²

A falta de cautela, que é a culpa em sentido estrito, se exterioriza através da imprudência, da negligência e da imperícia.

A imprudência ocorre quando o sujeito pratica uma conduta perigosa, ou seja, é “a falta de cautela ou cuidado por uma conduta comissiva, positiva, por uma

¹¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 36-37.

ação”¹³, sendo que a característica fundamental desta modalidade é que nela a culpa se desenvolve paralelamente à ação.

Na negligência não há medidas de cuidado, o agente atua com indiferença ou ausência de precaução, nas palavras de Cavalieri Filho é a “falta de cuidado de uma conduta omissiva”¹⁴.

Já a imperícia ocorre quando o sujeito age sem possuir as habilidades técnicas necessárias, nos casos em que a atividade exige do agente maior prudência e atenção, sendo que nas palavras de Cavalieri Filho é a “falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica, caso em que se exige em regra maior cuidado ou cautela do agente”¹⁵.

A culpa, por sua vez, se revela em diversas espécies, todas, porém são decorrentes da falta do dever de cuidado. Esta questão é de suma importância para ordenamento jurídico brasileiro, pois há necessidade de gradação do grau de culpa do agente a fim de ensejar a própria responsabilidade civil e o *quantum* a ser indenizado.

São várias as construções doutrinárias acerca do presente tema, porém as espécies mais comuns serão objeto de análise a seguir.

Quanto à gradação da culpa, Cavalieri Filho, propõem a divisão em culpa grave, leve e levíssima.

A culpa grave, é aquela resultante da falta do dever de cuidado de forma grosseira, seria um descuido totalmente injustificado por parte do agente, pois há uma previsão do resultado. Para o direito penal tal culpa é denominada como culpa consciente, que se difere do dolo eventual, pois o agente acredita, sinceramente, que o resultado não iria se concretizar, enquanto no dolo ele assume o risco de produzi-lo.

A culpa leve é resultante da falta do dever de cuidado resultante de uma falta de atenção ordinária, é o cuidado de um homem comum. Diferente da culpa levíssima, que é caracterizada pela falta de atenção extraordinária, em que há necessidade de um conhecimento singular, sendo a conduta praticada por um agente que não possui habilidade para tanto.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, id, p. 38.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio, id, p. 38.

A culpa ainda pode ser contratual ou extracontratual, também denominada aquiliana. A primeira é decorrente de uma relação jurídica obrigacional preexistente, é um dever oriundo de um contrato. Já a extracontratual ocorre quando há uma violação direta à norma, independentemente de existir um contrato firmado entre as partes.

A doutrina traz ainda a seguinte separação entre as espécies de culpa: *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*.

A culpa *in eligendo* acontece quando se atribui a responsabilidade a alguém pela má escolha de seu representante ou preposto. A culpa *in vigilando* incide quando há descuido da pessoa que está na posição de garantidor, e o dano à coisa incide em razão da falta de fiscalização e cuidado. Por fim, a culpa *in custodiando* caracteriza-se pela falta de cuidado e atenção, em relação a animal ou coisas, acarretando danos a terceiros.

A chamada culpa presumida revela-se quando em determinadas situações fáticas se presume a culpa de uma das partes, a jurisprudência, em diversas situações, considera esta espécie de culpa. Nestes casos, há uma inversão do ônus da prova, ficando ao encargo daquele que provocou o dano provar a sua inocência em relação ao fato, ou seja, que não agiu com culpa.

Contudo Cavalieri Filho critica a prova, nesta espécie de culpa, pois segundo ele é “verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado.”¹⁶

Em relação ainda a culpa presumida, Silvio Venosa, destaca que ela não pode ser confundida com a responsabilidade objetiva, pois nesta não há culpa, em suas palavras a “culpa presumida, contudo, não se confunde com responsabilidade objetiva, que independe da culpa”¹⁷.

Por fim, a chamada culpa concorrente ocorre quando a vítima tem participação ativa no dano, ou seja, ela concorre para a ocorrência do evento danoso. Silvio Venosa assim explica:

No Direito Penal, não existe compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, é

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 4v. p. 36.

diversa: constatando que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de uma imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento. Assim, se o grau de culpa é idêntico, a responsabilidade se compensa. Por isso, prefere-se denominar concorrência de responsabilidade ou de causas. Pode ocorrer que a intensidade de culpa de um supere a do outro: nesse caso, a indenização deve ser proporcional. Assim, nada impede que um agente responda por 2/3 e outro por 1/3 da indenização em discussão.¹⁸

O Código Civil disciplina a possibilidade de eventual compensação da indenização, através do art. 945 que assim prevê “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”¹⁹.

Em relação à culpa em sentido estrito, conclui-se, portanto que apesar de haverem dadas distinções, gradações e espécies, todas elas se manifestam quando há a violação de um dever de cuidado, acarretando um dano passível de indenização.

O próximo pressuposto a ser objeto de análise é o dano, que, conforme já explanado, não existe obrigação de reparar, se acaso não ocorra efetivo dano.

Em razão de o termo ensejar grande amplitude em seu significado, para o estudo do direito, apenas é objeto de análise o dano passível de indenização, neste sentido também é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa quando afirma que “o dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável, que se traduz em prejuízo, em diminuição de um patrimônio”²⁰, bem como Caio Mario da Silva Pereira ao afirmar que “a doutrina entende que o dano, como elemento da responsabilidade civil, há de ser atual e certo”.²¹

Orlando Gomes, em sua obra, apresenta o seguinte conceito para dano:

Conceito de dano. Desenvolve-se tendência para considerar plausível o *dano moral* ao lado do *dano material*, que é eminentemente patrimonial. Por isso, escritores modernos definem o dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico (Fórmica), lesão de um interesse (Trabucchi). Para haver *dano*, é preciso, intuitivamente, que a diminuição se verifique contra a vontade do prejudicado.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 4v. p. 37/39.

¹⁹ PLANALTO. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 set. 2013.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 273.

²¹ PEREIRA DA SILVA, Caio Mário, **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 39.

O *dano* consiste na diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não se tivesse produzido (*id quod interest*).²²

O dano ocorre, portanto, a partir da quebra do equilíbrio da relação, seja ele de ordem moral ou material, e a partir desta quebra nasce o dever de reparação.

O principal objetivo do dever de reparação, no âmbito da responsabilidade civil, é restabelecer o *status quo*, que consiste na tentativa do retorno à situação originária, antes da quebra do equilíbrio da relação, ou seja, antes do dano. Entretanto, na maioria dos casos concretos, por motivos diversos, não é possível retornar ao estado anterior do dano, e por esta razão ocorre à reparação ficta, através da compensação monetária.

A dificuldade encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro é justamente esta questão da valoração/compensação monetária, pois em se tratando de uma reparação ficta, que não é a ideal, cabe ao julgador arbitrar o *quantum* indenizatório a partir da extensão do dano, conforme determina o art. 944 do Código Civil.²³

O dano é dividido em patrimonial e extrapatrimonial (moral). O dano patrimonial, como o próprio nome diz, atinge a esfera patrimonial da vítima, dos seus bens integrantes, já o dano extrapatrimonial atinge a esfera psíquica da vítima, causando-lhe sofrimento, dor, desconforto, humilhação.

Em relação ao dano material, a doutrina apresenta uma subdivisão, qual seja em dano emergente e lucros cessantes. Nas palavras de Cavalieri Filho:

Convém assinalar, ainda, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente 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. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.²⁴

O dano emergente, também chamado positivo, que possui a sua terminologia advinda do latim *dammum emergens*, corresponde à perda efetivamente sofrida, é um prejuízo concreto e provocado por alguém. Neste, o efeito danoso é imediato

²² GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil/ Orlando Gomes**; texto revisado e ampliado por Evaldo Brito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 75.

²³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. PLANALTO. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 11 set. 2013.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

advindo de um ato ilícito que enseja a reparação civil. Para Venosa “o dano emergente (o que efetivamente a vítima perdeu)”²⁵

Conforme explanado, o dano pode não apenas causar prejuízos imediatos, mas futuros, surgindo, portanto, a figura dos lucros cessantes, que corresponde ao dano decorrente do que o ofendido razoavelmente deixou de ganhar. Assim ensina Cavalieri Filho:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.²⁶

Esta diferenciação é de suma importância, para a análise da teoria da perda de uma chance, pois em razão desta teoria ser relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, há certa confusão dos doutrinadores para determinar a origem de sua aplicação.

Por fim, o último pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil é o chamado nexos de causalidade, que é justamente o elemento que une a conduta do agente, seja ela culposa ou dolosa, com o dano sofrido, nas palavras de Rui Stoco é “o vínculo entre a conduta e o resultado”.²⁷

O nexos de causalidade é pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil, em razão dele ser o vínculo entre a conduta ilícita do agente e o dano ocorrido. Sem ele não há a possibilidade de imputar responsabilidade de um dano ao agente. Em ações de responsabilidade civil objetiva toda a discussão gravita em torno do nexos de causalidade.

A análise do nexos de causalidade sempre será feita no caso concreto, pois, além dela ser casuística, demanda a avaliação profunda do ocorrido. Assim, a lição de Cavalieri Filho, acerca desta temática, é oportuna:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido o dano. É preciso que este dano tenha

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 274.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 150.

sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária 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 ocorrerá a encargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexos causal. Cuida-se, então saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para este, sob ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.²⁸

Pode-se, portanto, concluir que a análise do nexos de causalidade é feita a partir de um elemento naturalístico, ou seja, se há uma ligação entre a causa e resultado, bem como do elemento jurídico, feita pelo juiz, ao analisar o fato em concreto verificando se o dano ocorreria se inexistissem os fatos.

Esta breve exposição dos aspectos gerais da responsabilidade civil tem por objetivo apresentar ao leitor os seus pressupostos e explicar de que modo ela se concretiza.

Conforme já explanado, na introdução deste capítulo, as questões relativas ao tema da responsabilidade civil estão ligadas às necessidades da sociedade, pois o ordenamento jurídico brasileiro detém o encargo de proporcionar segurança a todos que estão amparados pela lei civil.

Tais necessidades estão em constantes mutações, e os anseios sociais se renovam toda vez que o ordenamento jurídico é convocado para resolver dada situação.

Por óbvio o Código Civil não esgota todas as soluções, ele depõe acerca dos aspectos gerais da responsabilidade civil, e a partir destes, a doutrina e a jurisprudência acabam trazendo soluções para as situações casuísticas. Por esta razão, há a possibilidade da entrada de novas teorias sobre responsabilidade civil, inclusive da perda de uma chance que é objeto do presente trabalho.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49.

3 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE CLÁSSICA, BEM COMO OS PRESSUPOSTOS PARA A SUA APLICAÇÃO

Os primeiros delineados acerca da responsabilidade civil contemporânea surgiram no século XIX por causa do momento histórico, pelo qual a sociedade européia vivenciava.

Em razão das conquistas liberais criou-se o modelo de Estado, no qual o poder tornou-se impessoal e exercido por todos - soberania - surgindo a partir de então a necessidade de institucionalização das normas.

O Estado Liberal era baseado na liberdade individual e proteção do patrimônio. Foram os franceses que resgataram os alicerces da responsabilidade civil dos romanos, através do Código Napoleônico redigido no século XIX, que, por sua vez, veio a influenciar diversos códigos, até mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916.

O principal motivo de a França ter tido especial atenção ao estudo da responsabilidade civil, foi em virtude do grande processo de aceleração histórica, que tinha como característica o desenvolvimento acelerado da economia e da tecnologia e, portanto, precisava de um sistema contratual organizado e eficaz, para conter os anseios sociais empolgados pelo momento histórico em que viviam.

Portanto, foram os franceses os responsáveis pelos conceitos contemporâneos da responsabilidade civil.

Contudo, o conceito de responsabilidade apresentado por Napoleão era estático, baseado no elemento culpa, e, portanto, apenas aquele indivíduo que operasse com negligência, imprudência ou imperícia que poderia ser responsabilizado civilmente.

O primeiro sinal de avanço da responsabilidade civil foi através do surgimento da responsabilidade civil objetiva, nas palavras de Peteffi: "Todas as características do sistema liberal e individualista da responsabilidade civil foram fortemente relativizadas, tendo como consequência o aparecimento da supracitada responsabilidade civil objetiva."²⁹

²⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 7.

O surgimento da responsabilidade civil objetiva foi apenas o início da dinamização da matéria de responsabilidade civil, o conceito de dano reparável aos poucos foi ampliado até atingir ao estágio em que se vive nos dias atuais, e é justamente neste contexto que surge a responsabilidade civil pela perda de uma chance, onde os franceses a denominaram de *perte d'une chance*.

Neste sentido, a seguinte passagem da obra de Peteffi:

Entretanto, a dinamicidade da vida moderna fez surgir à necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis e emocionais. Ademais, fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de uma escolha já considerados plenamente reparáveis, fazendo com que Nancy Levit cunhasse a expressão *ethereal torts*.³⁰

Novamente foram os franceses que emergiram no cenário contemporâneo como pioneiros no estudo da responsabilidade civil, trazendo a teoria pela perda de uma chance.

Apesar de a temática aparentar ser nova, ainda no Século XIX, mas precisamente em 17 de junho de 1889, a Corte de Cassação Francesa julgou o primeiro processo referente à indenização pela perda de uma chance, na qual ela aceitou conferir uma indenização ao autor pela atuação culposa de um agente ministerial que extinguiu todas as possibilidades de uma demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento.³¹

A teoria desenvolvida pelos franceses influenciou diversos ordenamentos jurídicos dentro da família romano-germânica, sua aplicação atingiu um enorme campo de atuação para solucionar diversos casos em que alguém, mediante conduta culposa, fizesse com que outra pessoa ficasse privada de uma possibilidade de lucro.³²

Os primeiros exemplos trazidos pela doutrina foram relativamente simples. Na Itália o estudo da problemática da perda de uma chance, iniciou-se em 1940,

³⁰ LEVIT, Nancy, *Ethereal Torts*. **George Washington Law Review**, v. 61, nov. 1992, p. 140, *apud*, PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 7.

³¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael, *ibid*, p. 11.

³² ACCHIONI, Giovanni. **Diritto Civile Italiano**. Parte seconda: Diritto delle obbligazioni, v. IV: Delitti e Quasi Delitti. Padova: Cedam, 1940. p. 109-115 *apud*, SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.7.

quando Giovanni Pocchione redigiu a obra intitulada *Diritto Civile Italiano*, que também foi embasada na doutrina francesa.³³

Giovanni, em sua obra, procurou através de casos concretos, ilustrar a aplicação da teoria da perda de uma chance em dadas situações. Dentro dos exemplos trazidos por ele estavam os seguintes: um jóquei que deverá montar em um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter reforma ou cassação da sentença que lhe foi desfavorável.³⁴

Conforme exposto a aplicação da teoria da perda de uma chance, após ser sedimentada pelos franceses, obteve grande aceitação pelos ordenamentos jurídicos, inclusive nos ordenamentos integrantes da *common law*, principalmente em relação da aplicação da perda de uma chance na seara médica.

A Suprema Corte do Estado de Michigan concedeu a reparação por perda de uma chance no caso em que uma gestante dirigiu-se até ao hospital para ter um bebê e logo após ter dado à luz, acabou morrendo por embolia pelo fluído amniótico. A família ajuizou a demanda indenizatória pela morte da gestante contra o médico do hospital, pois apesar de saber que os pacientes que sofrem esse tipo de embolia têm apenas trinta e sete por cento (37%) de chances de sobreviver, a negligência do médico responsável havia subtraído todas as chances da paciente de sobreviver à referida embolia.³⁵

A partir dos exemplos trazidos é possível estabelecer as características da indenização pela perda de uma chance.

A primeira delas é a questão hipotética, ou seja, há uma expectativa de resultado ou ganho. A vítima possuía a expectativa legítima de aferir a procedência da demanda, obtenção do prêmio na corrida de cavalos ou mesmo a sobrevivência no caso do parto.

³³ ACCHIONI, *apud*, SAVI, 2009. p. 7.

³⁴ ACCHIONI, *apud*, SAVI, 2009. p. 7.

³⁵ WILLGING, Kevin Josep. Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions. **Journal of Contemporary Health Law and Policy**, Spring, 1993, p. 545. *apud*, PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 12.

Sobre a questão hipotética é importante ressaltar que necessariamente deve haver dúvida quanto ao resultado final, pois se há certeza quanto a sua concretização, não é o caso de aplicação da teoria da perda de uma chance, há sim o dano emergente puro. Trata-se, portanto de uma possibilidade quanto ao alcance do resultado, tanto que a indenização refere-se a indenizar a perda da oportunidade e não ao dano propriamente dito.

A segunda importante característica refere-se à falta da prova do vínculo causal entre a perda da chance da expectativa e o ato danoso, ou seja, em razão da expectativa ser aleatória por natureza, não há como afirmar que o resultado não se concretizou por culpa de outrem, e é justamente por isso que a indenização é devida pela chance perdida, e não pelo dano sofrido.

Neste sentido, Peteffi afirma que “a ideia é a de que nunca poderá saber se foi o agente do ato danoso que necessariamente causou a perda da aposta. Portanto, o ato do demandado na ação de reparação não é uma condição *sine qua non* para a perda da aposta”.³⁶

E a terceira característica, que já foi comentada, é que se deve arbitrar a indenização pela a perda da possibilidade da chance perdida e não pelo dano efetivo, portanto, jamais o valor da indenização da perda de uma chance será arbitrado no mesmo valor que se pretendia auferir. No caso da seara médica o médico não será condenado em reparar o erro médico em si, mas sim deverá indenizar a chance perdida do paciente obter a cura ou a sobrevivência. Neste sentido, comenta Peteffi:

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado às chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma percentagem do valor que seria concedido se houvesse nexa entre a ação do agente e a efetiva perda do braço.³⁷

E no mesmo sentido Sergio Savi discorre:

³⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês**. Porto Alegre. 2001, 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) na Universidade Federal Rio Grande do Sul, p. 8, *apud*, PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 13.

³⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael, *ibid*, p. 143.

Para a valoração da chance perdida, deve-se partir da premissa inicial de que a chance no momento de sua perda, tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não tivesse privado daquela possibilidade. O fato de a situação ser idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração do dano. Assim, a chance de lucro terá sempre um *valor menor* que a vitória futura, o que refletirá no momento da indenização.³⁸

E por fim, só é cabível a indenização pela perda de uma chance quando há possibilidade real de se ter o resultado alcançado, ou seja, situação cuja probabilidade é remota não é passível de ser indenizada, como no caso de lograr êxito em ganhar um prêmio da loteria. Cavalieri Filho assim pontua:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir em mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** perdidas. Pondera a Ministra **Nancy Andrighi (Resp. 1.079.185) que há** possibilidade e probabilidades diversas, o que exige que a teoria seja examinada com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em um concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim a adoção da perda de uma chance exige que o julgador bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as conseqüências adequadas.³⁹ (grifo no original)

Há ainda alguns doutrinadores que sustentam que apenas são indenizáveis as chances perdidas superiores a cinquenta por cento de probabilidade de sucesso⁴⁰. A *Corte di Cassazione* italiana, em 1985, ao proferir uma decisão contra a empresa “Enel”, no sentido de admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance, elaborou uma equação, com base no artigo “*Perdita di una chance e certezza del danno*” de Maurizio Bocchiola (1976), em que delimitou a forma de aplicação da teoria, bem como a quantificação da indenização a ser recebida

³⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 82.

⁴⁰ Segundo Cavalieri Filho, “a perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina só é indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, onde se conclui que nem todos os casos da perda de uma chance serão indenizáveis”. CAVALIERI FILHO, Sérgio, *id.*, p. 82.

representado por uma fórmula matemática⁴¹, que só seria aplicada se a probabilidade fosse superior a cinquenta por cento:

$$VI=VRF \times Y$$

Onde: VI= valor da indenização da chance perdida;

VRF= valor do resultado final;

Y= percentual de probabilidade de obtenção do resultado final.

Contudo, apesar de muitas correntes doutrinárias entenderem só ser cabível a indenização pela perda de uma chance, em casos que a probabilidade de sucesso seja superior a cinquenta por cento, a aplicação deste percentual ou de fórmulas matemáticas não condizem com o próprio propósito da responsabilidade civil.

Tanto que a jurisprudência pátria, e de países como os Estados Unidos, conforme anteriormente citado, rechaçam a aplicação deste percentual. Tal pensamento encontra-se defasado, ainda mais quando tratar-se de análise da perda de uma chance na seara médica. O direito ao recebimento de indenização pela perda da chance de um paciente, em obter a cura ou a sobrevivência, está acima de qualquer cálculo matemático.

Tais considerações iniciais são de suma importância para o entendimento da aplicação da teoria da perda de uma chance. As incidências dos pressupostos expostos são essenciais para sua aplicação.

O próximo capítulo se dedicará exclusivamente sobre a teoria da perda de uma chance na seara médica, que apesar de possuir características peculiares, emergiu da teoria da perda de uma chance clássica, acima exposta.

Os doutrinadores estabelecem uma diferenciação entre as duas formas de aplicação de responsabilidade civil pela perda de uma chance. Segundo Savi:

[...] há duas “modalidades” de responsabilidade civil pela perda de uma chance. “A primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas em relação ao dano final”. Normalmente, os casos de responsabilidade civil médica ou “responsabilidade civil por perda de

⁴¹ CASSAZIONE, 19.12.1985,nº 6506, in PETRELLI,Patrizia. Causalità a Perdita di Chances, in / *Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale: I fatti illeciti, III. Causalità e danno*, a cura di Giovanna Visintini. Padova: CEDAM, 1999 *apud*, SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

uma chance de cura ou de sobrevivência” enquadram-se na segunda modalidade.”⁴²

Desta feita, o aprofundamento da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é objeto do próximo capítulo, que fará uma análise comparada com a forma de aplicação “clássica”.

⁴² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 5.

4 PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

O capítulo anterior se dedicou a apresentar um breve histórico da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance, bem como trouxe os pressupostos para a sua aplicação.

É límpido perceber que os estudos realizados na Europa, com mais intensidade a partir dos anos 60, delinearam as premissas básicas para a aplicação da teoria, que, por sua vez, influenciaram veementemente no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil o estudo é bastante recente, sendo que muitos operadores do direito sequer ouviram falar do tema, contudo a sua aplicação é amplamente aceita pelos doutrinadores e julgadores, inclusive o Superior Tribunal de Justiça constantemente julga, favoravelmente, ações de responsabilidade civil que abordaram a teoria da perda de uma chance.

Em razão desta prematuridade que a teoria vivência no ordenamento jurídico pátrio, não há no Brasil homogeneidade quanto à forma de aplicação da teoria da perda de uma chance, e qual corrente é aplicada. É possível perceber que a jurisprudência brasileira encontra dificuldade em aperfeiçoar os conceitos, pois há pouco trabalho doutrinário sobre o assunto, conforme destaca Savi:

Conforme se demonstrará na seção subsequente, a jurisprudência brasileira, ao se deparar com hipóteses de responsabilidade civil por perda de uma chance na maioria dos casos reconhece a existência de um dano a ser indenizado. Todavia, talvez por haver pouco trabalho doutrinário para aperfeiçoar os conceitos, apresenta as mesmas dificuldades encontradas pela doutrina.⁴³

Assim, dentre os posicionamentos doutrinários existentes no Brasil acerca do tema, pode-se destacar quatro, como sendo os principais adotados. O primeiro deles baseia-se na perda de uma chance como uma espécie de dano emergente, que é a teoria aceita e advinda do ordenamento jurídico italiano. A segunda delas é a teoria baseada no direito francês, em que a perda de uma chance é uma espécie de lucro cessante. A terceira entende que a perda de uma chance é um fator agregador do

⁴³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.46.

dano moral. E, ainda, há quem entenda que a teoria da perda de uma chance é um novo gênero de indenização.

Portanto, não existe uma padronização doutrinária, muito menos jurisprudencial do assunto, porém o que todos os posicionamentos admitem é que a perda de uma chance é passível de ser indenizada. Neste sentido Savi comenta:

Conforme se verifica pela leitura das obras dos autores citados neste capítulo, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas - se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante -, é possível afirmar que desde os clássicos até os autores contemporâneos a grande maioria admite que, se e tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização.⁴⁴

No Brasil, o primeiro caso julgado por um colegiado de aplicação da teoria da perda de uma chance foi justamente decorrente de erro médico, em 1990, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo então Desembargador Ruy Rosato de Aguiar Júnior, que, contudo entendeu não se aplicar a referida teoria no caso concreto.

Tratava-se de ação de indenização por erro médico em que a autora da ação, se submeteu a uma cirurgia de correção de Miopia, contudo resultou em uma hipermetropia e névoa do olho operado. O Acórdão foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NAO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGACAO DE RESULTADO E DE INDENIZACAO POR PERDA DE UMA CHANCE.⁴⁵

Neste caso, apesar do advogado ter pedido a aplicação da teoria da perda de uma chance, o Colegiado entendeu ser possível estabelecer o nexo de causalidade

⁴⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 589069996**, 5º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ruy Rosato de Aguiar Junior, Julgado em 12/06/1990. Disponível em: <

entre a conduta culposa do médico e o dano final experimentado pela vítima, e, portanto não caberia a aplicação da teoria.

Talvez a teoria da perda de uma chance na seara médica seja a mais importante das formas de aplicação da teoria, pois o ordenamento jurídico pátrio concebeu o direito à vida como o principal bem jurídico tutelado.

Dentre tantas formas de aplicação da teoria da perda de uma chance, a doutrina francesa, que mais uma vez é pioneira no estudo desta temática, entende que os casos de aplicação da teoria na seara média se diferem dos demais, pois inexistente o resultado aleatório e futuro, é feita a análise de um resultado já ocorrido, uma vez que vítima já sofreu as conseqüências do dano.

Neste sentido Peteffi comenta:

Os autores que respaldam essa posição doutrinária fundam suas críticas na impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas após o término do processo aleatório. Assim, a análise das chances perdidas não será mais uma suposição em direção ao futuro e a um evento aleatório cujo resultado nunca se saberá, mas uma análise de fatos já ocorridos, pois é absolutamente certo que o paciente restou inválido ou morto. O escopo desta doutrina é estabelecer a diferença e “denunciar a confusão feita entre a reparação retrospectiva e a reparação de uma perda para o futuro. Assim, cabe pesquisar se as chances de cura perdidas estão localizadas antes ou depois da consolidação do acidente. No primeiro caso, se estará diante de uma causalidade clássica, do contrário se estaria utilizando uma causalidade parcial para determinar o dano.⁴⁶

A teoria da perda de uma chance aplicada nos demais casos só é possível, pois há o reconhecimento de que houve um abalo patrimonial em face de uma oportunidade perdida que já estava incorporada no patrimônio da vítima.

Já na seara médica, esta teoria é aplicada de forma diversa, pois o julgador atinge a sua convicção com base na probabilidade, que teria o paciente em alcançar a cura ou a sobrevivência, se estivesse submetido a um tratamento mais adequado, e, portanto, não teria tido uma chance perdida.

Foi em 14 de dezembro de 1965 que a Corte de Cassação francesa decidiu um caso em que um menino, de apenas oito anos, sofreu um acidente e machucou o braço. Inicialmente foi atendido por um médico que constatou uma fratura no braço, e, portanto prescreveu o tratamento que entendeu ser adequado. Ocorre, contudo, que tempos depois, não havia cessado as dores, sendo constatado, por

⁴⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 84-85.

outro médico, que o menino apresentava problemas no cotovelo, resultante de uma deficiência permanente nos movimentos do braço. Submetido o presente caso a uma perícia, os peritos concluíram que o primeiro médico havia feito o diagnóstico errado do quadro clínico do paciente, resultando, portanto, nas sequelas que afligiam o menino. Contudo, quando o caso foi submetido à análise da Corte de Cassação, esta entendeu que o dano final (as sequelas), não apresentava uma relação de causalidade absoluta, e, portanto afirmou que o erro de diagnóstico subtraiu algumas chances da cura.⁴⁷

Em 10 de março de 1966, a Corte de Apelação de Paris, julgou ser possível a indenização da perda de uma chance na seara médica. O caso em análise tratava-se de uma paciente que, após o parto, foi acometida por uma forte hemorragia, vindo a falecer. A Corte entendeu que o médico responsável foi negligente, em razão de ter deixado-a sem assistência após o parto. A condenação não foi integral, pois a perícia apurou que em torno de 20% dos casos análogos às pacientes vêm a falecer, e por esta razão a Corte decidiu por condenar o médico pela perda de 80% da cura.⁴⁸

Tais julgados ora relatados, segundo Peteffi, foram os que motivaram a primeira manifestação de René Savatier sobre o tema, manifestação esta que gerou a doutrina mais aceita na França acerca da perda de uma chance na seara médica, *in verbis*:

Os dois casos narrados motivaram a primeira manifestação de René Savatier contra a utilização das categorias de perda de uma chance de cura e perda de uma chance sobrevivência. O autor afirmou que essas decisões estavam em desalinho com os princípios de direito comum sobre a causalidade divergindo completamente dos outros casos de aplicação da noção de perda de uma chance. **Essa manifestação originou a corrente que, ainda hoje, é a mais aceita pela doutrina francesa, diferenciado a aplicação clássica da perda de uma chance, que significa o reconhecimento de um dano específico da perda de uma chance em matéria médica.**⁴⁹ (grifo no original)

Não há dúvidas de que o reconhecimento da perda de uma chance na seara médica ampliou o leque de indenizações por erro médico, visto que na

⁴⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 83-84.

⁴⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael, *id*, p. 84.

⁴⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael, *id*, p. 84.

responsabilidade civil só é possível à concessão da indenização quando comprovado o nexo de causalidade entre o erro e o dano.

Na perda de uma chance na seara médica, pode-se dizer que há o alargamento deste nexo de causalidade, uma vez que a questão da probabilidade pauta o reconhecimento da indenização, e a semelhança que se tem com a responsabilidade civil é que a vítima já experimentou os danos, e, portanto a análise não é feita em elementos aleatórios e futuros, a incerteza orbita em relação ao resultado que seria obtido, se o paciente estivesse sido submetido ao melhor tratamento.

Ainda sobre os Julgados Peteffi comenta:

De acordo com a jurisprudência respaldada pelos dois acórdãos aqui relatados, os juízes, ao invés de perquirirem se a falha médica está em relação à causalidade com o dano, passarão a perguntar aos peritos qual a probabilidade de existir nexo de causalidade, para que possam conceder uma reparação parcial, na hipótese de causalidade com o dano final não ser definitiva.⁵⁰

À primeira vista, a questão da relativização do nexo de causalidade, parece ser uma ideia que vai contra ao próprio ordenamento jurídico pátrio, pois conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a comprovação do nexo de causalidade é elemento essencial para a caracterização da indenização. Contudo, em se tratado da perda de uma chance, a um diagnóstico correto que resulta na perda da chance de sobrevivência ou cura, é certo ser cabível o alargamento do nexo de causalidade.

Neste sentido:

Ora é evidente que esse procedimento não é utilizado pelo juiz em hipóteses que não sejam a de perda de uma chance de cura ou de sobreviver, pois o direito comum não admite tal utilização da causalidade, visto que a dúvida sobre o nexo causal entre o ato do ofensor e o dano não mais se traduziria na improcedência da demanda, mas em uma condenação parcial medida pelo grau de incerteza que cerca o livre convencimento do juiz.⁵¹

É importante destacar que nos casos comuns da aplicação da perda de uma chance, esta técnica não é utilizada, devendo estar presente o nexo de causalidade

⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 85.

⁵¹ PENNEU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. **Revue Internationale de Droit Comparé**, D. 1986, P. 393, SAVATIER, René. **J.C.P.**, 1966, II. 14753, e RABUT, A. **J.C.P.**, 1970. II. 16422, *apud*, PETEFFI DA SILVA, *id*, p. 85.

entre o dano e a conduta de um terceiro, que interrompeu um processo, com possibilidades de se concretizar. Neste sentido, Peteffi discorre com base na doutrina de Jean Penneau:

Observa-se que a teoria clássica da perda de uma chance não se utiliza deste expediente: nos casos em que um advogado perde o prazo para um recurso ou que uma jovem, devido a um acidente, acaba por perder as chances de conseguir o emprego de aeromoça, a perda das chances faz com que um resultado futuro, que já era em certa medida aleatório antes do acidente ou da perda do prazo final, reste absolutamente impossível. Assim, o ato culposos está em relação de causalidade necessária com a interrupção do processo⁵² “que nunca se saberá se geraria resultados positivos ou negativos” para a vítima.⁵³

Assim, se pode afirmar que a grande diferença entre a perda de uma chance comum e a aplicada na seara média, é a questão relativa ao resultado aleatório e futuro. Nos casos em que há aplicação comum da teoria, a vítima nunca saberá se o seu recurso lograria êxito, se ganharia a corrida de cavalos ou até mesmo o prêmio final do show do milhão⁵⁴.

No caso da aplicação da teoria na seara médica, o paciente, sofre as consequências de um diagnóstico equivocado, sendo que “o processo que poderia ter sido aleatório já não é mais, pois se sabe com certeza qual é o resultado: a morte ou a invalidez do paciente, isto é a única dúvida que resta nesse caso é a relação de causalidade entre a falha do profissional e o dano final.”⁵⁵

Ainda sobre esta questão, o francês Jean Penneau discorre:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a intenção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame,

⁵² PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 86.

⁵³ PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. **Revue Internationale de Droit Compare**, p. 525, 1990. p. 537, *apud*, PETEFFI DA SILVA, *id*, p. 86.

⁵⁴ RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 788.459-BA**, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Brasília, 08/11/2005, p. 334. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2106153&sReg=200501724109&sData=20060313&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 jun. 2011.

⁵⁵ PENNEAU, *apud*, PETEFFI DA SILVA, 2013. p. 87.

um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar uma corrida. Portanto, aqui é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.⁵⁶

A perda de uma chance aplicada fora da seara médica, constitui um dano autônomo, pois a oportunidade de se obter o resultado almejado já está incorporada ao patrimônio da vítima, ou seja, ela tem a o direito de concorrer ao resultado, na seara médica não há um dano específico, pois a perda de uma chance está subordinada a um resultado final.

Para aclarar esta distinção, diante de uma situação hipotética é facilmente possível identificar esta diferença. Em um caso de erro médico, mais precisamente quando há um erro de diagnóstico, no qual o médico receita um tratamento inadequado, que poderá retirar da vítima a chance de cura ou sobrevivência, porém apesar deste erro a vítima se recupera totalmente, sem sequelas, o médico jamais poderá ser condenado a indenizar, uma vez que inexistiu o dano, apesar de seu ato ter retirado as chances de vida e cura do paciente.

Diferentemente ocorre na perda de uma chance comum, em que a simples retirada das chances da vítima já constitui um dano passível de indenização, por ser um dano autônomo.

Neste sentido Peteffi, comenta os ensinamentos de Jean Penneau:

Jean Penneau ressalta que a perda das chances de cura ou de sobreviver, que seria um prejuízo intermediário, não pode constituir um dano específico e independente, pois absolutamente subordinada à existência do dano final. Se existir prova irrefutável de falha médica, mas o paciente não apresentar qualquer sequela, o médico não pode ser condenado a reparar um dano inexistente mesmo que o seu ato tenha retirado algumas das chances de aplicação de perda de uma chance, pois o ato do ofensor destrói todas as chances de se obter a vantagem esperada, sendo impensável a obtenção da vantagem esperada após a ocorrência do ato danoso.⁵⁷

Contudo, nas duas formas de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, as chances são destruídas por ato do ofensor, que resulta em um

⁵⁶ PENNEAU, *apud*, PETEFFI DA SILVA, 2013. p. 87.

⁵⁷ PENNEAU, *apud*, PETEFFI DA SILVA, 2013. p. 87-88.

prejuízo à vítima pela perda do resultado almejado, ou pela perda das chances de cura ou de sobrevivência.

Em sendo aplicada na seara médica, toda a teoria da perda de uma chance é embasada na causalidade parcial que o ofensor representa ao dano final, pois se trata de mera probabilidade de que aquele resultado tenha se dado em razão do ato do médico.

Em breves linhas, o Desembargador Miguel Kfourri Neto resume a aplicação da teoria, e pontua o dever do médico:

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre a culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.⁵⁸

O médico tem o dever de acompanhar, zelosamente, o tratamento prescrito, bem como o pós-operatório. Tal acompanhamento é feito pelo próprio médico ou por pessoal qualificado. A falta de cuidado de vigilância pode caracterizar culpa. Por isso, a jurisprudência francesa, em matéria de perda de uma chance, considera que a ausência de cuidados pós-operatórios faz perder uma chance de sobrevivência e determina responsabilidade profissional, ainda que a causa da morte seja desconhecida e o nexos causal entre a negligência e o resultado não possa ser provado.⁵⁹

A questão da incerteza pauta as duas formas de aplicação da teoria, porém a grande diferença é que na aplicação “clássica” há incerteza se o resultado almejado iria se concretizar, na seara médica não, há a consolidação do dano, e a incerteza pauta-se na possibilidade usurpada de um desfecho melhor para o paciente, por culpa do médico. Assim, a “culpa decorre, precisamente, de não terem sido dadas as oportunidades ao paciente. Presume-se, desta forma, a culpa pela perda de uma chance de resultado favorável no tratamento.”⁶⁰

Diante de tudo que foi explanado, é possível extrair que o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance na seara médica, depende para a sua aplicação, do alargamento do nexos de causalidade, trazendo ao julgador a possibilidade de

⁵⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53.

⁵⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99-100.

⁶⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgenia e Erro Médico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 173.

arbitrar a indenização nos casos de erro médico que não restou comprovado o nexo de causalidade.

Se não fosse o desenvolvimento desta teoria, o ordenamento jurídico estaria engessado pelos limites impostos pelo Código Civil, e o julgador estaria limitado a julgar o erro médico, na “regra do tudo ou nada.”⁶¹

Acerca do valor da indenização, conforme abordado no capítulo anterior, deve haver uma redução do *quantum* indenizatório, exatamente como ocorre na perda de uma chance clássica, pois de fato há incerteza quanto à cura/sobrevivência do paciente.

Neste sentido Miguel Kfourri, discorre:

A reparação pela perda de uma chance não pode ser avaliada à *forfait*: é sempre atribuição do juiz determinar o montante a indenização pecuniária mediante avaliação da fração dos prejuízos, correspondente a oportunidade perdida. Inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla caos singulares de culpa médica – quase sempre levíssima ou leve. Também aqui se encontra terreno apropriado à incidência da redução da indenização, por equidade, na forma do art. 8944, parágrafo único, do atual código civil.⁶²

Feitas tais considerações, o próximo capítulo se dedicará à análise de dois julgados que reconheceram a indenização pela perda de uma chance no caso de erro médico.

⁶¹ SAVATIER, René. **J.C.P.**, 1966, II. 14756. *apud*, PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 85.

⁶² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil dos Hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 303.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

A aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de erro médico é bastante controversa, pois para parte da doutrina fere os ditames do Código Civil, visto que há o alargamento do nexo de causalidade e a culpa é analisada sobre um novo enfoque, o da escolha do melhor tratamento ao paciente.

Muito embora exista esta corrente no Brasil, em que não permite a aplicação da perda de uma chance na seara médica, é certo que os Tribunais de Justiça, bem como o Superior Tribunal de Justiça, vêm aplicando constantemente a teoria, para assegurar o próprio direito à vida.

Este capítulo é dedicado a apresentar dois julgados sobre o tema, sendo que o primeiro deles é de relatoria da ilustre orientadora, Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau Denise Antunes, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e o segundo é da Ministra Fátima Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça. Ambos os Acórdãos são recentes, sendo o primeiro de novembro de 2012 e o segundo de dezembro de 2012.

O primeiro deles, de relatoria da Juíza Denise Antunes, trata-se de um erro médico, ocorrido no período pós-cirúrgico de uma paciente que acabara de ter um parto e sofreu um choque séptico, por negligência médica.

Os recorrentes, preliminarmente alegaram nulidade da sentença, por ausência de fundamentação e por ser *extra petita*; no mérito, sustentaram que não havia sido comprovada a culpa do médico, e, portanto incabível a indenização, que havia sido fixada em primeiro grau. No mais, afirmaram que a indenização por danos morais foi excessiva; que não houve a comprovação do auxílio financeiro, da falecida, no sustento casa; e por fim houve insurgência no que se refere à aplicação de juros e correção monetária, bem como arbitramento de honorários advocatícios.

Quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, a Relatora começa a fundamentação do seu voto, pontuando as falhas do médico e do hospital em relação à vítima.

Por primeiro, não foi identificado nos autos os exames pré-operatórios obrigatórios; segundo, não havia médicos para o pronto atendimento à paciente no

período pós-operatório, de uma segunda cirurgia cujo quadro médico da paciente era complicado e complexo; terceiro, a paciente, fazia uso prévio de antibióticos, uso este que era de conhecimento do médico, que possui como efeito colateral a redução da imunidade do paciente; em quarto lugar, a paciente mesmo apresentado quadro médico complicado, não foi encaminhada à UTI, vindo na sequência a sofrer choque séptico, cujo tratamento é feito com a internação do paciente na UTI.

Assim, diante de todas estas ocorrências, concluiu a Relatora que restou comprovada a culpa, tanto do médico como do Hospital.

Acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance, a Juíza Denise Antunes, concluiu que a paciente perdeu a chance, séria e real, de sobreviver, uma vez que não foi dada a necessária atenção a ela, após a segunda cirurgia, *in verbis*:

No presente caso, houve a perda de uma chance séria e real, posto que diante de todo o quadro apresentado, a atenção imediata dada à paciente após a segunda cirurgia (com encaminhamento à UTI), seria o ideal para a mudança do quadro de choque séptico.⁶³

Por fim, a Relatora, discorre que a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, independe da comprovação da culpa do agente, a culpa decorre de não terem sido oferecidas todas as oportunidades à paciente, e conclui que se a paciente tivesse sido submetida ao procedimento mais adequado poderia ter tido a oportunidade de sobreviver.

O Acórdão foi assim ementado:

RECURSO DE APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ARGUMENTO REJEITADO FUNDAMENTAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUÍZO EXPRESSO NA DECISÃO. NULIDADE DA SENTENÇA POR SER EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. CHOQUE SÉPTICO PREVISÍVEL. ELEMENTOS E INDÍCIOS SOBRE A CONDUTA DESIDIOSA (CULPA). TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA MATERNIDADE CONFIRMADA. APLICAÇÃO DO CDC. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PLANTONISTA OU MÉDICO ASSISTENTE NECESSÁRIO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR CORRETAMENTE ARBITRADO. JUROS A PARTIR DO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL FIXADO EM SALÁRIOS MÍNIMOS DA ÉPOCA DA SENTENÇA. PENSÃO DEVIDA POR HAVER FILHA MENOR (ATÉ A IDADE PLEITEADA NO PEDIDO INICIAL), FILHA DEPENDENTE DA

⁶³ PARANÁ. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº 845022-4**, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Relatora: Juíza Denise Antunes, Julgado em 29/11/2012, DJ 1023. Disponível em: < <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar> > Acesso em: 8 out. 2013. p. 22.

FALECIDA INDEPENDENTEMENTE DE TRABALHO EXTERNO DA VÍTIMA, JÁ QUE EFETUAVA AFAZERES DOMÉSTICOS. PENSÃO DEVE PERSISTIR ATÉ A IDADE EM QUE A FILHA TERÁ SUA INDEPENDÊNCIA ECONÔMICA (APÓS CURSO SUPERIOR) E/OU CONSTITUIR FAMÍLIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 15% SOBRE O VALOR ENCONTRADO NA FORMA ESTIPULADO NO § 5º DO ART. 20 DO CPC.RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.⁶⁴

O segundo Acórdão, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi, versa sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, na seara médica, em que a paciente, diagnosticada com câncer, foi submetida a um tratamento inadequado, vindo a óbito na sequência.

A tese principal do recorrente é que a decisão do Tribunal de origem, no caso, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não poderia ter fundamentado a sua decisão, exclusivamente, na teoria da perda de uma chance, ante a ausência do nexo de causalidade, que segundo ele é pressuposto indispensável para o dever de indenizar, conforme dispõe os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Tal defesa, também pondera que o próprio Acórdão recorrido admite que o evento danoso pudesse se concretizar, independentemente da conduta do agente, fato este que impossibilitaria a condenação a indenizar, visto que o diploma legal prevê que só é indenizável o efeito direto, em razão da conduta do agente.

A Ministra, ao iniciar a fundamentação de seu voto, esclarece que a perda de uma chance aplicada na seara médica se difere da aplicação clássica da teoria, e por esta razão, o julgamento deste referido processo possibilitou a discussão pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do presente tema.

A Ministra explica que na perda de uma chance clássica, há sempre a certeza, pela vítima, quanto à autoria do fato e a incerteza versa sobre o desfecho do resultado aleatório, bem como quanto à extensão do dano. Já na teoria, aplicada na seara médica, o dano já é certo, não há dúvidas quanto à ocorrência e consequência do dano, a oportunidade perdida versa sobre um tratamento de saúde empregado pelo médico, ou seja, se a vítima tivesse se submetido ao tratamento correto poderia haver a interrupção do processo danoso que levou a paciente a óbito.

⁶⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº 845022-4**, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Relatora: Juíza Denise Antunes, Julgado em 29/11/2012, DJ 1023. Disponível em: < <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em: 8 out. 2013.

Ainda, segundo a Ministra, a aplicação desta teoria, confronta com a regra do art. 403 do Código Civil, que veda a indenização por danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Para a solução de todos estes impasses trazidos pela legislação civil, a Relatora, ao contrário do entendimento de Rafael Peteffi, entende que a indenização da perda de uma chance na seara médica é um dano autônomo. Assim ela discorre:

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*.⁶⁵

A Ministra defende ser um dano autônomo indenizável, uma vez que a chance perdida, que não acarrete prejuízo, não é possível de ser indenizável, mesmo que o paciente não tenha sido submetido ao melhor tratamento.

No mais, tratar a perda de uma chance na seara médica, como dano autônomo, acaba com a *mitigação do nexos de causal*, que é tão criticada pelos civilistas positivistas, *in verbis*:

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexos 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 nexos causal pode suscitar. (grifo do autor)⁶⁶

Assim, conclui em seu voto, que tratando a perda da chance como bem jurídico autônomo, que foi retirado da vítima, o nexos de causalidade entre a perda deste bem e a conduta do agente torna-se direito da vítima, passível de ser indenizável. Por esta razão, a indenização é arbitrada em razão da subtração da

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1254141-PR**, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Brasília, 04/02/2013, RDDP vol. 122 p. 161, RSTJ vol. 229. p. 320 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20064081&sReg=201100789394&sData=20130220&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 out. 2013. p. 12.

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *ibid.*, p. 8.

oportunidade e não do 'bem vida', e de consequência à quantificação do dano se dará de maneira diferenciada dos demais casos de erro médico.

Quanto a críticas enfrentadas pela aplicação desta teoria na seara médica, a Ministra rebate tais posicionamentos ao defender que o ordenamento jurídico precisa se preocupar com o erro médico, e, em sendo rechaçada a presente teoria, a ocorrência de "resultados catastróficos", seria o desfecho.

Na sequência do voto, foram apresentados os pressupostos de aplicação da teoria. Por primeiro, ela fundamentou que o tratamento indicado para paciente, segundo a literatura médica, não foi o melhor e explicou que, ainda que tal decisão seja de cunho subjetivo do médico, a paciente ficou privada de obter a cura da doença e até mesmo de usufruir de uma vida mais tranquila com seus familiares.

O dano efetivo ocorreu quando o médico decidiu por fazer uma cirurgia, sem saber ao certo o tamanho do tumor, segundo a comunidade médica, entendimento este apurado através de perícia, revela que jamais se recomenda uma cirurgia de quadrantectomia, mas a de mastectomia radical, nestes casos em que o tamanho do tumor é indefinido.

Ainda, sustentou que o tratamento através de quimioterapia e radioterapia feito pelo réu, antes e depois da cirurgia, *não observou o protocolo mais adequado*⁶⁷, conforme apurado em perícia:

[...] 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).⁶⁸

Conforme a continuidade da fundamentação do voto, não houve, pelo médico, acompanhamento médico pós-cirúrgico adequado, uma vez que não foram realizados todos os exames necessários, e, portanto, o médico não seguiu o procedimento correto.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1254141-PR**, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Brasília, 04/02/2013, RDDP vol. 122, p. 161, RSTJ vol. 229. p. 320 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20064081&sReg=201100789394&sData=20130220&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 out. 2013. p. 14.

⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *id.* p. 14.

E por fim, a perícia, apurou que a paciente tinha chances concretas de obter êxito no tratamento e até mesmo ter uma vida mais tranquila e digna após ser submetida ao tratamento correto.

Quanto ao valor da indenização, a Ministra discorre, acertadamente, que o *quantum* indenizatório jamais poderá ser o mesmo do prejuízo final, mas sim deve ser arbitrado em relação à chance perdida. Por esta razão, o recurso foi julgado parcialmente procedente, com a finalidade tão somente de reduzir em 20% a indenização arbitrada.

O acórdão foi 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 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.⁶⁹

Após a apresentação e análise dos presentes julgados, é possível extrair que a questão da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1254141-PR**, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Brasília, Julgado em 04/12/2012, RDDP vol. 122 p. 161, RSTJ vol. 229. p. 320 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1254141&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em: 8 out. 2013.

bastante controvertida, pois desafia os próprios dispositivos da Lei Civil, contudo possui boa aceitação da doutrina e da jurisprudência, nos casos concretos.

A manifestação pela aceitação é em razão de proteger e assegurar ao paciente o direito à vida e ao melhor tratamento. Portanto, conclui-se que a presente teoria desempenha importante papel na proteção ao maior bem jurídico do ordenamento jurídico brasileiro que é a vida.

6 CONCLUSÃO

A disciplina da responsabilidade civil é, sem dúvida, uma das matérias mais fascinantes do ordenamento jurídico brasileiro, por estar intimamente ligada ao cotidiano das pessoas e por ter como objetivo principal possibilitar a reparação do injusto causado por um terceiro.

Acerca da teoria da perda de uma chance, o próprio nome da teoria é atraente e desperta grande curiosidade do ouvinte. Mas não é apenas o nome, a própria teoria é bastante interessante e possibilita a atuação da disciplina da responsabilidade civil em áreas que antes não eram abrangidas, em que se faz necessária a busca do amparo.

O presente tema, infelizmente, ainda é pouco abordado pelos estudiosos do direito, principalmente na seara médica, onde existem controvérsias, conforme abordado no presente trabalho, mas não há dúvidas que ela desempenha um importante papel no estudo da responsabilização do médico.

Conforme abordado, o Brasil passou a desenvolver e aplicar a presente teoria principalmente a partir dos estudos realizados na França, o que trouxe todo o embasamento jurídico para a sua aplicação.

No âmbito do estudo da teoria da perda de uma chance, existem duas modalidades, sendo a primeira, chamada de clássica, podendo ser aplicada em um leque de possibilidades, e a segunda, aplicada apenas na seara médica. Ambas, contudo, emergiram a partir da idéia de reparação de um dano injustificado, causado por outrem, o qual acarretou a perda de uma oportunidade.

Ao se falar em perda de uma chance, a ideia de incerteza emerge, e por este motivo, o valor indenizatório sempre será inferior ao do dano final, pois a indenização é em razão da chance perdida.

A presente teoria, aplicada na seara médica, tenta garantir que o paciente seja submetido ao melhor tratamento, previsto na literatura médica, para alcançar a cura/sobrevivência.

O direito a vida, é o bem jurídico de maior importância para o ordenamento jurídico brasileiro, e a boa atuação do médico está intimamente ligada com a proteção deste bem tão preciso.

Aos que não aceitam a aplicação da teoria da perda de uma chance, por aparentemente ofender dispositivos do Código Civil, tem-se que, sem dúvida, este pensamento está em desacordo com o próprio propósito da Constituição Federal, que salvaguarda uma série de direitos fundamentais, a dignidade humana e a vida.

Felizmente, a presente teoria tem recebido especial atenção de alguns estudiosos, pelos magistrados e pelos órgãos colegiados, sejam dos Tribunais Estaduais, seja pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sem dúvidas a jurisprudência vem exercendo importante papel, ao aceitar discorrer e disseminar sobre a presente teoria, quando aplicada aos casos concretos.

O futuro do presente estudo é promissor, pois a disciplina da responsabilidade civil, bem como a própria Constituição Federal, detêm caráter protetivo e reparador para com a pessoa injustamente lesada.

Dentro deste objetivo, a teoria da perda de uma chance, possui o importante papel, de proteger os indivíduos de eventuais danos decorrentes da chance perdida e, de consequência, salvaguardar os direitos constitucionais de todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 788.459-BA**, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Brasília, 08/11/2005, p. 334. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2106153&sReg=200501724109&sData=20060313&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 jun. 2011.

_____, **Recurso Especial nº 1254141-PR**, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Brasília, 04/02/2013, RDDP vol. 122 p. 161, RSTJ vol. 229. p. 320 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20064081&sReg=201100789394&sData=20130220&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 8 out. 2013.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 173.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil/ Orlando Gomes**; texto revisado e ampliado por Evaldo Brito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Florense, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____, **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº 845022-4**, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Relatora: Juíza DENISE ANTUNES, Julgado em 29/11/2012, DJ 1023. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>> Acesso em: 8 out. 2013.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário, **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PLANALTO. **Código civil (2002)**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 sent. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 589069996**, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ruy Rosato de Aguiar Junior, Julgado em 12/06/1990. Disponível em: <[SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.](http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=cirurgia+seletiva+para+corre%E7%E3o+de+miopia&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AQuinta%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>Acesso em: 24 set. 2013.></p></div><div data-bbox=)

STOCO, RUI. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, **Direito civil:** responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 4v.