



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

EMENTA

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

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.
2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.
3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.
4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.
5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

RELATÓRIO

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

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

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

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

Em contestação, o réu negou todos os fatos, defendendo a adequação do tratamento por ele prescrito. Impugnou o laudo pericial. Também apresentou reconvenção, alegando que o processo conteria uma apologia ao suposto erro médico e que a ele seria devida indenização, tanto pelo abalo psicológico, como pelo suposto dano de imagem decorrente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação de erro contra ele aviada.

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

VOTO

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

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

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

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

Contudo, não foi isso que ocorreu. O que o acórdão fez foi declarar válida a sentença que, para a rejeição da prova testemunhal, reportou-se ao parecer exarado pelo MP, na origem. A ressalva feita pelo acórdão foi de que teria sido mais adequado, ainda que não fosse imprescindível, que o juízo monocrático tivesse reproduzido os argumentos do referido parecer. Mas o próprio Tribunal, para extirpar quaisquer dúvidas a respeito, reforça sua argumentação observando, em raciocínio escorreito, que "para as questões essencialmente técnicas o Código de Processo Civil admite um único meio de prova: a pericial (arts. 400, II, 420, I), sem que as testemunhas, por mais conhecimentos que possuam na área, possam substituir o perito".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

Portanto, ao recorrente de pouco serviria impugnar diretamente o mérito da suposta violação à regra do art. 145, §2º, do CPC, que não foi abordado. Ele deveria ter impugnado o acórdão com o fundamento na suposta inexistência de coisa julgada acerca da matéria, que pudesse impedir sua reapreciação, solicitando, inclusive, conforme o caso, a nulidade do acórdão recorrido por violação do art. 535 do CPC. Essa providência não foi tomada, o que leva à rejeição deste capítulo do recurso, seja por força do óbice do Enunciado 283 da Súmula/STF, já que a decisão se sustenta por fundamento inatacado, seja por ausência de prequestionamento, atraindo o óbice dos Enunciados 282 e 356/STF, bem como 211 da Súmula/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre *certeza* quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e *incerteza* quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma *redução percentual* do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

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

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

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (*La responsabilité du medecin*. Paris: Dalloz, 1992, *apud* Fernando Noronha, op. cit., 678), afirma que as situações de certeza quanto ao *resultado* e incerteza quanto à *causa* não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um *processo regular de produção de provas*, de modo que, se comprovado o nexocausal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização *integral*, não uma indenização proporcional ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, *o critério seria de tudo ou nada*.

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

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

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

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da *mitigação do nexo causal*. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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

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

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

(...)

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

(...)

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexo causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final.

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

"Em defesa da adoção da teoria da perda de uma chance na seara médica, tem-se como principal argumento o caráter pedagógico (deterrence) que deve desempenhar a responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar o dano causado deve desmotivar o agente, bem como toda a sociedade, de cometer novamente o mesmo ato ofensivo.

A não-adoção da teoria da perda de uma chance permitiria que os profissionais da área da saúde tivessem pouco cuidado com pacientes terminais ou com poucas chances de vida. Esta situação é facilmente explicável, pois enorme seria a dificuldade de provar o nexo de causalidade certo e direto entre a falha médica ou hospitalar e a morte do paciente, já que este, muito provavelmente, morreria pela evolução endógena da doença, mesmo com uma conduta médica exemplar. Assim, a falha médica não se caracterizaria como uma condição necessária para o surgimento do dano.

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

A Suprema Corte do Arizona, em *Thompson v. Sun City Community Hosp.*, argumentou que, quando um médico, por falha sua, retira trinta por cento (30%) de chances de sobrevivência de um grupo de cem pacientes, que efetivamente morrem, é 'estatisticamente irrefutável' que alguns desses pacientes faleceram devido à falha médica. Entretanto, o repúdio à teoria da perda de uma chance faz com que nenhum desses pacientes possa requerer qualquer tipo de indenização, já que é impossível provar o nexo de causalidade entre a morte do paciente e a falha médica, decretando a irresponsabilidade absoluta dos médicos."

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate. Contudo, sopesados os argumentos de defesa de cada uma das posições em conflito, a que melhores soluções apresenta é a consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da *quantificação do dano*.

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

III.b.1) Os pressupostos

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

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

Estabelecido esse pressuposto, para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

Analisando a prova dos autos, o TJ/PR concluiu que o procedimento adotado pelo réu não foi adequado porque, em primeiro lugar, a melhor decisão acerca da cirurgia a ser feita para tratamento de câncer de mama depende essencialmente do tamanho do tumor. Na hipótese dos autos, segundo se apurou na perícia, não era possível afirmar com certeza qual o tamanho do tumor que vitimava a paciente, de modo que a sua classificação deveria ter sido estabelecida, necessariamente, como de tamanho *não definido*. Para hipóteses de tumores de tamanho não definido, a comunidade médica, segundo se apurou na perícia, jamais recomenda a cirurgia de quadrantectomia, mas a mastectomia radical.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de uma chance e a obrigação de indenizá-la.

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

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

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

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

Essa parcela do acórdão é impugnada no recurso especial com fundamento em que a Perda da Chance leva a uma indenização "não pelos danos sofridos, mas sim por uma chance eventualmente perdida", de modo que seria imperiosa a redução da reparação fixada, sobretudo considerando que "não só a paciente viveu mais 7 anos (quando o tempo de sobrevivência previsto era de 5 anos), bem como - durante esse tempo - engravidou e deu à luz uma criança sadia, tendo sua gestação transcorrido da maneira mais normal possível, o que é o mais claro indicativo de uma vida com qualidade e normalidade".

Assiste razão à recorrente nesse ponto. Conforme pondera o i. Des. Miguel Kfouriri Neto (que, vale frisar, é autor de obra de extrema envergadura acerca do tema - "Responsabilidade Civil do Médico", Ed. Revista dos Tribunais, 1994, 7ª edição: 2010), em acórdão citado no recurso especial (TJ/PR, 8ª Câmara Cível, EIC 0275929-5/01), "em se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratando da perda de uma chance, a indenização jamaiz poderia corresponder ao prejuízo final, mas tão-somente à chance perdida".

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

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

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

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

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

Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

VOTO

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

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

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

Então, concordo inteiramente com a eminente Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0078939-4 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.254.141 / PR

Números Origem: 11642002 3595820028160001 415873402

PAUTA: 04/12/2012

JULGADO: 04/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

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

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

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

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