



FACULDADE SANTO AGOSTINHO  
UNIDADE SETE LAGOAS  
CURSO DE DIREITO

ISABELA CRISTINE FONSECA

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RELAÇÃO MÉDICO  
PACIENTE**

Sete Lagoas - MG  
2021

**ISABELA CRISTINE FONSECA**

**A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RELAÇÃO MÉDICO PA-  
CIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso ou apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, em Direito, do Instituto Educacional Santo Agostinho de Sete Lagoas - AFYA.

Orientador: Prof. Esp. Celso Gonçalves Pires

Sete Lagoas - MG  
2021

FACULDADE SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS- FASASETE

ISABELA CRISTINE FONSECA

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

Banca Examinadora de Trabalho de Curso, apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, FASASETE, como requisito parcial para obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

---

ORIENTADOR – Prof. Esp. Celso Gonçalves Pires  
(FASASETE)

---

2º EXAMINADOR  
(FASASETE)

---

3º EXAMINADOR  
(FASASETE)

Sete Lagoas, \_\_de \_\_ de 2021

## RESUMO

A teoria da perda da chance vem copiosamente sendo discutida no direito comparado, e passo a passo sendo inserida no direito brasileiro. O que se busca com o presente estudo é verificar a aplicação dessa teoria na seara médica. O objetivo é analisar a possibilidade de reparação por perda de uma chance, haja vista que a relação entre médico e paciente pode ser um contrato de meios ou de resultados. Com a finalidade de aprofundar um pouco mais nesse quesito e esclarecer o liame entre o dano e a responsabilidade diante da perda de uma oportunidade. Para alcançar o abjetivo foram abordados temas como a responsabilidade civil médica, o tipo de obrigação a qual a relação médico paciente está vinculada, até entrar na teoria da perda da chance em si. A metodologia utilizada no presente estudo será o método indutivo, baseado na revisão bibliográfica, doutrina, legislação civil sobre a responsabilidade profissional e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios. Sendo observado ao final, que a citada teoria deve ser empregada com muita restrição em um campo de atividade tão controverso, duvidoso e sem garantias de resultado quanto o da medicina.

Palavras chave: Teoria da perda da chance. Reponsabilidade civil. Responsabilidade médica. Relação médico-paciente.

## SUMÁRIO

|                                                                                             |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>                                                                    | <b>5</b>  |
| <b>2 DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....</b>                                              | <b>7</b>  |
| 2.1 SURGIMENTO.....                                                                         | 7         |
| 2.2 HISTÓRIA.....                                                                           | 7         |
| 2.3 CONCEITO.....                                                                           | 8         |
| 2.4 APLICABILIDADE NOS TRIBUNAIS.....                                                       | 9         |
| <b>3 DA TEORIA CONTRATUAL.....</b>                                                          | <b>11</b> |
| 3.1 CONTRATO DE MEIOS.....                                                                  | 14        |
| 3.2 CONTRATO DE RESULTADOS.....                                                             | 15        |
| 3.3 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE AMPARADA POR CONTRATO DE MEIOS OU<br>RESULTADOS.....            | 16        |
| 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.....                                    | 19        |
| <b>4 ANÁLISE DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE<br/>NOS TRIBUNAIS.....</b> | <b>21</b> |
| <b>5 CONCLUSÕES.....</b>                                                                    | <b>26</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                     | <b>28</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Desenvolvida na França, a teoria da perda de uma chance, repousa sobre a oportunidade de uma vantagem futura perdida devido a um ato praticado por um terceiro. No que se refere a seara médica, estaria relacionada a retirada ou diminuição da possibilidade de cura, ou de maior sobrevida do paciente.

Sob essa perspectiva o presente estudo anseia avaliar a possibilidade da aplicação da teoria da perda da chance na relação médico paciente. Usando como metodologia, o método indutivo, onde se inicia com uma constatação particular e caminha para planos mais abrangentes, baseado na revisão bibliográfica, doutrina, legislação civil sobre a responsabilidade profissional e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios pertinentes ao foco do estudo.

A hipótese trabalhada é de que a teoria da perda da chance pode ser aplicada na relação médico paciente quando o procedimento usado no tratamento possuir resultados previsíveis cientificamente, e quando tiver resultados consolidados na medicina.

O objetivo do trabalho consiste em analisar a possibilidade de reparação por perda de uma chance, haja vista que a relação entre médico e paciente pode ser um contrato de meios ou de resultados. Com a finalidade de aprofundar um pouco mais nesse quesito e esclarecer o liame entre o dano e a responsabilidade diante da perda de uma oportunidade.

O marco teórico do trabalho baseia-se na dúvida razoável de acordo com Miguel Kfoury Neto (2007, p. 65) acerca da aplicação da teoria da perda da chance na relação médico paciente, vê-se que a dúvida é suficiente para aplicação da teoria, não tendo relevância se o juiz não se encontra convencido sobre o fato de que a culpa tenha gerado o dano, basta ter a dúvida eminente. Dessa forma, os tribunais conseguem comportar a relação de causalidade no meio da culpa e do dano, já que a culpa é diretamente não ter possibilitado todas as “chances” ao paciente, designando assim uma suspeita de culpa contra o médico.

No que concerne aos objetivos específicos da pesquisa estão: entender do que se trata a teoria da perda da chance, conceituar a obrigação de meio e de resultado a qual o médico está vinculado, e concluir em qual delas a relação médico paciente está

amparada, analisar a possibilidade de reparação por perda de uma chance diante da obrigação a qual o médico está envolvido.

Justifica-se a importância deste tema, devido à necessidade de avaliação da possibilidade de reparação por perda de uma chance, diante da obrigação de meios ou resultados a qual o médico se encontra vinculado, visto que é um fato recorrente e ainda de pouca relevância jurídica.

O trabalho dividir-se-á em três capítulos. O primeiro capítulo a fim de proporcionar um melhor entendimento sobre o tema, tratará da história da teoria da perda da chance, além de conceituá-la, pontuando também suas peculiaridades. No segundo capítulo aprofundaremos na atividade médica como um todo, adentrando na responsabilidade civil médica e os institutos aos quais ela está ligada. Para que possamos assim, analisar no terceiro capítulo a forma como os tribunais adotam ainda de forma tímida a então citada teoria.

## 2 DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE

### 2.1 SURGIMENTO

A doutrina Francesa começou a usar a teoria da perda de uma chance – *perte d'une chance* – na década de sessenta do século passado, para casos em que devido à ocorrência de algum ato ilícito eram tirados da vítima a oportunidade de ter uma situação futura melhor. Houve certa dificuldade em enquadrar a perda de uma chance dentre as modalidades de dano. O que gerou certa instabilidade e ainda é uma questão que não está pacificada na doutrina e na jurisprudência. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 92).

### 2.2 HISTÓRIA

A teoria da perda de uma chance tem seus primeiros registros encontrados na jurisprudência francesa no século XIX, no ano de 1889, quando a Corte de Cassação francesa conferiu uma indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que eliminou todas as oportunidades de uma demanda com desfecho positivo, mediante seu normal procedimento. (SILVA, 2013, p.11). Existindo uma pequena divergência na doutrina com relação a data dos primeiros registros da aplicação da referida teoria.

No ano de 1911, ocorreu a primeira aparição da teoria da perda da chance no sistema *common law*, em um caso inglês *Chaplin v. Hicks*, no qual a autora, que era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza organizado pelo réu, foi impedida pelo mesmo de participar da fase final do concurso, que seria uma apresentação perante um júri. As finalistas concorriam a 12 prêmios distintos, foi argumentado por um dos juízes de apelação que diante da “doutrina das probabilidades”, a autora teria 25% de chances de ser a ganhadora de um desses prêmios. (SILVA, 2013, p. 11).

Sendo estes exemplos marcados por um novo modelo de aplicação da responsabilidade civil, ilustrando o pioneirismo dos ordenamentos jurídicos aos quais pertencem. (SILVA, 2013, p. 11).

A aplicação da teoria da perda da chance, posteriormente, foi bastante difundida, através de sua importância e utilidade, se fez vigorosamente presente em todos os

ordenamentos jurídicos e sua aplicação alcança os danos de inadimplemento contratual, atingindo também os decorrentes de ilícitos absolutos, abrangendo até as teses originárias da responsabilidade subjetiva e objetiva. (SILVA, 2013, p.12)

## 2.3 CONCEITO

A perda de uma chance consiste no impedimento, por um fato antijurídico, de um processo que traria a uma pessoa a oportunidade de futuramente alcançar algo benéfico, e por este motivo, teve a possibilidade frustrada. Sendo caracterizado um dano, essa perda de chance por si mesma, podendo esta ser reparada quando os demais pressupostos da responsabilidade civil estiverem agrupados. (GONÇALVES, 2017, p. 366)

A citada teoria já indica seu significado em seu próprio nome, podendo defini-la simplesmente como a perda de uma oportunidade, como com clareza explica (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 92):

A perda de uma chance se caracteriza quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística, profissional ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, perda da oportunidade de participar de um concurso, e outras situações que tiram da vítima a oportunidade de um ganho ou vantagem. Essas são hipóteses da chamada perda da chance clássica, nas quais a conduta do agente faz a vítima perder a oportunidade. Há certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato.

SILVA (2013, p. 12) assevera sobre o tema:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, matéria-lida naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza

Ainda de acordo com Cavaliere (2020) a chance perdida reparável deve ter como característica um prejuízo material ou imaterial que seja consequência de fato real

que não seja hipotético, e sim consumado. Existe também a necessidade de que seja considerado em cada caso, se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória.

## 2.4 APLICABILIDADE NOS TRIBUNAIS

O aumento do número de trabalhos que abordam a teoria da perda de uma chance como tema foi observado, alcançando timidamente também a jurisprudência brasileira, tendo destaque o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, faziam menção expressa à referida teoria, que passou a ser vislumbrada como instrumento condizente no julgamento de demandas reparatórias. (SILVA, 2013, p. 196). Conforme destaque:

Além do já citado tribunal gaúcho, que continua trilhando o caminho bem pavimentado por seus acórdãos pioneiros, a sólida jurisprudência de outras Cortes passa a conferir caráter nacional ao movimento de aceitação da teoria da perda de uma chance, considerada como instrumento útil para o deslinde das ações de reparação de danos. Uma rápida pesquisa, utilizando o mecanismo de busca dos sítios eletrônicos dos principais Tribunais brasileiros, principalmente nos Estados do Sul e do Sudeste, dá conta do crescimento exponencial da teoria da perda de uma chance como ratio decidendi de inúmeros julgados. (SILVA, 2013, p. 196).

Apesar de observada incipiência, é notório o crescimento do número de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance, mesmo assim não caberia afirmar que a citada teoria já desfruta de aplicação geral e absoluta por parte da jurisprudência brasileira. (SILVA, 2013, p. 196).

As palavras da Ministra Nancy Andrighi em relatoria de recurso especial traduzem a peculiaridade da discutida teoria na jurisprudência: “[...] a adoção da teoria da perda de chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a possibilidade de perda da chance de lucro para atribuir a tal fato as consequências adequadas”. (BRASIL, STJ, Resp 1.079.185/MG, 2009).

A teoria vem sendo aceita copiosamente pelo direito pátrio, que evidencia “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”. (PEREIRA,

2002, p. 42 apud CAVALIEIRI FILHO, 2020, p. 92). Porém é necessário proporcionar a pessoa que foi lesada efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aplicando-se também o princípio da razoabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 92).

### 3 DA TEORIA CONTRATUAL

No período romano, as relações obrigacionais possuíam regulamentos extremamente precários e, em razão da cultura da época, as pessoas pagavam por suas dívidas com o próprio corpo. Criava-se, então, o *nexum*, poder do credor sobre o devedor, o que possibilitava àquele dispor sobre o corpo do obrigado em caso de inadimplemento, podendo, inclusive, reduzi-lo à condição de escravo. No entanto, dada a evolução sobre a matéria, em 428 a.C, a *Lex Poetelia Papiria* extinguiu “[...] a execução sobre a pessoa do devedor, deslocando-a para os bens do devedor, realçando-se o seu caráter patrimonial” (GONÇALVES, 2017, p. 28). Nesse sentido, a obrigação passou a incidir sobre o patrimônio das partes contratantes, e não mais sobre a pessoa do devedor.

Tal evolução representou grande avanço nas relações obrigacionais, já que estabeleceu o caráter patrimonial das execuções. O inadimplemento, a partir de então, incide sobre os bens do obrigado e não sobre si mesmo. Logo, seja em relações contratuais ou aquilianas, havendo uma das partes gerado prejuízo à outra, aplica-se o instituto de responsabilização civil, que gerará o dever de indenizar a parte lesada por meio de uma perda patrimonial. (GONÇALVES, 2017).

Há muito se discutia a natureza jurídica da relação médico-paciente. No século XX, doutrinadores e juristas dedicaram-se ao debate se essa relação possuía caráter contratual ou não. Josserand, jurista francês, observou que a responsabilidade médica não deveria ser tida como delitual (ou aquiliana, extracontratual). Savatier, por sua vez, concluiu que a responsabilidade deveria ser atribuída conforme a obrigação assumida – se de meio ou de resultado, cuja diferença será estudada adiante. (BERGSTEIN, 2013).

Cumprе destacar, primeiramente, algumas diferenças entre os regimes de responsabilidade. Em relação à fonte, a responsabilidade contratual decorre do acordo de vontade entre as partes, enquanto a responsabilidade aquiliana provém do dever de não provocar dano a outrem (*neminem laedere*). Distinção importante também ocorre quanto à gradação da culpa. Embora em ambos os regimes de responsabilidade a culpa constitua fundamento básico, a obrigação de indenizar, nos casos de responsabilidade extracontratual, emana da lei, que possui eficácia *erga omnes*. Nas palavras de Bergstein (2013):

É também utilizada a gradação da culpa, pois, em regra, tanto a responsabilidade contratual como aquela extracontratual fundam-se na culpa, mas a obrigação de indenizar na responsabilidade aquiliana deflui da lei, cuja eficácia é *erga omnes*, o que determina algum escalonamento quando decorrente de contrato, de acordo com os diferentes casos em que seja ela configurada. Já naquela delitual, a culpa terá maior abrangência, alcançando até mesmo a falta ligeiríssima. (BERGSTEIN, 2013, s.p.).

No Brasil prevalece o entendimento de que a relação médico-paciente se pauta na responsabilidade contratual, “[...] não obstante estar a categoria jurídica em análise inserida – no vigente Código Civil – no Título III, do Capítulo V, da Parte Geral, dos atos ilícitos (art. 186)” (BERGSTEIN, 2013, s.p.). Estabelecida a natureza contratual da relação médico-paciente, há divergências quanto à classificação do contrato. Há doutrinadores que entendem tratar-se de contrato de prestação de serviço, enquanto para outros enquadra-se melhor na hipótese de ser um contrato *sui generis*.

O médico, quando no exercício de sua profissão, não está limitado a prestação de serviços puramente técnicos, estando também na condição de mentor de seus pacientes, aconselhando-os na tomada de decisões. Por essa razão, alguns estudiosos entendem que o contrato possui natureza *sui generis*. (CAVALIERI FILHO, 2012). A jurisprudência espanhola, por sua vez, assemelha o contrato médico com o contrato de locação de serviços, o que afasta a natureza inominada do contrato. (NETO, 2007).

Conforme assevera Cavalieri Filho (2012), a natureza jurídica do contrato não dá ensejo à modificação da responsabilidade médica, que continua sendo contratual. Nesse sentido, importa saber se a obrigação contraída é de meio ou de resultado e, para isso, deve-se analisar a função do médico em si. Por mais competente que seja, o clínico jamais poderá comprometer-se à cura do paciente. Embora a medicina esteja bastante avançada, a ciência ainda possui suas limitações, cabendo ao médico proporcionar ao enfermo tratamento de qualidade e acompanhamento em todos os procedimentos médicos necessários. Logo, o médico se dispõe ao tratamento das enfermidades do paciente, sendo a cura impassível de promessa pelo profissional de saúde. Portanto, trata-se de um contrato de meio (em regra) e, se o tratamento dispensado ao paciente não produziu os efeitos almejados, não há falar em inadimplemento contratual.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) já manifestou entendimento de que a relação médico-paciente possui natureza contratual. Ricardo Luis Lorenzetti, ao abordar sobre o pacto entre médico e paciente, caracterizou-o como consensual, bilateral e comutativo, ao qual são aplicadas as normas da Lei 8.078/90, ainda que a responsabilidade civil do profissional seja subjetiva (art. 14, §4º). (BRASIL, 1990). Portanto, ainda que revestida de natureza contratual, pela qual ao lesado basta comprovar a existência do contrato e o seu inadimplemento, atestando o prejuízo e o nexo causal, na relação médico-paciente também é necessário que seja demonstrado o elemento culpa. (BERGSTEIN, 2013).

Com efeito, caso o médico atue com negligência, imprudência ou imperícia em tratamento que poderia assegurar ao paciente grandes possibilidades de cura ou de melhora, deverá responder civilmente por seus atos. No entanto, a prova da culpa não é tarefa fácil. Por essa razão, embora trate-se de responsabilidade subjetiva, a relação médico-paciente é matéria disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), havendo, portanto, a inversão do *onus probandi*, já que o paciente (consumidor) ocupa posição de hipossuficiência econômica e técnica. (CAVALIERI FILHO, 2012).

Miguel Kfoury Neto (2007) destaca que o ordenamento jurídico brasileiro admite situações em que incidirão a responsabilidade objetiva, que não demanda a comprovação de culpa. O artigo 927, parágrafo único do atual Código Civil é exemplo da aplicação da citada responsabilidade. (BRASIL, 2002). Por outro lado, destaca que a responsabilidade sem apuração da culpa não se aplica à seara médica. *In verbis*:

A todas as luzes, o dispositivo, que consagra a responsabilidade objetiva – descartada por completo a apuração da culpa – não se aplica ao domínio da responsabilidade médica. Isso porque, a exemplo do que ocorria, no Código revogado, com o art. 1.545, dispositivo que mencionava, expressamente o médico, cirurgião, dentista, farmacêutico e parteira – o atual art. 951 estabelece: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele quem no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou inutilizá-lo para o trabalho”. As normas gerais dos arts. 186 e 927, aplicáveis por inteiro ao domínio da responsabilidade profissional do médico, afinam-se pelo mesmo diapasão: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (NETO, 2007, p. 61).

A responsabilidade objetiva tem fundamento no risco da atividade, com base na teoria do risco criado, enquanto a responsabilidade subjetiva possui em sua essência a ideia de culpa. Pela teoria do risco, o causador do dano somente se livrará da obrigação de indenizar se comprovar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, aliados à existência do dano e do nexo causal. A atividade médica é excluída das atividades de risco, já que, por sua natureza, é uma atividade curativa, que busca promover a vida e rechaçar a morte. Nesse sentido, não há falar em presunção de culpa do médico. Ao contrário, a culpa deve ser cabalmente comprovada. (NETO, 2007).

A análise da responsabilidade depende, muitas vezes, da aferição da obrigação contraída. A obrigação pode ser de meio ou de resultado e, para a maioria dos doutrinadores, a relação médico-paciente é uma obrigação de meio. Nesse sentido, faz-se necessário o estudo das distinções desses dois tipos de obrigação para que haja clareza quanto à responsabilidade médica em relação ao pacto médico-paciente.

Portanto, a doutrina e a jurisprudência pátria entendem ser contratual a relação médico-paciente. Logo, deve-se passar à compreensão de qual a natureza contratual da obrigação contraída entre médico e paciente, se de meio ou se de resultado, assunto que será abordado adiante.

### 3.1 CONTRATO DE MEIOS

As obrigações de meio exigem do devedor o adequado cumprimento da obrigação, com a adoção de todas as diligências e cautelas necessárias à satisfação do contrato. Adota-se a máxima do “*bom pai de família*”, homem honesto e que procura empregar técnicas aptas a gerarem resultados positivos aos seus clientes, conduzindo a atividade principal de seu trabalho com fundamento na legalidade e na integridade. (VENOSA, 2013).

Nessas obrigações há um forte aspecto de “espera”, pelo qual espera-se que determinado resultado seja atingido. No entanto, não há garantias de que ele de fato ocorra. Cabe ao prestador tomar todas as medidas e cautelas fundamentais à boa consecução da obrigação. É o que se verifica com os médicos e advogados. Os primeiros

não podem prometer cura ao paciente, enquanto os segundos não podem declarar que determinada causa é ganha. (VENOSA, 2013).

Se em uma obrigação de meio o objetivo não for alcançado, o profissional não será responsabilizado civilmente pelo “inadimplemento”. Por isso, é importante a distinção entre as obrigações de meio e de resultado para aferição da responsabilidade. Nesse caso, o profissional somente será responsabilizado se restar comprovado que não tomou as diligências adequadas ao cumprimento da obrigação, agindo com negligência, imprudência ou imperícia. (SILVA, 2014). Venosa assevera que:

Na grande maioria dos casos, o que caracteriza a obrigação de meio é o fato de o credor insatisfeito ter de provar não apenas que a obrigação não foi executada, mas também, tomando por base um modelo de referência para o comportamento (de um bom pai de família, noção transplantada para os mais diversos contratos técnicos da atualidade, o profissional médio), que o devedor não se conduziu como devia. A matéria probatória avulta de importância, aqui. (VENOSA, 2013, p. 58).

Os profissionais autônomos, como advogados e médicos, contraem obrigações de meio, já que, conforme salientado, devem conduzir-se de forma zelosa e diligente. Cabe ao profissional, nos contratos de meio, aplicar todos os esforços e técnicas indispensáveis à obtenção do resultado, mas sem jamais garantir que o objetivo será alcançado. (NETO, 2007).

Atraindo para a seara médica, nas obrigações de meio, para fins de indenização, o paciente deve provar que o profissional de saúde não se valeu dos cuidados e das diligências dele exigíveis para a cura do paciente. Determinadas especialidades médicas enquadram-se nas obrigações de meio, como a cardiologia, cirurgia geral, endocrinologia, geriatria, medicina intensiva, dentre outras. Não alcançando o médico a cura, não há responsabilização civil, salvo quando comprovado que não agiu conforme se espera do profissional, aplicando todo o conhecimento da Ciência Médica adquirido até aquele momento, dado o seu atual estágio de desenvolvimento. (NETO, 2007).

### 3.2 CONTRATO DE RESULTADOS

Não há normas no ordenamento jurídico pátrio que discipline a respeito das obrigações de meio e obrigações de resultado. No entanto, a discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema é forte. Conforme já salientado, as obrigações de meio possuem como objetivo a atividade em si, com a sua devida prestação ao cliente/paciente. Por outro lado, nas obrigações de resultado o fim almejado é a própria obtenção do resultado pactuado entre as partes. (LÔBO, 2019).

A natureza da obrigação determina como o devedor deve guiar sua conduta. Paulo Lôbo destaca:

A distinção – entre obrigações de meio e de resultado – teve origem na doutrina francesa, com a obra de 1925, do jurista René Demogue, que partiu da premissa de que o sistema de prova é o mesmo em caso de falta delitual ou contratual. O que sucede, segundo o autor, é que a obrigação que pode pesar sobre um devedor não é sempre da mesma natureza, podendo “ser uma obrigação de resultado ou uma obrigação de meio” (1925, § 1237). Essa dicotomia vincula o inadimplemento com a ideia de conduta devida pelo devedor. (LÔBO, 2019, s.p.).

Nesse sentido, nas obrigações de resultado, cujo fim é a obtenção do resultado esperado, “a atividade empregada seria simples meio necessário para alcançá-lo” (LÔBO, 2019, s.p). Enquadram-se como obrigações de resultado as obrigações de dar, obrigações de reparação de coisas, obrigações de transportar pessoas e coisas, dentre outras. (LÔBO, 2019).

Em âmbito médico, as obrigações de resultados incidem nas atividades prestadas por especialistas em análises clínicas, bioquímica e radiologia, já que o diagnóstico inexato fornecido por meio de exame pode ensejar sofrimento que poderia ser evitado ao paciente, dando direito à indenização. (NETO, 2007).

Nas obrigações de resultado o devedor se obriga ao cumprimento do resultado contratado, que, não ocorrendo, enseja a responsabilidade civil e o dever de indenizar. A inexecução gera o inadimplemento contratual e, nesse caso, a aferição da culpa é irrelevante para a atribuição da responsabilidade. Nas obrigações de resultado a culpa é presumida. (VENOSA, 2013).

### 3.3 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE AMPARADA POR CONTRATO DE MEIOS OU RESULTADOS

As obrigações de meio têm como objeto a própria atividade em si, enquanto nas obrigações de resultado o propósito é o resultado da atividade prestada. Em regra, a atividade médica guia-se pela prestação de serviços médicos a pacientes que necessitam da cura de alguma enfermidade. Para isso, são empregadas as melhores técnicas amparadas pela Ciência Médica, para que a cura seja alcançada. No entanto, não o sendo, não há a inadimplência por parte do profissional de saúde. Portanto, as obrigações contraídas são de meio.

Acontece que nas obrigações de meio a culpa não é presumida. Em relação ao dano médico, a culpa continua sendo objeto de prova, ainda que o médico esteja vinculado a estabelecimento hospitalar, já que a prestação de serviço médico constitui atividade singular, sobre o qual incide o regime de responsabilização subjetiva. No entanto, os estabelecimentos médicos, pessoas jurídicas, respondem objetivamente pelos danos causados por seus médicos contratados a terceiros. Isso porque o artigo 14, § 4º, da Lei Consumerista, não se aplica quando o serviço profissional é prestado por pessoas jurídicas – sociedade civil ou associação profissional. (BRASIL, 1990). Miguel Kfoury Neto explica: “a exceção não atinge as pessoas jurídicas: ‘(...) se o médico trabalha para um hospital, responderá ele, apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente” (NETO, 2007, p. 199). Destaque-se que, não havendo vínculo empregatício entre médico e hospital, este não deverá responsabilizar-se pelos danos causados por aquele.

Nas obrigações de resultado enquadram-se, respondendo objetivamente portanto, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e as clínicas de radiologia, já que responsáveis pela elaboração de exames e diagnósticos, nos quais são exigidos que seja indicado o exato estado do paciente. (CAVALIERI FILHO, 2012). Cavaliere destaca:

O mesmo ocorre em relação ao anestesista, não podendo este alegar desconhecimento de eventuais intolerâncias ou alergias do paciente em relação às drogas ministradas na anestesia. O dever de tomar as precauções devidas e colher as informações do paciente é ínsito à atividade deste profissional. Temos sustentado que há também obrigação de resultado na cirurgia estética, pelas razões expostas no item 114. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 410).

As cirurgias com fins estéticos, também se enquadram nas hipóteses de obrigações médicas de resultado. Nesse caso, o médico deverá proporcionar ao paciente o resultado esperado, sob pena de inexecução total da avença. Esse é o entendimento que predomina na doutrina e na jurisprudência. Miguel Kfoury Neto (2007, p. 179) enfatiza que “[...] em relação à atividade do cirurgião plástico, em cirurgias estéticas, a execução defeituosa da obrigação (frustração do resultado) equivale, juridicamente, à inexecução total”.

Nesse caso, a distinção de cirurgia estética e cirurgia corretiva é medida que se impõe. Esta visa a correção de deformidade causada por situações extraordinárias (ex.: acidente automobilístico) ou por causas congênitas, quando a pessoa já nasce com determinadas deformidades em que seja recomendável a cirurgia corretiva para melhora da qualidade de vida. Aqui, o médico não poderá garantir que o resultado estético seja efetivamente alcançado, dadas as circunstâncias em que se encontra o paciente, podendo proporcionar melhora no quadro estético, minorando os defeitos, sendo necessárias, em certos casos, sucessivas cirurgias. (CAVALIERI FILHO, 2012).

Por outro lado, nas cirurgias estéticas, o paciente busca a melhora de sua aparência para corrigir alguma “imperfeição” física. É o caso da rinoplastia, das próteses de silicone em seios ou nádegas etc. À vista disso, o médico compromete-se a proporcionar o resultado estético pretendido ao paciente, devendo informá-lo se o resultado não é possível e os possíveis efeitos negativos inerentes à cirurgia, cumprindo o seu dever legal de informação. Não havendo sucesso na cirurgia estética, sendo uma obrigação de resultado, o médico responde objetivamente pelos danos causados, sendo dispensável a comprovação de culpa do profissional. Apenas a ocorrência de fator imponderável é que poderá afastar a presunção de culpa e o dever de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2012).

Logo, a depender do serviço prestado pelo médico, a relação contratual pode ser tanto de meio quanto de resultados. Cabe a análise do serviço efetivamente prestado pelo profissional de saúde. A regra é que a obrigação entre médico e paciente é uma obrigação de meio, sendo de resultado em algumas situações excepcionais, como no caso da cirurgia estética.

### 3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance, adotada pela jurisprudência francesa desde 1965, tem como fundamento a indenização pela perda da chance de resultado favorável ao tratamento, na busca pela cura. Busca-se, por meio da aplicação dessa teoria, a reparação pela chance perdida, e não pelo prejuízo final.

A perda de uma chance caracteriza-se pela existência de culpa do profissional de saúde como causa de determinado dano médico, mas não com o intuito de demonstrar que por meio da culpa o prejuízo foi causado, mas sim com o escopo de comprovar-se que sem a culpa médica, o paciente teria oportunidades de se curar. Kfoury Neto explica:

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 médico de causalidade entre 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. (NETO, 2007, p. 65).

Portanto, mesmo nas relações médico-paciente cuja obrigação seja de meio, pela aplicação da teoria da perda de uma chance, haveria uma presunção de culpa em face do médico. A culpa é mitigada, dando-se ênfase ao resultado lesivo. Não é o ato do médico, em si, que causa o prejuízo. É a possibilidade que ele tem de agir para interromper o procedimento lesivo ao paciente. (NETO, 2007). Frise-se que, pela aplicação da perda de uma chance, indeniza-se a chance perdida e não o prejuízo final, devendo, para concessão da indenização, a chance ser plausível e de elevada probabilidade.

É sabido que a responsabilização civil é cabível nos casos em que o dano efetivo é verificado. No entanto, pela aplicação da teoria da *perte d'une chance* a responsabilidade civil é verificada pela possibilidade de o paciente poder alcançar uma situação mais vantajosa, caso determinada conduta não fosse (ou fosse) adotada pelo médico. Por isso, a indenização é devida quando tratar-se de chances efetivas, e não meramente hipotéticas ou remotas. Cavalieri Filho (2012) destaca:

Entende-se por chance a possibilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda. É preciso, portanto, verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória ou hipotética, sob pena de tornar o médico responsável por tudo. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o paciente tinha de conseguir o resultado. A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 413).

Portanto, conclui-se que a perda de uma chance não é hipótese de responsabilização civil indiscriminada, devendo alguns requisitos serem preenchidos, além de ser indispensável a análise do caso concreto pelo magistrado para a concessão da indenização. A referida teoria tem sido acolhida por juristas franceses e espanhóis. Cabe a análise se a teoria da *perte d'une chance* é aplicada pelos Tribunais brasileiros e quais as condições de aplicabilidade.

#### 4 ANÁLISE DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE NOS TRIBUNAIS

Em alguns países a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica encontra terreno fértil. É o caso dos Estados Unidos, no qual os estudiosos da área entendem que a incidência da teoria em casos concretos é medida hábil a evitar injustiças. Os tribunais americanos também adotaram a teoria, aplicando-a recorrentemente. Não obstante, são adotados rígidos parâmetros para calcular a probabilidade das chances perdidas, para que a teoria seja utilizada com o máximo de cautela possível. (FRANÇA, 2013).

Na França, no entanto, a *perte d'une chance* não é bem vista pelos doutrinadores quando se trata de aplicação em casos médicos, vez que “representa um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema” (FRANÇA, 2013, p. 22). Contudo, as Cortes francesas aplicam a teoria frequentemente em casos concretos.

No Brasil, a teoria ganhou força com o *leading case* do “Show do Milhão”, em 2005. Uma participante do programa foi indenizada porque uma pergunta foi mal formulada, o que retirou as chances de a jogadora responder corretamente à questão e receber o prêmio máximo. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 788.459, decidiu que a jogadora deveria ser indenizada de acordo com a probabilidade que ela teria de acertar a questão caso a pergunta fosse elaborada corretamente. (BRASIL, STJ, REsp. 788459/BA, 2005). Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.<sup>2</sup> Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL, STJ, REsp788459/BA, 2005, p. 334).

Em 1990, foi proferido o primeiro acórdão a tratar da responsabilidade civil pela perda de uma chance. O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

Ruy Rosado de Aguiar Junior, condenou um médico à reparação de dano causado em uma cirurgia de correção de miopia:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO 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. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, 1990).

A perda de uma chance foi objeto de julgamento que ganhou maior relevância por volta de 2012 e 2013. Nesse sentido, cumpre observar se a jurisprudência tem adotado critérios para análise de probabilidades da perda de uma chance ao conceder a indenização. Além disso, a perda de uma chance pode ser aplicada em diversas ocasiões, merecendo destaque, nesse momento, a aplicação da teoria na relação médico-paciente. Em 2012, no julgamento do Recurso Especial 1.254.141/PR, o STJ decidiu:

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. (BRASIL, STJ, REsp 1254141/PR, 2012).

Nesse julgamento, a Corte demonstrou ser bastante criteriosa a aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito brasileiro em relação aos danos médicos. Primeiramente, foi feita a análise da culpa do médico, que restou comprovada nos autos. O médico, não agiu de acordo com o que determina a melhor medicina, deixando de oferecer tratamentos adequados à paciente que tratava câncer. Além disso, diversos exames deixaram de ser realizados, o que pode ter agravado o estado de enfermidade da paciente.

A relatora frisou quanto à impossibilidade de indenizar em relação ao dano sofrido, especificando que a indenização corresponderia à proporção do prejuízo final experimentado. Isso porque a chance jamais poderá alcançar o valor do bem perdido, o que torna necessária uma redução proporcional da indenização.

Em 2017, em novo julgamento, o STJ proferiu a seguinte decisão:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos Especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes.

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

5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.

7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado. (BRASIL, STJ – Resp: 1662338 SP 2015/0307558-0, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso que visava a condenação de médico em razão de morte de paciente após alta hospitalar. A paciente, jovem saudável de 21 anos, que não possuía histórico de problemas de saúde, foi acometida de mal súbito. Após ser levada ao hospital, foi realizado um exame clínico e a paciente foi reexaminada horas depois. O médico atestou estar tudo sob controle e deu alta à paciente que faleceu em sua casa, no mesmo dia, em razão de um Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico. (BRASIL, STJ, Resp: 1662338 SP 2015/0307558-0, 2017).

A família pleiteou a indenização pela perda de uma chance, sob o argumento de que se fosse feito o diagnóstico correto, a jovem teria a possibilidade de sobreviver. Contudo, o Tribunal Superior negou provimento ao recurso, já que não se tratava de erro médico grosseiro ou de negligência, imprudência e imperícia no tratamento. A situação remontava a perda de uma chance improvável, lastreada em evento raro e improvável ligado à ciência médica.

Acertada foi a decisão que inadmite a aplicação indiscriminada da teoria da perda de uma chance, não sendo suficiente para a sua incidência que haja indícios ou mera hipótese de chance de sobrevivência do paciente. Além disso, não havendo culpa, não há razão de o médico ser responsabilizado civilmente por seus atos. Nesse sentido, a teoria deve ser aplicada com cautela e com os devidos critérios, de modo que não sejam admitidas injustiças na concessão indiscriminada de indenizações por erro médico pela teoria da *perte d'une chance*.

Os Tribunais locais também têm aplicado a referida teoria nos casos de erro médico em que o profissional tenha agido culposamente para a ocorrência do dano. Em 2020, um hospital foi condenado, em decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por não oferecer o tratamento adequado a um paciente, o que o levou a óbito:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO MÉDICO. OMISSÃO. DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. Ação indenizatória de dano moral em vista da falha no serviço do Réu que provocou o óbito do filho da Autora. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público possui natureza objetiva como regula o artigo 37, § 6º, da Constituição da República. Assim, os entes públicos apenas se liberam do dever de indenizar se provarem alguma excludente de responsabilidade, a prova pericial apurou falha no atendi-

mento médico do filho da Autora porque o Réu ignorou o protocolo médico ao deixar de auscultar o paciente cardiopulmonar e fazer exame radiográfico apesar de o paciente se queixar de dores abdominais, vômitos e náuseas. Ao privar o paciente de tratamento, o que o levou a óbito, o Réu responde pelos danos decorrentes da chance perdida. O desperdício da chance merece reparação própria, sem se confundir com o próprio óbito por ser este de fato posterior e imponderável. Manifesto o dano moral sofrido pela Autora com a perda prematura de seu filho sem oportunidade de se tratar em virtude da omissão dos prepostos do Réu. Valor da indenização atende a capacidade das partes, o dano e sua repercussão, sem perder de norte o princípio da razoabilidade. Recurso Provido. (RIO DE JANEIRO, TJ-RJ – APL: 0072938250108190038, 2020).

Nesse sentido, a perda de uma chance de cura tem ganhado relevo nos Tribunais Brasileiros, que têm recepcionado a teoria, aplicando-a de forma contida. A responsabilidade médica, por ser subjetiva, demanda uma análise ainda mais aprofundada do caso concreto, o que por vezes, pode ensejar uma discussão mais complexa acerca da incidência ou não da *perte d'une chance*. A apuração da culpa e do nexo causal não são elementos de fácil e automática constatação. Ao contrário, demanda um amplo espectro probatório.

Ademais, a verificação da probabilidade de cura deve ser algo real, palpável. Doutrinadores entendem que deve ser maior que 50%, sob pena de o pedido de indenização com base na perda de uma chance ser indeferido (SAVI, 2012). Os magistrados também têm sido cautelosos ao estabelecer o *quantum* indenizatório, valendo-se da razoabilidade e das circunstâncias do caso concreto, sempre enfatizando que a indenização não visa a reparação do dano final sofrido, mas apenas a reparação de uma chance perdida.

## 5 CONCLUSÕES

O tema analisado no estudo apresentado vem sendo amplamente discutido no direito comparado, e paulatinamente inserido no direito pátrio, muito provavelmente por suas peculiaridades e sua recente apreciação na seara médica.

A responsabilização civil que tem como objetivo resguardar o direito daquele que sofreu um dano causado por terceiro, aplicada a atividade médica, é subjetiva, portanto, existe a necessidade da comprovação de culpa, assim como o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente.

A doutrina e jurisprudência brasileira entendem ser a relação médico paciente amparada por uma responsabilidade civil contratual, ou seja, decorre do acordo de vontade entre as partes. Essa relação contratual poderá ser vinculada a uma obrigação de meio ou de resultado. Na obrigação de meio é exigido do médico o ideal cumprimento da obrigação, de modo que ele deverá adotar todas as medidas possíveis para a satisfação do contrato. Não podendo nesse caso ser dada a garantia de que essa satisfação contratual ocorra. Já a obrigação de resultado, o objetivo final é o próprio resultado, a atividade médica seria apenas o meio para alcançá-lo.

Desse modo, em regra a relação contratual entre médico e paciente é de meio, podendo em alguns casos ser de resultado, conforme o serviço prestado pelo médico, como é o caso da cirurgia estética.

Nesse contexto surge a teoria da perda de uma chance, como uma possibilidade de reparação a partir da probabilidade de obter um benefício esperado após uma sequência de eventos, porém o benefício não veio devido à conduta de outrem. A chance será avaliada pela probabilidade, não podendo ser uma mera expectativa sem nenhum tipo de comprovação.

A teoria da perda da chance então, poderia ser aplicada na relação médico paciente vinculada a obrigação de meio, quando estivermos diante de resultados previsíveis cientificamente. Dessa forma lidaremos com um elevado grau de probabilidade, que é requisito essencial para aplicabilidade da estudada teoria.

Já na relação médico paciente amparada por contrato de resultados, a aplicação da teoria, se torna mais plausível, pois o resultado final é previsível e esperado. Não se tratando de mera expectativa.

Devido ao insuficiente número de julgados e doutrina sobre o assunto, fica evidente que a aplicação dessa teoria deve ser realizada com grande prudência, sendo analisada caso a caso, e a chance deve ser séria e real. Sendo perceptível nos julgados aqui avaliados uma inadequação na aplicação da teoria, pois os sujeitos buscam a indenização pela chance perdida e não pela chance de obter a vantagem ou evitar o prejuízo.

A responsabilidade médica surge diante da execução de um ato ilícito, negligência, imprudência, imperícia. Sendo estes penalizados de outras formas. Uma condição eventual, a perda da possibilidade de cura ou chance no tratamento, são fatores que o médico não tem domínio. Portanto, não podem acarretar em responsabilidade civil. Na seara médica, requisito para a responsabilidade é a culpa, não devendo ser substituída por contextos de dúvidas e incertezas.

Nesta situação, a então citada teoria da perda da chance deve ser empregada com muita restrição em um campo de atividade tão controverso, duvidoso e sem garantias de resultado quanto o da medicina. Existe pouco espaço para mensurar consequências tão contestáveis e imprevisíveis, uma vez que a medicina não é uma ciência exata.

Por conseguinte, o agente não pode ser responsabilizado por um fato que poderia ou não acontecer, não sendo possível a aplicação da teoria da perda da chance diante da dúvida razoável. Ficando evidente desta maneira que a teoria da perda da chance deve ser aplicada na relação médico paciente quando o procedimento usado, o tratamento ou fato em questão possuírem resultados previsíveis cientificamente, e quando tiver resultados consolidados na medicina.

## REFERÊNCIAS

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Sarai-va, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 13.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. REsp 1079185 MG 2008/0168439-5. T3 - TERCEIRA TURMA. Min. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, 11 nov. 2008. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, 04 abr. 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1254141/PR, Min. Relator Nancy Andrichi, Terceira Turma, data de julgamento 04 dez. 2012. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4/inteiro-teor-865276902?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 abr. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp nº 1662338 SP, Min. Relator Nancy Andrichi, Terceira Turma, 12 dez. 2017. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, 02 fev. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549823032/recurso-especial-resp-1662338-sp-2015-0307558-0>. Acesso em: 19 abr. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 788459/BA, Quarta Turma, Min. Relator Fernando Gonçalves, 08 nov. 2005. **Diário de justiça eletrônico:** Brasília, DF, 13 mar. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em: 19 abr. 2021.

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

FRANÇA, Felipe Wollertt de. **A responsabilidade civil médica pela perda de uma chance**. 2013. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso – (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil 2 - obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível. Administrativo. Responsabilidade civil. Serviço médico. Omissão. Dano moral. Perda de uma chance. APL 0072938250108190038, Quinta Câmara Cível. AUTOR: SOLANGE DOS SANTOS MENEZES, RÉU: MUNICIPIO DE NOVA IGUACU. Relator Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira, 31 mar. 2020. **Diário de justiça eletrônico:** Rio de Janeiro, RJ, 16 08 abr. 2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849971145/apelacao-apl-729382520108190038>. Acesso em: 19 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 589069996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORRECAO 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. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 1990. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Hugo Alves da. Obrigação natural, de meio e de resultado. **DireitoNet**, 29 jun. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8546/Obrigacao-natural-de-meio-e-de-resultado>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.