

## TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Fabício BISACCHI<sup>1</sup>  
Rodolfo Lucas LIMA

**Resumo:** o texto a seguir tenta orientar o leitor as premissas relacionadas à teoria da perda de uma chance correlacionadas ao conteúdo histórico da teoria, seu conceito, como ela está sendo utilizada atualmente, quanto a aplicação nos casos de erro médico, bem como julgados relacionados a esta teoria.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Probabilidade. Natureza obrigacional. Aplicabilidade. Julgados brasileiros. Erro médico. Dano hipotético. Doutrina. Perte d' une chance.

### 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil na perda de uma chance tem características específicas que as diferenciam das demais perdas e danos. Na perda de uma chance passa-se a admitir a existência da responsabilidade ao adquirir um dano diverso ao resultado final esperado. Todavia, vale-se salientar primeiramente que muito se distingue entre a teoria da perda de uma chance com a de dano hipotético, haja vista, que nos casos de dano hipotético o objeto pleiteado e não alcançado, não poderia ser realizado de forma plena como admitem os requerentes. Desta forma, não caberia indenização qualquer que fosse a um dano hipotético, diferenciando da perda de uma chance a qual teria pleno direito de aquisição do dano pleiteado que não fora alcançado por conta de uma ação ou omissão que ocorre por parte do requerido.

Neste artigo, veremos além dos aspectos históricos que levaram ao conceito da teoria da perda de uma chance, iremos deslumbrar a prática desta teoria através de julgados e acórdãos realizados nos tribunais brasileiros atualmente.

<sup>1</sup> Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006). Pós-Graduado em Marketing, tendo cursado o MBA em Marketing, Lato Senso, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2010). Possui experiência nas áreas de Administração e Marketing, atuando principalmente em projetos de consultoria em empresas de grande porte como Grupo Citibank - Citifinancial e B2W Companhia Global de Varejo, além de ter atuado em empresas do segmento financeiro e petrolíferas. Atualmente exerce a posição de Diretor Executivo da Simbah ([www.simbah.com.br](http://www.simbah.com.br)) e como Consultor da F.Bisacchi Consultoria Imobiliária ambas localizadas em Presidente Prudente - SP.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para que nos aprofundemos nos aspectos históricos da teoria da perda de uma chance, devemos nos deixar levar à alguns países como França e Itália. Entretanto, não podemos deixar de mencionar que se não houvesse o desenvolvimento dos estudos com base na probabilidade e estatística não poderíamos vislumbrar um dano independente do resultado final, conforme relata Savi (2006, p. 2).

Desta forma, ocorreram estudos na França, inicialmente por parte da doutrina e jurisprudência, que passaram a defender a existência de um dano diverso do resultado final. Teve assim o início de uma teoria que especificaria casos em que houvesse a indenização pela perda da possibilidade de conseguir um benefício, uma vantagem, fazendo-se assim uma diferenciação entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Savi nos relata o seguinte sobre o termo *chance* como era indagado pelos franceses: “o termo *chance* utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo *chance* seria, em nosso sentir, oportunidade” Savi (2006, p. 3).

Assim, podemos entender que a perda de uma chance nasceria de uma perda de oportunidade que envolverá tal situação. Esta oportunidade conseqüentemente poderá ter referência em termos financeiros, estéticos, morais, etc. Seja qual for o caso, dependerá da probabilidade de que se alcançar o resultado final obtido com certa certeza para que o dano possa ser atribuído.

Já na Itália, no início do desenvolvimento da teoria da perda de uma chance ocorreu certa resistência pelo ordenamento jurídico italiano em recepcioná-la. No entanto, doutrinadores italianos importantes, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola, promoveram o marco de sua inclusão provocando diversas manifestações, de tal forma que, as jurisdicionárias passaram a vislumbrar um dano independente do resultado final. Ou seja, passaram a recepcionar o dano pela perda de uma oportunidade de obter uma vantagem, um proveito, um benefício ou mesmo de se evitar um prejuízo, uma perda, um estrago. Assim, relata Savi (2006, p. 4), que os italianos, “em vez de enquadrar a perda de chance como espécie de lucro

cessante, passou-se a considera-la como dano emergente, e assim, a superar o problema da certeza do dano para a concessão de indenização.”

Além disso, vale ressaltar que os italianos colocaram limites para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance ou oportunidade perdida. Desta forma, especificaram que para que a teoria viesse valer, o dano deveria ser provado de forma real e não hipotética. Para tanto, a ajuda do desenvolvimento da probabilidade e estatística foram cruciais, para que se consiga provar êxito em tal dano, de forma que esta probabilidade deve ser a maior de 50% (cinquenta por cento) para que a teoria possa ser conjeturada. Desta forma, a teoria da perda de uma chance desenvolveria uma mudança evolucionária para que fosse aplicada de forma eficaz no ordenamento jurídico mundial.

No Brasil a teoria da perda de uma chance inicia-se com a Constituição de 1988, e o advento do artigo 5º inciso V.

### **3 CONCEITUAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**

No Brasil, após a aceitação em vários ordenamentos como os franceses, italianos, americanos, entre outros, chagava-se a aportar nas praias tupiniquins a tardia, porém esperada, teoria da perda de uma chance. Em verdade trata-se aqui uma crítica aos doutrinadores brasileiros dos quais preferem doutrinar com certa pedância em teorias sofisticadas enquanto nem ao menos os básicos conseguem resolver como diz sempre o professor Flávio Tartuce notoriamente em diversos meios de comunicação.

Todavia, para que possamos conceituar a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro devemos iniciar o estudo através do artigo 5º inciso V, que nos diz, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”. Assim, de início já podemos compreender que quem vir a causar dano à outra pessoa é compelido a repará-lo proporcionalmente ao dano que este sofreu.

Ainda buscando a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance, para que possamos conceitua-la, podemos ir de encontro ao artigo 186 do Código Civil de 2002 que situa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Sendo que o artigo 927 do mesmo código salienta os dizeres com o texto: “Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nos casos de homicídio e demais hipóteses afirma Simão de Melo (2010, p. 429):

...à reparação propriamente dita para a hipótese de homicídio, o art. 948 do novo CC diz que “no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...) (grifado)

O artigo 949, para as demais situações de dano, afirma: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*” (grifado).

Sendo que finaliza, Simão de Melo, citando o artigo 402 CC que nos fala: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Caracterizando aqui a terceira espécie de dano, haja vista que a primeira espécie seria a de dano certo, o segundo dano hipotético, e esta terceira classificada como dano por *perda de uma chance*.

Assim podemos conceituar o dano pela aplicabilidade da teoria da perda de uma chance como sendo: toda e qualquer ação ou omissão, negligência ou imprudência, desde que ocorrendo com nexos de casualidade, provocar dano material, violar direitos a moral ou a imagem de outrem, uma vez que ocorra comprovada e superior possibilidade de 50% (cinquenta por cento) do dano atingir êxito, sendo o mesmo ressarcido efetivamente na medida de sua proporcionalidade ou superior a ela, caracterizará a perda de uma chance.

#### **4 APLICABILIDADE DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE**

Após conceitua-la, vamos adentrar a parte principal desse artigo, perda de uma chance em sua aplicação.

A teoria trazida a este artigo traz uma nova vertente sobre a responsabilidade civil, em outras palavras, o ressarcimento pela parte lesada, pela probabilidade de conquistar uma vantagem ou evitar determinado prejuízo.

#### **4.1 Aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance no Ordenamento Brasileiro, Segundo a Doutrina Conservadora**

No Brasil, a teoria perda de uma chance, é nova, e sua aplicabilidade pouca compreendida, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, pois o código civil de 2002 não traz em pauta este direito.

A aplicação a esta teoria perda de uma chance, no ordenamento jurídico, na doutrina e na sua jurisprudência não é algo pacífico, mas sim muito controverso.

Na doutrina tradicional, é impossível a aplicação de tal teoria, tendo em vista que a perda de uma chance é algo hipotético, e uma circunstância que está em eventual possibilidade do seu acontecimento, não sendo algo concretizado, sendo assim dano hipotético e dano eventual, e no ordenamento brasileiro não a como responsabilizar por tais danos.

O doutrinador Rui Stoco (2004, p. 1181) leciona que “se não houver prova do dano, falta fundamento para a indenização. Não se admite o dano incerto, improvável ou eventual, o dano condicional e nem mesmo o dano hipotético.”

Isso porque os doutrinadores, que doutrinam a impossibilidade de aplicar a teoria perda de uma chance, entendem que tal teoria está relacionado à possibilidade de ocorrer o resultado final, tornando-o em algo eventual, uma possibilidade.

### **5 APLICAÇÃO DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE ATRAVÉS DA PROBABILIDADE**

Acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance o ilustre autor Sergio Cavalieri Filho sustenta que:

Caracteriza-se essa perda de uma chance 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 ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença

desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda. (CAVALIERI FILHO, 2008. p. 75).

Autores como Sergio Cavalieri Filho, sustentam que a perda de uma chance, ao seu resultado final está relacionado a probabilidade de se obter a vantagem ou evitar o prejuízo e não a possibilidade.

Sendo assim, ele ainda sustenta como melhor doutrina que a perda de uma chance deve ser calculada conforme a probabilidade superior, ou seja, superior a 50% (cinquenta por centos) de probabilidade de atingir a vantagem ou evitar danos, caso esta não tivesse sido frustrada.

Conforme o entendimento do ilustre autor Sergio Cavalieri Filho sustenta que:

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, 2008. p. 75).

Desta forma, veremos como está disposto, para melhor entendimento, as diferenças entre probabilidade e possibilidade, segundo o dicionário brasileiro.

## 6 CONCEITUAÇÃO DE POSSIBILIDADE E PROBABILIDADE

Para melhor entendimento, e exemplificação, conforme Figueiredo (2010, p. 1627 e 1602), conceitua as seguintes palavras e suas diferenças como:

- **Possibilidade**

“Possibilidade f. Qualidade do que é possível, futuro e incerto.”

- **Probabilidade**

“Probabilidade f. Qualidade do que é provável. Motivo ou indício, que deixa presumir a verdade de um facto; verosimilhança. (Lat. probabilitas).”

Desta maneira, nos leva a entender que, possibilidade está ligado a algo futuro, a onde prevalece a incerteza, que pode acontecer ou não, sendo sua

conclusão sem parâmetros para descobrir sua efetivação, já a probabilidade é um dado matemático, a onde poderá ser retirado parâmetros para que seja possível determinar se realmente tal fato poderia ter ocorrido.

## **7 APLICAÇÕES POSITIVAS DA TEORIA PERDA DE UMA CHANCE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Aqui serão trazidos alguns casos, que no sistema judiciário brasileiro, que foi reconhecido a teria da perda de uma chance:

### **1º CASO: STJ - RECURSO ESPECIAL: RESP 788459 BA 2005/0172410-9**

Pode-se considerar caso notável o apreciado pelo STJ em março de 2006, em que a autora teve frustrada a chance de ganhar o prêmio máximo de R\$ 1 milhão no programa “Show Do Milhão”, em virtude da formulação de uma pergunta imprecisa. O voto do ministro relator Fernando Gonçalves reafirmou entendimento favorável à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A ementa do acórdão está assim escrita:

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

Recurso Especial. Indenização. Improriedade 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”

O STJ, que apreciou o Recurso Especial do réu, aplicou a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas acolheu em parte o inconformismo do réu, entendendo que as chances matemática que a autora tinha

de acertar a resposta da pergunta do milhão, se formulada a questão corretamente, eram de 25%. Assim, reduziu a condenação para R\$ 125.000,00. Eis, a seguir, importantes fundamentos do voto vencedor, relatado pelo ministro Fernando Gonçalves ficando evidenciada, a aplicação da perda de uma chance, em probabilidade e não possibilidade.

**2º CASO: TST - RECURSO DE REVISTA: RR 7165920125020023 • INTEIRO TEOR**

RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. A reclamada pactuou com reclamante, inclusive mediante a assinatura de CTPS, condições muito mais vantajosas do que as existentes no emprego do qual se desligou para com ela poder contratar (cargo de Manager Director, Emerging Market Sales, do Standart Bank Group, em Londres, Inglaterra, com salário anual equivalente a GBP 200.000,00 - duzentas mil libras esterlinas -, além da participação no plano de opção de compra de ações e no plano anual do referido banco). Dessa forma, a dispensa do reclamante dias após a formalização do contrato de trabalho, causada pela incúria da reclamada na avaliação da viabilidade econômica do empreendimento em solo brasileiro frente à crise financeira mundial, causou-lhe dano nas esferas pessoal e profissional, além de prejuízo financeiro, que são passíveis de indenização. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/08/2015, 5ª Turma)

**3º CASO: TST - RECURSO DE REVISTA: RR 8684920115090411**

RECURSO DE REVISTA DO OGMO - ESCALAÇÃO PARA O TRABALHO - FAINAS ESPECIAIS - ESCALAÇÃO DIRECIONADA - DISCRIMINAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE - INDENIZAÇÃO. A Corte regional constatou que o reclamante e os demais trabalhadores que não tinham qualificação específica eram excluídos da escala para as fainas especiais de célula de altura e de roçada. Assim, embora a escalação acontecesse mediante sorteio, o fato de sequer constar das listas, restringia indevidamente o acesso do autor à oportunidade de se engajar nessas tarefas que se revelaram mais rentáveis que as demais atividades portuárias. Já com relação às fainas de chefia e fiscalização, consignou a

Corte a quo que havia determinação ilícita e discriminatória da entidade sindical, no sentido de prestigiar apenas os dirigentes sindicais com a escalação para tais atividades, norma de natureza ilícita à qual o OGMO não deveria ter se vinculado, uma vez que é ele, e não o Sindicato, o responsável pelo recrutamento dos trabalhadores. A Corte a quo, nesse cenário, entendeu por responsabilizar o órgão gestor de mão de obra pela perda da chance do reclamante de ser recrutado para as fainas de célula e roçada, considerando que a ele competia promover a qualificação dos trabalhadores para que pudessem se engajar nas mais diversas atividades e que, ao contrário do que sustenta o recorrente, não restou comprovado nos autos que o OGMO tenha oferecido ao reclamante os cursos necessários à habilitação nas atividades mencionadas. Ainda, entendeu que também seria responsável o OGMO pela perda da chance do reclamante de ser escalado para as fainas de chefia e fiscalização, já que o direcionamento de tais fainas especiais aos dirigentes sindicais, de forma discriminatória, desatenderia ao dever do OGMO de recrutar trabalhadores com base em critérios isonômicos. A decisão se ampara no disposto no art. 18, III, da Lei nº 8.630/93, no art. 5º, caput, da Constituição Federal, e nas conclusões extraídas a partir do exame detido do quadro fático-probatório dos autos. Nesse ponto, cabível a avaliação do tema pelo prisma da teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*), na qual se visa à responsabilização do agente causador pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance, desde que razoável, é considerada uma ofensa às expectativas do trabalhador, que, ao pretender uma situação mais vantajosa, teve abroquelado seu intento por ato omissivo do órgão gestor de mão de obra. A chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, dando azo ao pagamento de indenização correspondente à possibilidade de êxito do intento do trabalhador. A decisão regional, em momento algum, implica desrespeito ou desconsideração pelos critérios contidos na negociação coletiva, mas apenas considera a responsabilidade do OGMO pela perda da chance do trabalhador que não foi por ele devidamente qualificado. Já no que concerne às fainas de chefia e fiscalização, tampouco se vislumbra violação dos dispositivos legais e constitucionais apontados, uma vez que, se é verdade que se deve respeitar e reconhecer a validade das negociações coletivas, por outro lado,

também é verdade que as prescrições porventura contidas nos instrumentos negociados não se aplicam de forma absoluta e destoante dos direitos fundamentais prescritos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, certo é que competia ao OGMO recusar a aplicação das normas coletivas na parte em que revelavam discrimina intolerável e preterição de trabalhadores avulsos nos processos de escalação. Incólumes os arts. 7º, XXVI, 8º, I, III e IV, da Constituição Federal; 22 e 29 da Lei nº 8.630/93. Recurso de revista não conhecido.

(TST - RR: 8684920115090411, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 14/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

## **8 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NOS CASOS DE ERRO MÉDICO**

Cada vez mais, conforme aumenta as demandas no judiciário brasileiro, bem como, o acesso à justiça a teoria da perda de uma chance vem se tornado mais evidente e ganhando significativo destaque em nosso ordenamento, principalmente no que tange casos de erro médico. Conforme Camara Souza, saliente em seu capítulo X, que as reivindicações em juízo por parte de pacientes que acreditam ter passado por uma conduta nada apropriada, sem sequer ter a possibilidade de que fossem atendidos de outra forma, por erro médico de determinados profissionais da saúde, poder-se-ia o magistrado embasar-se na teoria da perda de uma chance a fim de tutelar danos, causados a pacientes ou vossos familiares, ocorridos por tais erros. Dizendo ainda Camara Souza (2008, p. 81) que, “cabe, portanto, uma abordagem de como o ordenamento jurídico brasileiro considera a viabilidade da aplicação pelos nossos tribunais, em suas decisões, desta teoria.” Trazendo desta forma, ao mérito dos jurisdicionarias jugarem tal teoria e não simplesmente considera-la semelhante ou igual a casos de danos hipotético e dano eventuais. Haja vista que, o que realmente determina a teoria da *Perte d' Une Chance* (Perda de uma Chance) é a concreta e absoluta certeza em comparando com a generalidade dos casos ocorridos, não deixando dúvidas que poderia ter ocorrido diferentemente determinados fatos de erros médicos.

A presença da teoria da *perte d'une chance*, em um atendimento médico-hospitalar, na sua avaliação em juízo, pode se dizer que fica bem

caracterizada quando, mesmo que não se possa dizer com toda certeza que um paciente venha a se recuperar de uma determinada doença, seja possível se admitir que o paciente teve a perda de uma chance de se curar integralmente, ou até mesmo parcialmente, da sua doença, ou mesmo evoluiu para óbito, por não ter o médico empregado todos os meios de investigação e terapêutica, inclusive como o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma. A culpa, no caso, se caracteriza pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir – conduta – do profissional médico, podendo, assim, haver a decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença de menor monta o seu valor pecuniário. (Camara Souza, 2008, p. 82-83).

Desta forma, devemos elucidar como a responsabilidade civil poder-se-ia ser aplicada em se tratando das responsabilidades objetivas e subjetivas nos casos de erro médico. Segundo Moreira do Rosário, a teoria subjetiva advém do dano causado ao lesionado, por culpa do agente, tendo que este ser provado o nexo de causalidade. A prova advém nestes casos por mérito de negligencia, imprudência ou imperícia do profissional que deveria deter tais cuidados ao exercer a medicina. Desta forma, nos casos subjetivos a prova deve ser completa, definitiva, sem sobra de dúvidas, pois caso contrário, a culpa não seria englobada ao profissional da medicina, haja vista que, cada ser humano, cada corpo, responde de uma forma única, muitas vezes imprevisíveis até mesmo ao mais qualificado médico não tendo este a possibilidade de prever uma lesão. No entanto, cabe ao médico resguardar-se de todos os procedimentos, para cada caso específico da demanda médica a qual está se tratando.

Ainda sobre este ponto Moreira do Rosário (2009, p. 9), declara que:

O nexo de causalidade entre a culpa e o dano nasce da natureza, em razão da causa e efeito. A busca da causa provocadora do dano é decisiva para se conhecer quem causou a lesão. O direito civil adota a teoria da causalidade adequada. A causa adequada é aquela ensejadora do dano.

Assim, podemos entender que há necessidade de conhecer se provar que o dano causado, o nexo de causalidade, adveio por conta de uma imprudência, imperícia ou negligencia médica nos casos de erro médico por responsabilidade subjetiva.

Em se tratando de erro médico advindo por responsabilidade objetiva, Moreira do Rosário (2009, p. 9), dispõe que “basta a presença do dano e do nexo

de causalidade. A comprovação do fato gerador de culpa não é de suma importância.” Conclui ainda dizendo que, estando presentes o dano ao paciente e algo que ligue este ao causador de tal dano, bastaria para caracterizar a lesão sobre a ótica objetiva.

Já quanto ao nexo de causalidade Moreira do Rosário (2009, p. 17) declara que para haver a responsabilidade médica deve ser indispensável a presença do nexo de causalidade entre o autor do dano, no caso, médicos, enfermeiras, fisioterapeutas, etc, e o dano em si. Em algum ponto do fato, o nexo (o liame do fato e dano/prejuízo) deve ocorrer para que se possa imputar a responsabilidade a outrem.

A responsabilidade dos médicos pela satisfação dos danos acarretados a pacientes somente exsurgirá na presença do nexo de causalidade entre a ação e a omissão, ou erro grave, negligência, imprudência ou imperícia e o resultado morte, lesão ou inabilitação para a labuta.

Assim, para a análise da conduta culposa do profissional de medicina, torna-se de substancial importância a averiguação dos elementos de natureza técnica contidos no processo, exigindo-se a prova da existência da culpa na causalidade do evento. (Moreira do Rosário, 2009, p. 17)

Assim, podemos ver que a prova cabal para se conseguir constatar o erro médico é de suma importância, e muitas vezes a mesma dependerá de uma análise técnica feita por outro médico. Para tanto se faz necessário para evidenciar tais fatos, médicos éticos e peritos, especialistas, muito bem preparados para que não causem injustiças ou tolerâncias corporativistas em sua classe. Conforme desponha Kfourri Neto (2002, p. 70) “os médicos – como já dissemos – erram. E, quando esse desvio chega ao Judiciário, é preciso que um perito, também médico, preferencialmente atuando na especialidade considerada, identifique com clareza o erro.” Nestes casos é notoriamente sabido que se desponha a dificuldade da defesa da vítima em conseguir encontrar um médico perito ou assistente técnico, que possa embasar ainda mais o caso com quesitos pertinentes ao fatos, e ao nexo de causalidade, quesitos técnicos, a ponto de evitar qualquer corporativismo de classe. Neste ponto, uma lacuna surge a teoria da perda de uma chance em se tratando a sua aplicabilidade nos casos de erro médico.

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Acerca da sua aplicabilidade da teoria perda de uma chance, devemos concluir que esta teoria é uma nova vertente da responsabilidade civil, sendo uma teoria autônoma e independente.

No ordenamento brasileiro a sua aplicação não é pacífica e nem seu entendimento, pois como pudemos deslumbrar nesse artigo à parte da doutrina que entenda que tal teoria se enquadra na aplicabilidade de uma possibilidade, sendo que a possibilidade é algo hipotético impossível de ser responsabilizado no ordenamento. Em outra parte da doutrina que defende sua aplicação, a entendimento que não se trata de uma possibilidade, mais sim sua probabilidade que é medida por dados matemáticos, mais precisos em porcentagem, pois somente dados matemáticos que poderão comprovar realmente se tal agente poderia evitar um prejuízo ou conquistar uma vantagem.

Em suma tivermos seus conceitos concretizados, segundo dicionário de língua portuguesa, aonde diferencia-se possibilidade de probabilidade, para melhor visualização da doutrina que defende sua aplicabilidade por uma probabilidade por dados matemáticos, que em nosso entendimento não seria mais uma possibilidade não sendo algo hipotético, porque se temos a confirmação através de dados possíveis de comprovar que realmente poderia ter evitado um dano ou conquistado uma vantagem, sai da esfera da incerteza e concretiza-se uma aplicação fundamentada na certeza concreta, definindo parâmetros para se chegar esse posicionamento concreto, como o ilustre Sergio Cavaliere Filho defende como melhor doutrina em sua obra, a probabilidade para se concretizar esse direito, a probabilidade de sucesso deve ser superior a cinquenta por cento.

Ademais, podemos vislumbrar um conceito completo conforme o ordenamento jurídico brasileiro e as posições doutrinárias para que este fosse confeccionado, dando uma visão de como poderia ser aplicada a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileira, de forma que vem alcançar o viés necessárias onde e como a teoria da perda de uma chance pode ocorrer.

Por fim, concluímos que nos casos de erro médico, os profissionais da medicina quando erram poderão ser imputados culpados, seja pela responsabilidade subjetiva ou objetiva, desde que se consiga provar a efetiva culpa de conduta, por negligência, imprudência ou imperícia nos casos de responsabilidade subjetivas, ou

pelo nexo de causalidade, o liame entre o fato e dano, causando prejuízo a vítima nos casos de responsabilidade objetiva. No entanto, em ambos os casos a prova cabal deverá ser superior a cinquenta por cento de chance de que aquele prejuízo ocorresse para que se utiliza a teoria da perda de uma chance. Porém dificilmente poderemos chegar próximo ao cem por cento, pois como sabemos cada ser humano responderá de uma forma única para determinados procedimento médicos. Cabe ao profissional da medicina ser cauteloso em vossas condutas, principalmente em se tratando de determinados pacientes que requerem cuidados especiais. Outra lacuna surgindo desta forma, em se provar o erro médico não tão obvio por outros médicos peritos ou assistentes técnicos, que por corporativos ou por não poderem julgar que tal fato de maneira lógica, muito provavelmente excluirão o erro médico dizendo que tal fatalidade aconteceu por conta da própria vítima.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Brasil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 out. 2015.

CAMARA SOUZA, Neri Tadeu. **Reponsabilidade civil e penal do médico**. 3<sup>o</sup> ed. Campinas-SP: Servanda, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8<sup>o</sup> ed. São Paulo-SP: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Candito De. **Novo Dicionário de língua portuguesa**. 1<sup>o</sup> ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** 1º ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA DO ROSÁRIO, Grácia Cristina. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica.** 1º ed. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 1º ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006.

SIMÃO DE MELO, Raimundo. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador.** 4º ed. São Paulo-SP: LTR, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6 ed. Rev rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.