



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Letícia Nunes Maciel Costa

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
PERDA DE CHANCE NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
REFLEXÕES DOUTRINÁRIAS E DA
JURISPRUDÊNCIA LUSO-BRASILEIRA**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na área de
Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Civil orientada pelo
Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2023



Letícia Nunes Maciel Costa

A possibilidade de aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica: reflexões doutrinárias e da jurisprudência luso-brasileira

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil.

Orientador: Senhor Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho

Coimbra, 2023

AGRADECIMENTOS

À minha família, de sangue, brasileira;

À minha família, de coração, portuguesa;

Aos meus amigos e generosos professores, do Brasil e de Portugal;

Aos solícitos colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, especialmente àqueles que trabalham no Catálogo, na Biblioteca Geral e na Sala de Revistas;

Ao meu amor, cujo cartão de cidadão é português, mas o espírito, indubitavelmente, é brasileiro.

Toda e qualquer conquista minha será de vocês, sempre.

RESUMO

Busca-se, com a presente dissertação, suscitar algumas reflexões sobre a teoria da perda de uma chance no âmbito da saúde, nomeadamente na responsabilidade médica.

A referida figura, nascida da jurisprudência francesa, ampara-se na premissa de que os doentes têm em sua esfera jurídica chances que, ao serem perdidas, implicam em uma indenização que, por sua vez, difere da indenização referente ao dano final.

Ainda que seja verdade a perda de chance não está positivada – ainda - no ordenamento jurídico brasileiro ou português, isto não implica, *in totum*, em sua rejeição, pois a chance, com base na teoria do dano autônomo, compõe o bem jurídico “vida” e “saúde”, o que permite afirmar que ela é o bem jurídico na fase embrionária.

O conteúdo teórico da perda de chance impõe que as oportunidades sejam sérias, relevantes e concretas, e não hipótéticas ou subjetivas. Ao mesmo tempo, impõe que a chance seja neutra, aleatória, autônoma, atual e real.

Quanto ao caráter autônomo da chance, discute-se no âmbito acadêmico se a perda de chance seria um desvio e uma ofensa à causalidade adequada, como se fosse uma causalidade parcial ou probabilística. Contudo, como será visto, a melhor doutrina demonstra que a figura está situada no plano do dano, motivo pelo qual não há que se falar em desrespeito aos requisitos da responsabilidade civil, pois haverá o nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano da perda de chance.

Sem embargo, esta tese busca demonstrar, sobretudo mediante os casos reais apresentados pela jurisprudência luso-brasileira, que as vantagens da aplicação da perda de chance no âmbito médico superam os problemas jurídicos apresentados pelos juristas, bem como que a perda de chance não é o paraíso do juiz indeciso, pois ele conseguirá verificar que o paciente tinha uma chance relevante (de cura, sobrevivência, entre outras) que foi perdida pelo profissional de saúde.

Por fim, este trabalho não passa alheio às questões ainda pouco trabalhadas pelos estudiosos do direito, como, por exemplo, a forma para se obter o *quantum* indenizatório, a situação da – pequena - perda de chance e a definição das situações abrangidas pela teoria. Pelo contrário, procura-se, nesta tese, auxiliar, ainda que singelamente, a tutela do doente lesado, sem se olvidar das exigências impostas pela responsabilidade civil e pelos princípios fundamentais do Direito.

Palavras-chave: perda de chance, responsabilidade civil médica e dano autônomo.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to raise some reflections on the theory of loss of a chance in the field of health, namely in medical liability.

The referred figure, originated in French jurisprudence, is based on the premise that the sick has in their legal sphere chances that, when lost, imply in an indemnity that, in turn, differs from the indemnity related to the final damage.

Although it is true that the loss of chance is not -yet- positivized in the Brazilian or Portuguese legal system, this does not imply, in totum, in its rejection, since the chance, based on the theory of autonomous damage, composes the legal good "life" and "health", which allows us to state that it is the legal good in its embryonic phase.

The theoretical content of the loss of chance imposes those opportunities be serious, relevant and concrete, and not hypothetical or subjective. At the same time, it requires that the chance be neutral, random, autonomous, current and real.

Regarding the autonomous character of the chance, it is discussed in the academic field if the loss of chance would be a deviation and an offense to adequate causality, as if it were a partial causality. However, as will be seen, the best doctrine demonstrates that the figure is situated at the level of damage, reason why there is no disrespect to the requirements of civil responsibility, as there will be the causal connection between the medical conduct and the damage of the loss of chance.

However, this thesis seeks to demonstrate, especially through real cases presented by the Portuguese-Brazilian jurisprudence, that the advantages of the application of the loss of chance in the medical field outweigh the legal problems presented by the jurists, as well as that the loss of chance is not the paradise of the indecisive judge, since he will be able to verify that the patient had a relevant chance (of cure, survival, among others) that was lost by the health professional.

Finally, this work does not ignore issues that are still little studied by scholars of law, such as, for example, the form to obtain the quantum of compensation, the situation of the - small - loss of chance and the definition of the situations covered by the theory. On the contrary, this thesis seeks to assist, albeit simply, the protection of the injured patient, without forgetting the requirements imposed by civil liability and the fundamental principles of law.

Keywords: Loss of Chance, Medical Liability, Autonomy Damage.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça ou Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TAF - Tribunal Administrativo e Fiscal

TCA-N – Tribunal Central Administrativo Norte

TJPR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJSC - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UNIDROIT - The International Institute for the Unification of Private Law

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	10
1. DA PERDA DE CHANCE.....	13
1.1 NOÇÕES INICIAIS	13
1.2 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DA PERDA DE CHANCE - GERAL - NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO.....	19
1.3 DO DIREITO COMPARADO	22
1.3.1 ITÁLIA.....	22
1.3.2 ESPANHA.....	23
1.3.3 FRANÇA	24
1.3.4 AMÉRICA DO SUL.....	25
1.3.5 COMMON LAW	25
1.3.6 PAÍSES QUE RECHAÇAM A PERDA DE CHANCE	27
1.4 DA NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE CHANCE.....	27
1.4.1 LUCROS CESSANTES	28
1.4.2 DANOS EMERGENTES	28
1.4.3 DANO MORAL.....	29
1.4.4 DANO AUTÔNOMO.....	31
1.5 MÉTODOS PARA O CÁLCULO DA PERDA DE CHANCE	33
1.6 A PERDA DE CHANCE COMO PARTE DA CAUSALIDADE OU DO DANO?	35
2. A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICA	41
2.1 PRINCIPAIS PONTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	41
2.2 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICA	44
2.2.1 ENQUADRAMENTO E ORIGEM	45
2.2.2 APLICAÇÃO TEÓRICA	47
2.2.3 DOCTRINA	48
2.2.4 EMPECILHOS JURÍDICOS	51
2.3 DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APLICAÇÃO DA PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICA	54
2.4 CENÁRIOS TÍPICOS DA PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICA	58
2.4.1 PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA.....	59
2.4.2 PERDA DE CHANCE OBSTÉTRICA.....	61
2.4.3 PERDA DE CHANCE DE CONSENTIR	62
2.4.4 PERDA DE CHANCE NO NASCIMENTO INDEVIDO/INDESEJÁVEL.....	63
2.4.5 PERDA DE CHANCE NO ÂMBITO DA PROVA PROCESSUAL	65
2.5 APONTAMENTOS DE DIREITO COMPARADO.....	65
2.5.1 FRANÇA	65
2.5.2 ESPANHA.....	67
2.5.3 ITÁLIA.....	68
2.5.4 COMMON LAW	70
3. JURISPRUDÊNCIA.....	74
3.1 PERDA DE CHANCE DE CURA OFTALMOLÓGICA	75
3.2 PERDA DE CHANCE DE SUBMETER-SE A UM TRATAMENTO MENOS INVASIVO	77
3.3 PERDA DE CHANCE DE CURA COM RESULTADO MORTE.....	83
3.4 PERDA DE CHANCE DE EVITAR UMA AMPUTAÇÃO	88
3.5 PERDA DE CHANCE DE REIMPLANTAR UM DEDO	91
CONCLUSÃO.....	96

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
JURISPRUDÊNCIA.....	103

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade, intimamente relacionada à globalização e ao acesso à informação, fez com que o estudioso do Direito deixasse de ser o único com acesso, conhecimento e opinião sobre o ordenamento jurídico e sobre as decisões judiciais.

Neste caminho de agitação social, a sociedade contemporânea assiste a transformações significativas. Por consequência, o Direito e o legislador não poderiam estar alheios a este movimento, de modo que atualmente se observa o surgimento de novas teorias jurídicas e o fim (ou relativização) de determinados conceitos que eram estáveis até pouco tempo.

No campo da Responsabilidade Civil, novos tipos de danos foram criados, como as indenizações oriundas da teoria do risco, da teoria da confiança, da teoria do desvio produtivo do consumidor, da teoria da perda de chance, além dos danos estéticos, danos sociais, danos biológicos, entre outros.

Para nós, estas modalidades de danos não significam, em última medida, que o dinheiro apaga o sofrimento da vítima, pois além de a dor não ter preço, o dinheiro não remove o dano. Contudo, na perspectiva do lesado, que atualmente está em evidência no campo de responsabilidade civil, a soma pecuniária atenua e/ou compensa o dano sofrido, inclusive porque mostra a ela que o lesante não foi beneficiado, sem prescindir do caráter punitivo inegável a qualquer tipo de indenização.

Neste contexto, esta tese pretende tornar mais clara e acessível a – polêmica - figura da perda de chance, com enfoque na perspectiva do ato médico, com um discurso claro, simples e funcional.

A razão pela qual se escolheu o campo da saúde em vez de outra seara para a aplicação da perda de chance é muito simples. Decorre, pois, da observação prática de que dificilmente os casos de erro médico que são levados aos Tribunais resultam em alguma condenação ao profissional de saúde.

Com isto, o doente lesado sofre, unilateralmente, as consequências do ato médico contrário à *legis artis*, o que claramente está em desacordo com o intuito da responsabilidade médica (e da responsabilidade civil como um todo), com o juramento de Hipócrates e até com a finalidade do contrato social de Rousseau.

E por qual motivo se afirma o exposto acima com tanta segurança? É por ser notório a qualquer operador do direito que na responsabilidade civil médica, o modelo

tradicional do tudo ou nada, impede a efetivação das funções de reparação, prevenção e sanção da responsabilidade civil.

Relativamente à estrutura da presente tese, o primeiro capítulo desta dissertação analisará os aspectos da perda de chance clássica, nomeadamente sobre a origem francesa, a positivação na lei, os doutrinadores portugueses e brasileiros favoráveis e contrários, os métodos existentes para o cálculo da indenização, entre outras questões.

Como entendemos ser pertinente a análise de direito comparado, inclusive para evitar a escuridão platônica, elegeremos alguns países para a tarefa de estudar o ordenamento jurídico estrangeiro quanto ao tema da tese. Sem embargo, anunciamos que também demonstraremos a renitência de alguns países nórdicos e da potente Alemanha quanto à perda de chance no campo médico, explicando como os respectivos ordenamentos jurídicos tentam vencer os problemas adstritos ao erro médico e a sensação de injustiça presente na população.

Por compartilharmos da ideia de que, em termos académicos, a definição da natureza jurídica da perda de chance é relevante, apresentaremos as possibilidades expostas pela doutrina: dano emergente, lucros cessantes, dano moral e dano autónomo.

Importante é, sem dúvida, o ponto 1.6 da presente tese que demonstrará a dúvida que atormenta o jurista: seria a perda de chance uma violação em termos de causalidade ou seria caso de ampliar o conceito de dano?

Por outro lado, no segundo capítulo da dissertação seremos muito seletivos ao escolher os assuntos a serem tratados, sob pena de fugir da temática da tese. Quanto à responsabilidade civil médica, poderíamos ter pensado em abordar com minúcias a responsabilidade contratual, extracontratual, o Código de Defesa do Consumidor ou a teoria do risco. Todavia, por respeito ao tema da dissertação, abordaremos o essencial da responsabilidade médica geral relativa à perda de chance.

Seremos honestos ao apresentar as muitas críticas e problemas da utilização da perda de chance no campo médico. Ao mesmo tempo, buscaremos mostrar, mediante as noções de direito comparado, que não é só o Brasil e Portugal que têm mostrado simpatia à figura.

Nos últimos subcapítulos, apresentaremos os cenários típicos da perda de chance no âmbito médico, ou seja, situações que a perda de chance poderia ser utilizada.

Por fim, o último capítulo da dissertação mostrará, na prática, como tem sido a utilização da figura nas juriscaturas brasileiras e portuguesas, com decisões judiciais apresentadas e comentadas por nós.

Assim, este trabalho busca, de forma objetiva, didática e precisa, investigar se é possível adotar a perda de chance na responsabilidade médica e, em caso afirmativo, em quais situações, apresentando, evidentemente, as posições divergentes e suas razões.

1. DA PERDA DE CHANCE

1.1 Noções iniciais

Os dicionários mencionam o substantivo “chance” como sorte, possibilidade de, indício que deixa presumir que há condições para algo ocorrer e, ainda, probabilidade.

Nesta perspectiva, os estudiosos são uníssonos ao afirmar que a figura da perda de chance surgiu e foi aplicada pela primeira vez em França, pela Corte de Cassação, na data de 17.07.1889.

Na ocasião, um funcionário público impediu a tramitação usual de um processo judicial, razão pela qual a parte lesada ingressou com ação judicial a fim de ser indenizada pela perda da oportunidade de ganhar a respectiva ação.

No entanto, a teoria não ficou adstrita tão somente à França¹. É que, ademais do continente europeu, há por exemplo, vários países da América que a aplicam atualmente.

Para demonstrar o caráter cosmopolita da teoria, citamos que países como Inglaterra, Estados Unidos, Itália, Espanha, Chile e Brasil já julgaram casos baseados na respectiva figura, em que pese existam países que ainda não a adotem, cujos motivos serão explanados no decorrer desta pesquisa.

A verdade é que, no cotidiano, mais que observar a figura no ambiente acadêmico com os estudiosos teóricos, a sua utilização é bastante visível na ótica dos advogados que, como se sabe, são os operadores práticos do direito, ou seja, aqueles que trazem novas abordagens e apresentam as novas teorias aos Tribunais.

Assim, passamos a realizar a tarefa de conceituar a teoria da perda de uma chance, também conhecida como *lost of chance*, *perdita di chance*, *perte d'une chance* ou *pérdida de oportunidad*.

De forma extremamente simples, quando alguém priva *outrem* de obter

¹ François Chabas é o jurista francês, a nosso ver, mais influente sobre o tema na França. A propósito, não se pode esquecer que foi com uma palestra dele no Brasil que os tribunais brasileiros tomaram o primeiro contato com a figura da perda de chance.

vantagem ou evitar determinado prejuízo, incide a perda de chance. É dizer: há uma chance perdida, seja de evitar um dano ou obter um benefício, causada por um alguém. Não significa responsabilidade objetiva ou dano futuro, muito menos indenização por uma parcela do dano, eis que o que se indeniza a oportunidade que foi perdida. É, portanto, uma forma de dano cujo objeto é o desaparecimento de uma oportunidade preexistente na esfera jurídica do lesado².

A magistrada Grácia Cristina Moreira do Rosário³ explica que na perda de chance ou oportunidade, indeniza-se o comportamento antijurídico do autor que, por sua vez, interferiu no curso normal dos acontecimentos na vida do lesado. A consequência disso é que, na ótica do lesado, nunca se poderá saber o que teria acontecido sem a atitude do culpado, ou seja, não se sabe se o lesado teria obtido o que desejava, mas é certo que pela atuação do lesante, o lesado não teve a oportunidade de seguir o curso normal de sua vida participando ativamente na definição da probabilidade daquilo que ele desejava.

Na mesma linha, a mestre Bruna de Sousa pontua que a perda de chance aparece nos casos que o indivíduo está numa posição que lhe permite obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, porém, em virtude de um comportamento culposo por parte de um terceiro, esta possibilidade/chance é destruída.

O que é certo é que ainda que não vá ser possível saber se o resultado esperado viria a ocorrer, sabe-se que deixou de existir sequer a possibilidade da coisa se consumir⁴.

Como também dito pelo professor colombiano Luis Felipe Giraldo Gomez, significa a perda da possibilidade de obter um benefício ou de evitar que ocorra um evento desfavorável. Esta frustração faculta à vítima que procure reparação jurídica diante dos prejuízos causados pela privação da oportunidade. Em termos de dano, o dano se origina da perda da possibilidade/oportunidade em si mesma, e não no benefício ou desvantagem sofrida pela vítima.⁵

² RUELLAN, Caroline. *La perte de chance em droit privé*, in PEDRO, Rute Teixeira Pedro. *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 208.

³ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. <<A perda de chance de cura na responsabilidade médica>> *Revista da EMERJ*, v. 11, n.º 43, 2008.

⁴ SOUZA, Bruna. *Da perda de chance na responsabilidade civil do médico*. Coimbra: Almedina, 2022.

⁵ GÓMEZ, Luis Felipe Giraldo. *La perdida de la oportunidad en la responsabilidade civil: su aplicación en el campo de la responsabilidade civil medica*. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2.ª ed, 2018.

Por fim, o civilista argentino Alfredo Orgaz⁶ conclui e torna a compreensão da figura fácil ao explicar que quando o agente age interrompendo um processo que poderia conduzir outra pessoa a evitar um dano ou obter uma vantagem, o primeiro causa um prejuízo, nascendo para o segundo o direito a reclamar uma indenização pela perda que poderia ter sido evitada.

Notamos aqui e, desde já, que em todas as explicações, ficou cristalino que não se pretende uma indenização pelo prejuízo final vivido pela pessoa, mas tenta-se indenizar a chance que ela tinha (e pertencia ao seu patrimônio), mas que foi subtraída pelo agente causador do ato ilícito (ao ter perdido a chance de outrem).

Não obstante a chance que está em voga ser a possibilidade de obtenção de um benefício, incluindo evitar um prejuízo, é certo que precisa haver uma perda atual, definitiva, bem como uma possibilidade real e séria.

Portanto, precisa existir, inicialmente, a possibilidade de obter a vantagem e evitar o prejuízo, e não meras expectativas jurídicas ou chances abstratas, tal como tinha o pioneiro autor da ação ingressada no Tribunal Francês.

A questão acima é relevante, seja para o Direito Nacional, como em outros ordenamentos jurídicos. É que, para a doutrina majoritária, não é qualquer perda de chance que deve ser indenizada.

Cabe destacar que este pensamento é muito claro ao se analisar as decisões judiciais sobre o assunto, tanto que há tribunais que somente indenizam a vítima se havia 50%, 60%, 70%, 80%, 90% de chance e não 10%, por exemplo, o que demonstra a obrigatoriedade do requisito chance relevante, ainda que tal restrição emane questionamentos acerca da tutela de chance pequena que foi perdida, eis que houve uma perda, mesmo que pequena.

Embora não haja um artigo específico no Código Civil Português ou Brasileiro sobre a perda de chance, é de se observar, conforme fez Nuno Santos Rocha⁷, o desenvolvimento da ideia na parte final do artigo 2.7 da Directiva 92/13/CE do Conselho das Comunidades Europeias⁸, nos princípios relativos aos contratos

⁶ ROSÁRIO, Grácia, *op. cit.*

⁷ ROCHA, Nuno Santos. *A <<perda de chance>> como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28.

⁸ Tradução livre: “Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”.

comerciais internacionais desenvolvidos pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT⁹, no artigo 163º do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos e no artigo 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil elaborados pelo *European Group on Tort Law*¹⁰.

Em que pese o intuito deste trabalho seja analisar se a perda de chance pode ser aplicada à responsabilidade médica, não podemos deixar de mencionar que os casos mais frequentes encontrados na jurisprudência residem em situações que envolvem competições esportivas, concursos, responsabilidade civil do mandatário judicial e progressões em carreira, notadamente no Direito do Trabalho.

Por exemplo, há casos de advogados que perdem o prazo para apresentar contestação ou recurso, casos de pessoas que foram impedidas de progredir na carreira pelo ato de superiores hierárquicos, situações de pessoas impossibilitadas de participar de concursos ou de fases de determinado certame e, finalmente, casos de pessoas que foram diagnosticadas tardiamente de doenças ou sofreram com tratamento médico incorreto ou atrasado, perdendo chance de melhora ou de um tratamento menos sofrido.

No que se refere à responsabilidade dos mandatários/advogados, observamos que o assunto atualmente não encontra grande resistência, sendo fácil encontrar decisões judiciais na União Europeia, Brasil e outros países das Américas no sentido de condenar o advogado que perde o prazo para interpor o recurso de apelação ou, ainda, que se esquece de propor a ação judicial, ocorrendo a prescrição/decadência/caducidade para o ato.

A lógica é a mesma para sorteios. Basta imaginar que uma pessoa escolhe determinados números e paga pelo bilhete. Mais tarde, descobre que acertou alguns números, porém, ao reclamar o prêmio, é informada de que o funcionário não registrou a sua aposta, pelo que, nada consta sobre a vitória da vítima. Este é um típico caso de perda de chance.

Relativamente à parte doutrinária, o espanhol Luis Medina Alcoz¹¹ formulou

⁹ Tradução livre: “A indenização pela perda de uma expectativa deve ser concedida na proporção da probabilidade de sua ocorrência”.

¹⁰ Tradução livre: “A vítima deve suportar o seu prejuízo na medida correspondente à probabilidade de ter sido causado por uma atividade, ocorrência ou outra circunstância dentro de sua própria esfera. O lesado deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma atividade, ocorrência ou qualquer outra circunstância que se situe no entorno da sua própria esfera, incluindo eventos naturais”.

¹¹ FERNANDES, Maria Malta. *A perda de chance no direito português*. Vila Nova de Famalicão: Editora Nova Causa, 2022, p. 145.

hipóteses de aplicação da perda de chance. Para ele, primeiro é necessário separar as situações conforme o contexto que o dano ocorreu e conforme o dano final.

Dentro do contexto do dano ocorrido, entram as situações que envolvem jogos de sorte e azar, competições esportivas, vitórias em processos judiciais, concursos públicos, perda de chance de cura ou sobrevivência e na parte comercial.

Por sua vez, conforme a natureza do dano final, afirma o espanhol que as situações podem ser de perda de oportunidade econômica, oportunidade pessoal, captação de lucro, de evitar dano, oportunidade perdida direta, oportunidade perdida consequencial, oportunidade passada e oportunidade futura.

Também mencionamos a existência da divisão conforme a doutrina divisionista e unitária¹².

Pela teoria divisionista, os casos de perda de chance são divididos em situações onde o processo aleatório foi interrompido e situações em que o processo aleatório seguiu até o final, ao contrário da teoria unitária que não distingue as situações conforme a interrupção do processo aleatório.

Na primeira teoria, jamais se saberá se o desfecho seria positivo ou negativo, sendo necessário avaliar as chances que a vítima tinha de obter a vantagem pretendida.

Especialmente quanto à responsabilidade médica, para a teoria divisionista, não há que se falar em dano autônomo nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, uma vez que o processo causal chegou ao ginal, sem ser interrompido.

Pela segunda teoria, que é exemplificada com o estudo “the bean jar paradigm¹³”, é irrelevante fazer diferenciação entre processo aleatório interrompido ou não. Isto porque, o resultado é igual em todas as situações, de forma que a pessoa perderia que a vantagem que esperava.

Parece, entretanto, que um dos motivos da existência da tese e seu sucesso está relacionado ao sentimento de justiça. Isto porque, muitas vezes, na prática forense, é difícil demonstrar o nexo causal entre o ato e o dano, daí que o juiz julga improcedente o pedido autoral, deixando a parte lesada com a sensação de impunidade e injustiça e, de outro lado, o autor do ato sem qualquer responsabilização diante da dificuldade probatória vivida pela vítima.

¹² FERNANDES, Maria Malta, op. cit, p. 200.

¹³ Segundo a explicação de Maria Fernandes, o paradigma da jarra de feijão consistiu em um teste com feijões de cores diferentes para saber a importância do processo aleatório. A conclusão foi de que, sendo o processo aleatório interrompido ou não, há perda de chance em ambos os casos.

Para o efeito acima, basta imaginar que uma famosa dona de uma galeria de arte de Singapura compra uma passagem aérea para a França a fim de ir a um leilão presencial a que foi convidada e onde se leiloarão com exclusividade quadros inéditos de Monet. Ao chegar no aeroporto, é informada que houve um erro em sua reserva, de forma que a companhia aérea diz-lhe que não poderá viajar naquele voo específico, mas apenas no do dia seguinte.

Se a dona da galeria de arte entrasse em juízo diante da situação vivida, provavelmente se cogitaria o incumprimento da empresa. Contudo, uma indenização pelo dano final (perder a ida ao leilão) dificilmente seria concedida porque não se pode comprovar que a empresária iria conseguir comprar o quadro, nem que a não ida ao local, por si só, gerou algum dano.

Diferente, porém, é pensar em uma indenização pela perda de chance que a dona da galeria de arte tinha de ir ao leilão e obter uma obra de arte que tanto desejava. Enquanto que, pelo dano final, o fundamento do pedido seria não ter ido ao leilão e, por consequência, não ter comprado nenhuma obra (e aqui há como matéria de defesa uma causalidade incerta, pois outros fatores poderiam ter impedido a vítima de ir ao leilão, sem ser possível saber se a pessoa em causa conseguiria comprar o quadro, já que não dependeria somente dela), na perda de chance a senhora teria que comprovar que tinha uma chance real, séria e atual de vencer o leilão e adquirir a obra específica de Monet, mas que sequer foi possível tentar adquirir a obra, pois foi impedida de viajar.

Soma-se aos motivos do sucesso da perda de chance, o fato de que a teoria se insere sob o viés do protagonismo da vítima e a reparação do dano na responsabilidade civil, para corrigir situações que o modelo tradicional do “tudo ou nada” levaria ao autor nenhuma indenização, sem se olvidar que a teoria é fruto do avanço do Direito ao tutelar novos bens jurídicos¹⁴.

Portanto, no contexto de um modelo atual global de responsabilidade civil que provoca injustiças decorrentes do princípio do “tudo ou nada”, surgiu a perda de chance para tentar equilibrar a situação, promovendo, em última medida, a paz social e a

¹⁴ Em seu trabalho “responsabilidade civil pela perda de uma chance”, Rafael Peteffi da Silva expõe que no passado havia resistência de alguns juristas a respeito da indenização por danos morais. Contudo, como se sabe, hoje a questão foi superada, existindo forte base legal, doutrinária e jurisprudencial. Pensamos que isto ocorrerá, também, com a perda de chance.

confiança dos jurisdicionados em relação aos Sistemas de Justiça.

Superada a essencialidade conceitual da figura, a pergunta que colocamos é: como Portugal e o Brasil, a nível teórico, entendem a perda de chance?

1.2 Considerações prévias acerca da perda de chance - geral - no direito português e brasileiro

Se é verdade que Portugal e o Brasil são países irmãos, havendo muita influência do direito português no direito brasileiro, por outro lado também é verdade que o Brasil, como um país jovem, costuma ser mais aberto às novidades doutrinárias, recebendo grande influência de outros ordenamentos jurídicos, tal como se vê com o Código Civil Brasileiro de 2002, cuja influência francesa é inegável.

Conforme será explicado no decorrer da pesquisa, adiantamos desde já que, no Brasil, a figura da perda de chance é bem aceite, inexistindo grande resistência pela doutrina, como se pode ver, por exemplo, com os brilhantes trabalhos de Rafael Petefi e Sérgio Savi, e também na jurisprudência, embora o respeitado civilista brasileiro Flávio Tartuce tenha demonstrado algum receio com a figura.

Segundo Flávio Tartuce (que assume não ter uma opinião consolidada sobre a problemática), os danos da perda de chance são hipotéticos e eventuais, contrariando os clássicos danos presentes e efetivos. Além disso, advoga o autor que “muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidos em sede de danos morais ou danos materiais, sem que a vítima tenha a necessidade de provar que a chance é real e séria¹⁵”

Independente da visão do doutrinador, é certo que há inúmeras sentenças e acórdãos que debatem a perda de chance no Brasil, inclusive com acolhimento no STJ, o que faz o pesquisador não ter dúvidas de que a figura é aplicada na jurisprudência brasileira, inclusive porque o tema está presente na maior parte dos manuais de responsabilidade civil e direito do consumidor.

Convém introduzir, por ser conveniente, o famoso processo judicial relativo ao caso do show do milhão levado aos Tribunais Brasileiros¹⁶ e o caso do maratonista

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2020.

¹⁶ Em um programa de televisão de perguntas e respostas (Show do Milhão), uma pessoa que estava concorrendo a um milhão de reais processou a emissora do casal afirmando que não havia resposta certa à pergunta que valia o valor citado acima. O primeiro Tribunal concedeu a indenização integral, contudo o STJ reduziu o valor com base em uma probabilidade matemática (1/4 do valor).

brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima¹⁷ que claramente ilustra uma hipótese de perda de chance na vida real.

Compartilhando o receio de Flávio Tartuce, encontra-se considerável parte da doutrina portuguesa clássica, como Paulo Mota Pinto¹⁸ e Menezes Leitão.

Recapitulando: enquanto no Brasil impera a ideia de que a perda de chance é um dano autônomo indenizável, sem ferir a lógica da responsabilidade civil, em Portugal a maior parte dos estudiosos tradicionais vê a teoria com maus olhos, pois afirmam que seria um desvio aos requisitos da responsabilidade civil.

Explicamos melhor: embora no século passado o Doutor Sinde Monteiro tivesse, ainda que sumariamente, mostrado receptividade à figura, desde que respeitados os requisitos da responsabilidade civil, não se pode falar que a doutrina portuguesa clássica enxerga a teoria de forma positiva.

Demonstrando a desconfiança dos estudiosos portugueses sobre a perda de chance, Paulo Mota Pinto expõe alguns pontos¹⁹.

Para ele, na perda de chance, não seria possível determinar com segurança qual seria a situação hipotética que existiria caso o evento que permite a responsabilização não tivesse ocorrido. Acresce que as chances se constituem como situação ou posição econômica não autônoma dos elementos que integram o patrimônio ou a esfera jurídica do seu titular, ou seja, para ele a chance não pode ser negociada autonomamente.

Salienta²⁰ que a perda de chance dispensa a consumação da lesão do bem, levando a um excesso de responsabilização ao transformar o lesante em garante da probabilidade de sucesso de cada portador da chance, quando pelo próprio conceito de chance, não existe qualquer garantia.

Por fim, advoga pela inexistência de autonomia da chance, pois a indenização da perda de chance depende do grau de probabilidade de verificação do evento.

¹⁷ Na maratona olímpica de 2004, Vanderlei Cordeiro de Lima estava em primeiro lugar. Todavia, um homem invadiu a pista e o atingiu, de forma que o maratonista perdeu segundos da prova e foi ultrapassado por outro candidato. Sobre este caso, é evidente que ninguém consegue afirmar que Vanderlei teria vencido a prova, mas ninguém pode discordar que a atitude do lesante provocou a perda da possibilidade de ganhar a prova olímpica.

¹⁸ Conforme será visto apropriadamente, o autor afirma que inexistente base jurídico-positiva para permitir a perda de chance. Mais ainda, afirma que o efeito da perda de chance é de transformar o lesante em garante da uma mera chance, o que na prática permite à vítima auferir mais do que a chance representa.

¹⁹ PINTO, Paulo Mota. <<Perda de chance Processual>>, *Revista de Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, vol. 15, ano 5, abri-jun 2018, p. 352.

²⁰ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1106.

Na mesma perspectiva, Júlio Vieira Gomes²¹ assume que: a) há uma incerteza sobre a natureza jurídica da perda de chance; b) há confusão no plano do dano e plano da causalidade, de forma que tentar-se-ia resolver a incerteza do plano causal antecipando um dano; c) há problemas no momento da avaliação do valor da indenização, visto que não se pode avaliar autonomamente o prejuízo derivado da perda de chance; d) a chance é insuscetível de um gozo econômico autônomo e e) com a teoria, há uma nova visão de causalidade e até da função desempenhada pela responsabilidade civil.

Ainda que no capítulo específico sobre jurisprudência se dará a demonstração da teoria na prática, adiantamos ao leitor que, curiosamente, muitos Tribunais Portugueses ignoraram o medo da doutrina e passaram a conceder indenizações com base na perda de chance, em que pese ainda existam juízes negando a aplicação da figura.

Na verdade, conforme a nossa pesquisa, a perda de chance surgiu na jurisprudência portuguesa com um acórdão do STJ de 09.02.2006, no âmbito do processo n.º 06B016, Relator Moitinho de Almeida²².

Mas não só a alta Corte tem se comportado favoravelmente à perda de chance, já que, mesmo com muita resistência de parcela relevante da doutrina, já há nomes portugueses defendendo a perda de chance, como Rute Teixeira Pedro, Nuno Santos Rocha e João Álvaro Dias, além de algumas teses de mestrado e doutoramento com visão positiva sobre a figura.

É justamente pelo fato de a perda de chance ser tão peculiar que ainda não há um consenso global sobre a sua aceitação nas diferentes ordens jurídicas, mesmo que para o leigo pareça uma questão de justiça material. Tal peculiaridade, pois, impõe ao estudioso do tema que procure referências em ordenamentos jurídicos alienígenas.

Assim, no próximo capítulo desta dissertação iniciaremos a investigação fora do mundo lusófono.

²¹ GOMES, Julio Vieira, <<Sobre o dano da perda de chance>>, *Revista Direito e Justiça*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 25.

²² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 14.06.2005, processo n.º 06B016, Relator Moitinho de Almeida Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e5203172733036de8025712a004a5e37?OpenDocument>

1.3 Do direito comparado

Antes de iniciar este subcapítulo, explicamos ao leitor que o presente texto visa explanar um cenário geral da perda de chance clássica fora do Brasil e de Portugal. Contudo, a parte de direito comparado relativamente à perda de chance no setor médico, tema desta dissertação, será enfrentada na segunda parte deste trabalho, pelo que, as próximas explanações têm o intuito meramente informativo acerca do panorama geral estrangeiro.

A perda de chance, como referido anteriormente, surgiu na França, país que, conforme o conhecimento comum, faz parte da União Europeia.

Por consequência, não é raro encontrar bibliografia e decisões judiciais de Tribunais Europeus mencionando a perda de chance.

A nível europeu, conforme conta Fernando Augusto Samões²³, os tribunais não estão alheios à perda de chance. Segundo o autor *infra*, o maior exemplo é o acórdão de 21 de março de 1996, conhecido como caso Frederick Farrugia, em que foi analisada uma situação em que o autor pedia uma indenização pela perda da possibilidade de obter uma bolsa de investigação para prosseguir com os seus estudos no Reino Unido, uma vez que a Comissão Europeia teria errado ao considerar que ele não cumpria as condições estabelecidas para a sua atribuição, de maneira que sua candidatura foi rejeitada.

O Tribunal, embora tenha negado a indenização ao autor, não rejeitou a teoria da perda de chance, senão discutiu os seus pressupostos, o que levou a sua aceitação e aplicação ao caso concreto²⁴.

1.3.1 Itália

Na Itália, a perda de chance surgiu inicialmente em situações que envolviam o Direito do Trabalho, devido à influência francesa, mas hoje o âmbito de aplicação da figura expandiu-se, inclusive para agregar a responsabilidade médica.

É válido dizer que há vários trabalhos académicos sobre o tema, como também decisões judiciais, como o Acórdão n.º 28993 da Corte di Cassazione, pelo que, se pode

²³ SAMÕES, Fernando Augusto. *Indemnização por perda de chance*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Portucalense, 2015, p. 21.

²⁴ SAMÕES, Fernando Augusto, *op. cit.*

dizer que a figura foi aceita em solo italiano.

É claro, contudo, que alguma doutrina ainda discute o que também se interroga entre nós, inclusive quanto à natureza da perda de chance. Segundo ensina Maria Malta Fernandes²⁵, M. Bocchiola, De cupis e Nicola Monticelli advogam pela perda de chance como um dano autônomo, enquanto que Carlo Castronovo advoga pela ideia de lucro cessante de interesse negativo.

Ainda sobre a Itália, parece interessante mencionar que a perda de chance já é tão pacífica que a discussão se desenvolveu a ponto de se questionar se a indenização pela figura seria tributável.

Quanto à resposta, disse a Corte de Cassação²⁶ que a compensação recebida pelo trabalhador após um acordo pela perda de oportunidade é isenta de impostos, visto que é um dano emergente e não uma perda de lucro.

1.3.2 Espanha

Relativamente ao Direito Espanhol, Luis Medina Alcoz²⁷ ensina que a perda de chance apareceu no país no final dos anos 80 por intermédio dos Tribunais (que se inspiraram nos ordenamentos jurídicos italiano e francês); pelo Conselho de Estado (que se inspirou na jurisprudência estraburguesa) e pelo legislador na Lei n.º 31/2007 (cuja inspiração foi a Diretiva 92/13), no âmbito da Administração Pública.

Parece que significativa parte da doutrina espanhola insere o dano de perda de chance como uma nova categoria de dano, alegando, ainda, ser um dano distinto de um dano emergente²⁸.

Sobre a Lei Espanhola n.º 31/2007 (Lei no âmbito da contratação pública), no texto original, o art. 112 tratava de uma indenização pela perda de chance que o licitante teve de ganhar a licitação, mas que por erro do Estado/aplicação incorreta da referida lei, não foi possível vencer o certame.

²⁵ FERNANDES, Maria Malta, op. cit, p. 141.

²⁶ Disponível em <https://www.italiaoggi.it/news/perdita-di-chance-il-fisco-va-ko-2562141>

²⁷ ALCOZ, Luis Medina. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista de Responsabilidad Civil y seguro*. Disponível em <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d58819>, acesso em 17.01.2023.

²⁸ FERNANDES, Maria, op. cit, p. 146.

O que é certo é que na Espanha, embora o Código Civil não contemple a perda de chance como entidade autônoma, há várias decisões judiciais neste sentido.

A propósito, recentemente, no recurso n.º 3073/2017²⁹, do Tribunal Supremo da Espanha, de 22 de janeiro de 2020, que tratava da perda de oportunidade pela atuação do advogado que deixou de recorrer da decisão, os juízes afirmaram que este tipo de situação exige que os tribunais celebrem o chamado “julgamento dentro do julgamento” apreciando o grau de probabilidade ou expectativa de sucesso que poderia ter sido obtido racionalmente no caso de ter sido interposto o recurso.

Não custa dizer que em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça já consolidou a tese de aplicabilidade da perda de chance no âmbito dos advogados, inclusive com a mesma fundamentação do Tribunal Espanhol³⁰.

1.3.3 França

Na pioneira França, o assunto atualmente é alvo de muitas discussões. Quanto à questão, explicamos que há estudiosos que adotam a perda de chance como dano autônomo; outros que expressam a obrigação de dividir os casos de perda de chance em casos clássico x outros (de responsabilidade médica); além de existirem professores que afirmam ser caso de causalidade alternativa (parcial).

Os maiores nomes franceses que estudaram o tema são: François Chabas, Jacques Boré, René Savatier, Geneviève Viney, George Durry e Mariane Saluden.

É de se mencionar que, em termos de legislação, o legislador francês³¹ ousou a propor uma reforma na responsabilidade civil para englobar a perda de chance no possível artigo 1238.º. A redação seria algo como: “Só constitui perda reparável de oportunidade o desaparecimento real e certo de uma eventualidade favorável. O prejuízo da perda da chance é distinto da vantagem que essa chance teria proporcionado se tivesse se concretizada”.

Sem embargo, podemos afirmar, com grande segurança, que a jurisprudência francesa é mais receptiva à perda de chance do que a doutrina. O motivo não é estranho,

²⁹ Disponível em <https://vlex.es/vid/839896750>

³⁰ Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) 2/2022, de 26.01.2022, processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A, Relator Barateiro Martins.

³¹ La perte de chance ne s'apprecie pas au regard de la faute, disponível em https://cnemj.fr/wp-content/uploads/2021/05/BESSIERES_ROQUES_DJADOUN_RFDC_2019_1.pdf, acesso em 07.06.2023.

pois como já referimos, a perda de chance surgiu da experiência jurisprudencial e não dos bancos acadêmicos.

1.3.4 América do Sul

Em se tratando de América do Sul, podemos assegurar a receptividade à perda de chance no ordenamento jurídico argentino e colombiano, sem prejuízo de outros países que não foram objeto de pesquisa, como Paraguai, Bolívia, Guiana, entre outros.

Especialmente quanto à Argentina, não se pode ignorar a influência francesa e italiana, inclusive pela imigração e questão histórica do país. Seja como for, o ordenamento jurídico argentino expressamente insere a perda de chance como um tipo de dano que é diferente de lucro cessante ou dano emergente.

De acordo com o artigo 1738.º do Código Civil y Comercial, “*La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida*”.

Em português, seria algo como: “*A indenização inclui a perda ou diminuição do patrimônio da vítima, a perda de lucro no benefício econômico esperado segundo a probabilidade objetiva de obtê-lo e a perda de oportunidades. Inclui especialmente as consequências da violação dos direitos personalíssimos da vítima, da sua integridade pessoal, da sua saúde psicofísica, dos seus legítimos afetos espirituais e os decorrentes da interferência no seu projeto de vida.*”

1.3.5 Common Law

No âmbito da *Common Law*, a perda de chance também já foi invocada por advogados e magistrados em casos reais.

A primeira decisão que aplicou a figura no Reino Unido foi em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, que tratou de concurso de beleza. No caso analisado pela Corte, uma

candidata foi indevidamente excluída de um concurso de beleza, pelo que, perdeu a chance de vencê-lo.

Para compreender melhor a situação paradigma em solo inglês, explicamos que houve um concurso para contratar atrizes. As mais votadas pelo público seriam escolhidas e contratadas por 3 anos, com salários entre 12 a 20 libras esterlinas. Acontece que o agente não avisou a candidata que ajuizou a ação sobre a data de sua entrevista pessoal e, sendo assim, ela não compareceu ao teste, pelo que foi desclassificada.

O Tribunal concedeu indenização de 100 libras, argumentando que a candidata teria uma possibilidade em quatro de ser escolhida, de modo que esta chance constituiria um valor econômico que foi subtraído da vítima³².

Nos Estados Unidos, a figura apareceu em 1966 no caso *Hicks v. United States* respeitante à perda de chance na responsabilidade médica.

Cabe-nos dizer que, nos Estados Unidos, há uma grande dificuldade em se afirmar que o país como um todo adota a perda de chance, especialmente na responsabilidade médica.

Isto se deve ao fato de que cada Estado tem autonomia e um entendimento jurisprudencial específico para cada assunto, motivo que leva o investigador a encontrar decisões judiciais completamente diferentes em cada caso, daí que, ao se indagar, na responsabilidade médica, se a perda de chance é aceite, a única resposta possível seria “depende do Estado”.

Independente disso, a nível teórico, há que se citar nomes como Joseph King Jr., Polly Lord, John Makdisi e John Goldberg.

O Professor Joseph King Jr³³ goza de grande prestígio quando se fala em perda de chance nos Estados Unidos. Desde 1981 investiga o tema, tendo formulado critérios para a perda de chance.

Para ele, a perda de chance é devida quando³⁴: (i) o lesante descumpre um dever e deixa de proteger a vítima ou de preservar a chance de um resultado vantajoso; (ii) alternativamente, tinha o lesante um compromisso especial com a vítima, no sentido de

³² Fernandes, Maria Malta. op. cit, p. 147.

³³ KING, Joseph. <<Reduction of likelihood: Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine>>, University of Memphis Law Review, vol. 28, 1997-1998, p. 491-560.

³⁴ FERREIRA, Rafael Pereira. *A Responsabilidade Civil pela Perda de Chance e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

proteger as chances; (iii) a conduta ilícita do lesante reduziu a probabilidade de que a vítima, de outra forma, teria conseguido um resultado favorável; (iv) a conduta ilícita do lesante foi a razão pela qual não era viável determinar precisamente se o resultado mais favorável teria ou não se materializado, não fosse a conduta ilícita.

1.3.6 Países que rechaçam a perda de chance

Alheios à perda de chance encontram-se a Alemanha, Suíça, Áustria, Grécia e os países nórdicos. Ao que parece, os Tribunais enxergam a perda de chance como desvio aos clássicos requisitos da responsabilidade civil, sendo que, ao que tudo indica, pensam em utilizar o Processo Civil para impedir injustiças a nível probatório (com técnicas probatórias para facilitar a responsabilização).

Como citamos países que não adotam a perda de chance, convém sermos justos e expor alguma soluções que os ordenamentos jurídicos destes países encontraram para substituir o que, para nós, seria a perda de chance.

No que concerne ao processo civil, utiliza-se a inversão do ônus da prova. Também utilizam presunções judiciais, a ideia de dano desproporcionado, *prova prima facie* e a teoria da criação ou aumento de risco.

Defendemos que a perda de chance não pode ser equiparada à teoria da criação de riscos. Isto porque, ao passo que na primeira há o desaparecimento de chances de verificação de um resultado, na segunda ocorre o surgimento de um número maior de chances de produção de um resultado negativo.

Finalizados os traços de direito comparado, questão relevante é definir a natureza jurídica da perda de chance, o que se passa a cumprir.

1.4 Da natureza jurídica da perda de chance

A determinação da natureza jurídica de uma figura no âmbito do Direito costuma ser crucial para entendê-la.

Como na perda de chance ainda não existe uma doutrina já solidificada, como em outros conceitos dentro do campo da responsabilidade civil, há diversas visões sobre a natureza da figura.

Há pessoas que enquadram a perda de chance dentro do conceito de dano

emergente, outras como lucro cessante, dano moral e até um novo tipo de dano, autônomo.

1.4.1 Lucros cessantes

Em termos práticos, os lucros cessantes constituem aquilo que, após o ato ilícito, deixou a vítima de auferir.

Julgamos ser desnecessário conceituar profundamente cada modalidade de dano, eis que os vários tipos de danos são bem conhecidos pelo jurista. Assim, anunciamos, de antemão, que nos parece ser evidente que a perda de chance não pode ser parte dos lucros cessantes.

O motivo é simples, visto que o lucro cessante exige prova de certeza, ainda que relativa, enquanto que na perda de chance não há qualquer certeza final. Além disso, na perda de chance não se indeniza o resultado final e sim a perda da possibilidade de atingir ou evitar o resultado final.

Em outras palavras, no exemplo clássico apresentado pela doutrina brasileira ao explicar o conceito de lucros cessantes, isto é, o caso do taxista que sofre um acidente de trânsito por culpa de *outrem* e deixa de poder utilizar o táxi para trabalhar, o lucro cessante deriva da perda do lucro das corridas em si, ou seja, o que ele deixou ganhar porque o táxi estragou e não a perda de chance de obter dinheiro com as corridas (o verdadeiro foco desta tese de mestrado).

Sob outra perspectiva³⁵, também não haveria que se falar em lucro cessante ao analisar o curso natural dos fatos. Ora, o taxista do exemplo acima detinha uma expectativa legítima de lucro que o curso natural dos fatos lhe traria se não fosse o acidente de trânsito. Assim, a indenização por lucros cessantes recoloca o taxista na posição que ele estaria se o evento danoso não acontecesse. Porém, a perda de chance jamais poderia colocá-lo na mesma posição, eis que ela não busca indenizar o dano final e sim, a chance perdida.

1.4.2 Danos emergentes

³⁵ FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda de chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica. *Revista IBERC*, v. 5, n. 1, jan/abril 2022, p. 33.

Dizemos que os danos são emergente quando o dano consiste no desaparecimento de um bem que, no momento do desaparecimento, já integrava a esfera jurídica do lesado.

No que toca à pergunta sobre a perda de chance como um dano emergente, não existe uma resposta unitária à questão. Isto porque, há os defensores³⁶ da aproximação do conceito de perda de chance com dano emergente, enquanto outros³⁷ afirmam categoricamente que a perda de chance está no espaço intermediário entre lucro cessante e dano emergente.

Também há quem negue³⁸ a aproximação dos institutos, pois não haveria patrimônio reduzido e sim expectativa. Sem embargo, há quem³⁹ fundamente (e aqueles que assim fazem afastam a utilização do conceito de dano autónomo) que não é necessário qualificar o dano da perda de chance, no entanto, precisaria ficar claro que nela sempre existe e existirá uma incerteza sobre o nexo de causalidade entre o evento e da produção do dano.

Cabe-nos apresentar, neste momento, a título de curiosidade e exemplificando o exposto acima, que o ordenamento jurídico italiano entende a perda de chance no âmbito dos danos emergentes. Na verdade, adiantamos que segundo os Tribunais Italianos, a chance precisa ser de êxito superior a 50%.

1.4.3 Dano moral

No seguimento da apresentação sobre a natureza da perda de chance, cabe dizer que há pessoas que entendem a figura como espécie de dano moral/dano não patrimonial.

³⁶ ROCHA, Nuno Santos, op. cit, p. 72 e 73.

³⁷ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 06.06.2018, Processo/Recurso Especial n.º 1.540.153 - RS (2015/0082053-9), Relator Luis Felipe Salomão. De acordo com o referido ministro do STJ brasileiro, “Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbra o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1700478&tipo=0&nreg=201500820539&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180606&formato=PDF&salvar=false>.

³⁸ SILVA, Renata do Nascimento. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: estudo comparativo jurisprudencial entre o direito brasileiro e o português*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, p. 205, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf.

³⁹ PINTO, Paulo Mota, op. cit, p. 352.

Aqui um adendo rigoroso se faz necessário: inserimos dano moral e dano não patrimonial como sinônimos, em que pese saibamos que a expressão dano não patrimonial é mais rigorosa.

Dizemos que o dano não é patrimonial porque ele não é suscetível de avaliação pecuniária, em dinheiro. Tem profunda relação com os direitos da personalidade, especialmente quanto à honra, reputação, bom nome, liberdade e integridade física e psicológica.

Quanto à perda de chance, é bom aclarar que, se de um lado há quem entenda que a figura é sinônimo de dano moral⁴⁰, também há aqueles que defendem a separação dos institutos (ou seja, perda de chance distinta de dano moral), de forma que, na prática, poderia o autor ganhar uma indenização pela perda de chance e por danos morais.

Esta ideia está em consonância com a posição do STJ no acórdão datado de 10/03/2011⁴¹ em que ficou assentado que a perda de chance poderia gerar danos não patrimoniais indenizáveis. Todavia, uma coisa é certa: nem todo dano derivado da perda de chance parece gerar violação aos direitos da personalidade, daí que, a nosso ver, não se pode afirmar que significam a mesma coisa.

No Brasil, os juristas juntaram-se na Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁴² para definir que a responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. Para ser indenizável, a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Como será visto abaixo, entendemos que o dano da perda de chance não é um dano moral, ainda que possa resultar um dano não patrimonial à vítima. Parece-nos bem, em termos de indenização, permitir uma indenização pelo dano da perda de

⁴⁰ Ao se estudar a jurisprudência brasileira e portuguesa, em reiteradas vezes os julgadores afirmam que o ato ilícito (que gerou a perda de chance) conduziu a um dano moral passível de indenização.

⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 10.03.2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, Relator Távora Victor. Transcrevemos parte do sumário: “a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respectiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram para o expectante. VII - A “perda de chance” enquanto perca de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente “danos não patrimoniais” indemnizáveis, nos termos do disposto no art. 496.º do CC”, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>

⁴² Este é o Enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Art. 927.

chance e outra pelo dano moral, caso tenha ocorrido uma violação a um direito de personalidade. Contudo, em se tratando de um dano da perda de chance que gerou exclusivamente um dano moral, pensamos, por ora, que uma única indenização é devida, em que pese reconhecemos que esta opção acarretaria em uma crítica quanto à autonomia do dano da perda de chance.

1.4.4 Dano autônomo

Por fim, apresentamos agora a versão mais moderna da natureza da figura, que é subscrita por nós e pelos mais recentes estudiosos: modalidade de dano autônomo.

Aqueles⁴³ que defendem a perda de chance como um dano autônomo explicam que inicialmente deve-se ver a chance como um bem jurídico tutelável, seja no plano contratual ou delitual.

Dito de outro modo: a chance mereceria tutela independente do dano final, ou seja, seria uma entidade autônoma economicamente valorável. Portanto, a chance, sozinha, seria relevante e indenizável.

Conforme explana Nuno Santos Rocha, a chance teria um valor por si, sendo reconhecida como bem jurídico autônomo pertencente ao patrimônio da pessoa lesada.

Assim, ao alguém frustrar a chance de *outrem*, atinge o elemento integrante do patrimônio da vítima já existente na época da lesão.

Para o estudioso, não haveria dúvidas da existência do dano, mesmo com cálculo de probabilidades, de maneira que conclui afirmando que quando um fato danoso produz uma séria diminuição das chances de se obter um resultado favorável, ou de se evitar um prejuízo, estaria ferindo o patrimônio, o que autoriza a fixação de uma indenização, visto que a chance faz parte do patrimônio jurídico do lesado.

Assim, segundo o autor, deveria haver uma extensão da tutela conferida ao bem jurídico. As chances, por serem íntimas do resultado final, seriam uma forma de manifestação do bem jurídico ou dele mesmo em fase embrionária.

Nos casos em que o resultado final é frustrado, sem que a vítima consiga comprovar o nexo causal entre o ato e o dano, as chances apareceriam como salvação

⁴³ ROCHA, Nuno Santos, op. cit, p.94.

à vítima, sendo chamadas para intervir como como defesa de segunda linha⁴⁴, de maneira que a perda de chance como dano autônomo seria um prejuízo derivado do desaparecimento de uma chance preexistente que, por sua vez, integra o patrimônio da vítima/esfera jurídica.

A exemplo prático, temos que a justiça brasileira compartilha do entendimento de que a perda de chance é um dano autônomo, de forma que, aparentemente, os próprios magistrados brasileiros superaram a questão da natureza jurídica e passam, agora, a investigar se é possível a adoção da figura nos casos julgados por eles.

As críticas relativas à tese de dano autônomo caminham no sentido de que a chance não é um bem jurídico autônomo, nem integra o patrimônio do lesado. Tanto seria assim que a indenização dependeria do dano final, de forma que não haveria independência entre a chance perdida e o dano final.

Para rebater os comentários críticos dos estudiosos, aqueles que defendem a perda de chance como dano autônomo destacam que a responsabilidade civil clássica não estaria sendo deturpada. Isto porque, segundo estas pessoas, os pressupostos da responsabilidade civil devem estar presentes ao aplicar o instituto, notadamente entre o fato ilícito e culposo e o dano da perda de chance. É dizer: precisa haver nexos causal entre o a conduta e o dano da perda de chance, visto que para elas, a perda de chance não constitui um problema do domínio da causalidade, mas do domínio do dano.

Portanto, tem-se para que para os defensores da perda de chance como dano autônomo, há uma extensão do conceito de dano reparável, abarcando a perda de chance, de modo que é necessário existir um ato ilícito e culposo, nexos causal e os danos pela perda da oportunidade. Ou seja, o nexos de causalidade continua existindo, “*não entre o facto danoso e o resultado último que a vítima esperava alcançar, mas entre o primeiro ea perda da possibilidade de se obter o segundo. Esta causalidade terá então que ser provada por parte da vítima, com base na tradicional teoria da causalidade adequada presente no artigo 563º do CC*”⁴⁵.

Apresentada, ainda que brevemente, as possíveis naturezas jurídicas do dano da perda de chance, passamos a ver como será feito o cálculo referente ao *quantum indenizatório*.

⁴⁴ ROCHA, Nuno Santos, op. cit, p. 94 e 95.

⁴⁵ ROCHA, Nuno Santos, op. cit, p. 97.

1.5 Métodos para o cálculo da perda de chance

Em primeiro lugar, temos que, se o dano da perda de chance é uma possibilidade, a indenização, por lógica, não pode ser igual àquela do dano efetivo, devendo ser, sempre, menor que o valor do dano final.

No entanto, convém-nos pontuar que o pensamento não é o mesmo entre os anglo-saxônicos. É que, para eles, se há uma probabilidade perdida de 51%, incide a indenização, cujo valor é igual ao dano final, o que, em sua visão civilista, na verdade parece indenizar o dano final e não o dano da perda de chance, causando confusão e mistura entre os institutos. A título de curiosidade, a isto chama-se a regra do tudo ou nada, “*more probable than not*”⁴⁶.

Segundo Vera Lúcia Raposo⁴⁷ e a maior parte dos estudiosos atuais do tema⁴⁸, se o que é indenizada é a perda da possibilidade, por consequência o valor da indenização da perda de chance deverá ser maior ou menor conforme a densidade da possibilidade.

Significa, portanto, que o valor da indenização depende da probabilidade da chance.

Até o momento, os adeptos da perda de chance apresentaram duas vias para o cálculo da indenização: a regra da proporcionalidade e da diferença.

Na regra proporcional, deve o juiz realizar o cálculo de uma percentagem em cima do valor do dano final. Exemplo: oportunidade de 40% e dano final de 40.000 euros, logo, o valor da perda de chance seria de 16 mil euros.

É dizer: primeiro deve-se definir o valor que seria atribuído ao dano final. Depois, deve-se calcular a probabilidade que existiria de evitar o dano final se não tivesse ocorrido a conduta ilícita. Por fim, deve-se realizar o cálculo conforme os valores do primeiro e segundo passo.

Pela regra da diferença, o julgador reuniria dois percentuais. O primeiro refere-se ao seguinte raciocínio: se não fosse a conduta, qual era a chance de a coisa acontecer

⁴⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. <<Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica>> *Revista do Ministério Público*, no. 138, abril-junho de 2014, p. 32.

⁴⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, op. cit, p. 39

⁴⁸ Em Portugal e no Brasil parece haver um consenso quando se diz que o quantum indenizatório depende da chance/grau da probabilidade. É, por exemplo, o que defende a Dra. Rute Teixeira Pedro.

ou não acontecer? Depois, com a conduta, para quanto foi esta chance? Isto é, qual é o percentual da chance existente após a intervenção do agente?

Ora, se a chance da coisa acontecer na naturalidade, ou seja, sem a influência negativa de outrem era de 80%, mas com a intervenção do agente passou para 50%, haveria, assim, uma diminuição de chance de 30%, ou seja, a chance perdida seria de 30% (a diferença entre os percentuais).

Analisando os dois métodos, afirma Fernando Augusto Samões que os resultados são diferentes, sendo que com a regra da diferença, os valores indenizatórios são menores aos obtidos com a regra proporcional. Diante disso e de uma dificuldade maior, a regra da diferença não tem tido aceitação pelos Tribunais, mesmo sendo mais rigorosa e certa⁴⁹.

Sem embargo do acima exposto, para Vera Lúcia Raposo o valor da chance perdida deve ser *“uma percentagem do dano final, calculada com base na diferença entre as probabilidades existentes antes e depois da intervenção ilícita e culposa do agente”*⁵⁰. Além disso, defende a professora que não é qualquer perda de chance que confere uma indenização, de modo que somente deve existir se a chance era relevante e não mínima.

Para agregar o conhecimento, a magistrada Grácia Cristina Moreira do Rosário explica que a jurisprudência italiana reparte o valor do resultado útil esperado e sobre este faz incidir o percentual de chances que o lesado possuía antes do ilícito ocorrido⁵¹.

Se compararmos as duas possibilidades, vemos que a regra da diferença é mais técnica e mais certa. Contudo, impõe conhecimento científico que somente uma boa perícia é capaz de proporcionar, daí que, além dos Tribunais, os próprios peritos terão que mudar a forma de conduzir o laudo pericial.

A título exemplificativo, imaginemos que Maria tem uma doença renal grave e procura o hospital por arder em febre. Os médicos não pedem exames específicos e Maria vai embora com a prescrição de um antibiótico insuficiente para sua doença. Dois dias depois, ela é internada e descobre que será necessário retirar o seu rim direito.

Neste caso, pensamos que terão os peritos que responder perguntas como: a) qual era a chance de Maria perder o rim direito no dia que procurou o hospital pela primeira

⁴⁹ SAMÕES, Fernando Augusto, op. cit, p. 64.

⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, op. cit, p. 37.

⁵¹ ROSÁRIO, Grácia. op. cit. p. 167.

vez?; b) qual chance Maria tinha de perder o rim direito se os médicos tivesse procedido ao tratamento adequado e suficiente a sua doença?; c) depois da atuação médica, como ficou a situação de Maria?

O problema da regra proporcional, em nosso entender, é que é pouco rigorosa. Contudo, se comparada com a regra da diferença, resulta em um valor de indenização maior para a vítima.

Para solidimentar, de vez, as diferenças e demonstrar a discrepância em termos de indenização nos dois métodos, vamos aplicá-las a um caso simples:

- Ana tinha 70% de chance sobreviver a um câncer de pulmão. A morte, segundo os Tribunais, vale 50.000€. Ao médico retardar o diagnóstico, a chance passa de 70% para 20%.

- Segundo a regra proporcional, bastaria calcular 70% de 50.000, o que daria 35.000€.

- Conforme regra da diferença, o julgador deve calcular 70-20, aplicando no resultado os 50.000. Portanto, seria 50% de 50.000, o que totaliza 25.000€.

Somos adeptos da ideia de que não se pode esquecer que o cálculo da indenização deve ser situado no momento temporal do ato médico, ou dito de outro modo: é necessário ter em conta os dados e as informações da época dos fatos e não aquilo que se sabe no presente.

Depois de situar o espaço-tempo dos fatos, entendemos que deva ser realizado um cálculo de diferença.

Na eventualidade de não se conseguir completar a regra da diferença, passa-se para a regra da proporcionalidade e, em última medida, ao critério de equidade.

Mencionadas as regras atualmente existentes quanto ao cálculo da indenização pela perda de chance, no próximo tópico desta dissertação analisaremos um fragmento dogmático que a doutrina nacional e estrangeira têm se debatido por vários anos: a identificação de onde se encontra a perda de chance no esquema clássico da responsabilidade civil.

1.6 A perda de chance como parte da causalidade ou do dano?

Consoante o que foi até agora exposto no primeiro capítulo geral da perda de chance, confessamos não se desconsidera que a figura aqui estudada traz dúvidas e muitas vezes é aplicada inadequadamente.

Tanto é assim que para a mesma teoria apareceram duas subdivisões, o que originou, para certa doutrina de defensores da perda de chance, a teoria falsa e verdadeira da perda chance, questão que agora se propõe o devido aprofundamento.

Para facilitar a leitura do leitor, adiantamos que de um lado se entende a perda de chance como uma espécie de dano, enquanto que, de outro lado, insere-se a perda de chance no domínio da causalidade, gerando para alguma doutrina a ideia de verdadeira e falsa teoria da perda de uma chance, respectivamente.

Dito de outro modo, para alguns doutrinadores, a verdadeira teoria da perda de uma chance está no âmbito do dano, em contraponto com a falsa que está no âmbito da causalidade.

Então perguntamos: a perda de chance é um problema de causalidade ou encontra-se no âmbito do dano?

Dentro do contexto de teoria falsa e verdadeira, aduzem os estudiosos que a versão falsa da figura seria uma forma de relativizar o nexos de causalidade, sendo o paraíso do juiz que não tem certeza do nexos causal, eis que *“perante o binômio concessão integral de indenização ou exclusão da mesma, o juiz opta por algo intermédio, procurando aplacar as suas dúvidas face a qualquer uma daquelas respostas radicais. E, para camuflar as hesitações, encontrajustificação, para um tal procedimento, na noção da perda de chance⁵²”*.

Portanto, para esta corrente, a perda de chance aparece no contexto de causalidade parcial⁵³. Parcial porque não se fala na causalidade como um todo, mas em uma responsabilidade proporcional, como por exemplo nas questões médicas em que a teoria auxilia o juiz a evitar injustiças, concedendo algum tipo de indenização à vítima no lugar de nada. Trata-se, assim, de indenizar uma parcela do dano final.

Convém explicar que a configuração da perda de chance como desvio na causalidade teve como influência direta a aplicação da figura nos casos de responsabilidade médica em que não se sabia se o réu havia causado o dano final, ou

⁵² PEDRO, Rute Teixeira Pedro. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 207.

⁵³ Há dois estudiosos muito conhecidos que tratam esta questão: John Makdisi e Jacques Boré.

seja, quando o juiz não sabia se o ato do médico foi a condição *sine qua non* do dano, pois o resultado final era deveras aleatório.

Esta configuração (também chamada de versão falsa da teoria por François Chabas, conforme visto supra), é posterior à ideia de perda de chance como dano autônomo, mas devido ao uso excessivo por magistrados que tinham dúvidas nos processos judiciais, há muitas pessoas que ignoram a perda de chance como dano autônomo, afirmando que na verdade se trata de relativização donexo causal.

Com efeito, aqueles que tratam a perda de chance no âmbito da causalidade e não do dano, afirmam que o juiz sabe, perante uma situação concreta, que há uma probabilidade de x% de a conduta do réu ter causado o dano sofrido pelo autor, sendo a indenização, portanto, dependente desta probabilidade. Isto é, o juiz não tem certeza se aquilo efetivamente causou o dano final, mas sabe que contribuiu, merecendo, assim, tutela do direito.

Consequentemente, os críticos afirmam que esta teoria (falsa) desvirtuaria a lógica da responsabilidade civil, pois o réu seria condenado por algo que provavelmente cometeu e conforme a probabilidade, ao passo que, no âmbito da responsabilidade civil clássica da *civil law*, os juízes costumam conceder indenizações apenas com alto grau de probabilidade (80% para mais).

Assim, aqueles que afirmam que a perda de chance é uma maneira de desviar os padrões da responsabilidade civil na causalidade naturalmente gozam de prestígio perante terceiros que tomam o primeiro contato com a teoria, pois é muito simples perceber que se a figura vem sendo utilizada como forma de diminuir o grau de certeza do juiz ou relativizar o nexo causal, esta encontra-se evidentemente contra as disposições da responsabilidade civil tal como se conhece.

A mestre Bruna de Sousa explicou brilhantemente a questão ao escrever que os teóricos têm mostrado que a aplicação leviana da perda de chance leva ao desvirtuamento das regras do estabelecimento do nexo causal, pois estariam substituindo o critério da certeza pelo critério da probabilidade, permitindo uma indenização parcial do dano verdadeiro ao disfarçar a incerteza causal que existe. O uso incorreto da figura seria um mecanismo de responsabilidade proporcional, arbitrando o juiz uma indemnização ao lesado em que se desconta uma parte proporcional ao grau de incerteza sobre a probabilidade de que o agente do dano não

fosse realmente a causa do padecimento. O juiz estaria, então, decidindo com base na proporção das dúvidas, sem ter formado uma convicção segura sobre a verificação do nexo causal, e, assim, desrespeitando os pressuposto da responsabilidade civil⁵⁴.”

Mas não é isto que foi proposto inicialmente para a perda de chance. Como já afirmado, nunca se pensou a perda de chance para falta de certeza sobre a contribuição do agente para o dano final, pelo contrário, buscou-se a perda de chance fora da ideia de causalidade, e sim dentro do dano.

Sob a perspectiva do dano, dir-se-ia que o comportamento do terceiro causou a perda definitiva das chances que a vítima tinha de obter o resultado final ou evitá-lo.

Com efeito, nesta visão, as chances são entidades distintas do dano final e, ao haver a sua extinção, ocorreria a indenização.

Dito de outro modo: por existir uma chance (séria, atual e relevante) que foi perdida pelo réu, nasce o direito à indenização pelo autor, o que reforça a importância da chance/oportunidade, já que por o réu tê-la eliminado, responde civilmente, tal como explicado anteriormente quando se apontou a natureza jurídica da perda de chance, afinal, a chance torna-se um bem jurídico que pertence à vítima, merecendo tutela judicial.

Então, nesta lógica, os requisitos da responsabilidade civil são respeitados, na medida que o nexo causal situa-se entre a conduta do réu e o dano da chance perdida, isto é, bastando à vítima demonstrar que a conduta antijurídica do médico foi a causa da necessária da perda da possibilidade de evitar ou alcançar o resultado final⁵⁵.

E é justamente isto o que foi imaginado por François Chabas no âmbito da perda de chance na responsabilidade médica: o médico tem a obrigação de resultado de aproveitar as chances que o paciente tem. Assim, ao não aproveitar as chances de êxito terapêutico existentes, eliminando-as, o médico é responsabilizado, salvo se comprovar que foi diligente e não extinguiu as chances do doente.

Portanto, neste modelo, a matriz probatória clássica do processo civil se mantém ao impor ao doente a constituição do seu direito, nomeadamente ao comprovar que ato médico foi a condição indispensável para a perda da chance que ele tinha de obter o resultado benéfico ou de evitar um dano.

⁵⁴ SOUZA, Bruna. op. cit, p. 73.

⁵⁵ SOUZA, Bruna. op. cit, p. 78.

Não se trata de indenizar a morte, mas sim a perda de chance de sobreviver. Ao mesmo tempo, não se trata de indenizar a doença ou incapacidade, mas sim a perda de chance de obter a cura.

Anote-se, no entanto, que embora a lógica pareça tentadora e solucionadora dos problemas já referidos, é importante mencionar que há pessoas que aderem ao entendimento de perda de chance como dano autónomo, mas que entendem que precisa haver uma abordagem diferente quando se trata de perda de chance na responsabilidade médica.

É o caso do francês René Savatier. Para ele, no caso da perda de chance de cura ou sobrevivência do doente, não há um encadeamento causal interrompido, mas sim um dano final, tratando-se, neste caso, “*de um dano certo produzido por uma causalidade incerta*”⁵⁶, ou seja, para René Savatier, no caso de perda de chance no setor médico, não existe para o doente uma chance prévia autónoma e valorável, nem diferença entre o dano da perda de chance e dano final, pois nestes casos não há interrupção de um processo aleatório em curso, pelo que advoga o francês contra a perda de chance exclusivamente na medicina.

Para finalizar o tópico geral da perda de chance e aclarar como a figura é enfrentada pelos tribunais portugueses, é importante mencionar que no Acórdão número 2/2022⁵⁷ do STJ, entendeu-se que “*o dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indenizar, tem que ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ônus da prova de tal consistência e seriedade*”.

Neste acórdão – ainda que não se tenha debatido a aplicação do instituto na responsabilidade médica – ficou claro que o tribunal não ignora a figura, tanto é assim que fez algumas observações relevantes que passam a ser elencadas.

Em primeiro lugar, o dano causado pela perda de chance não poderá ser superior ao direito que a vítima tinha originariamente, daí porque se o direito não existir ou não tiver consistência, não poderá haver qualquer dano pela perda de chance. Em segundo lugar, a certeza do dano não é matemática ou absoluta, “*mas apenas uma certeza*

⁵⁶ FERREIRA, Raquel Maria Peixoto. *A noção da Perda de Chance: a possível "cura" para as limitações da Responsabilidade Civil do Médico?* Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2020.

⁵⁷ Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ 2/2022, de 26.01.2022, processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A, disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/2-2022-178210556>

relativa que se deve contentar com uma expectativa razoável". Por fim, disse o Tribunal que ao demonstrar que o lesado se encontrava em uma situação fática-jurídica idônea para obter um resultado favorável, fica claro que se não tivesse sido verificado o evento lesivo, o lesado não teria perdido a esperança de vir a obter um ganho ou evitar uma perda.

Portanto, contrariando as críticas de quem rechaça a perda de chance pela incerteza, entendeu o tribunal que a chance perdida constitui uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, gerando um dano derivado da perda. Mas, mais do que isso, entendeu o Tribunal que *"é verdade que o Direito (a ciência jurídica) não é, na sua interpretação e aplicação, uma ciência exata e que não pode afirmar -se com certeza absoluta qual seria o resultado dum concreto processo judicial que não se chegou a desenrolar ou que se desenrolou de modo "anormal", porém, isso não significa que não se possa estabelecer/demonstrar, a partir de todos os elementos e circunstâncias disponíveis, que um concreto processo judicial (caso tivesse decorrido ou tivesse decorrido normalmente) tinha consistentes chances de vir a obter vencimento e que, por via disso, não se possa concluir que a chance perdida era, fora de qualquer dúvida, uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda se traduz num dano"*.

Assim, a última decisão do STJ traduziu o entendimento de que: i) para ser indenizável, a chance precisa ser consistente e séria; b) a sua concretização depende de um grau de probabilidade suficiente e não hipotética, abstrata e especulativa; c) não devem ser indenizadas as perdas de chance que correspondam a uma pequena probabilidade de sucesso da ação comprometida e d) a consistência concreta da chance processual perdida precisa ser provada dentro de um "julgamento dentro do julgamento".

Daí que, ao se indagar *"qual seria a decisão hipotética do processo em que foi cometido o ato lesivo (a falta do mandatário)"*, ou seja, se *"o processo teria tido uma suficiente (no referido limiar mínimo) probabilidade de sucesso, se estará também a concluir ter sido o evento lesivo conditio sine qua non (requisito mínimo da causalidade jurídica) do dano"*.

Logo, tem-se que, ao menos com os mandatários judiciais, houve a aplicação da perda de chance. Resta, contudo, saber se a figura se aplica à responsabilidade civil médica, questão que se propõe abordar no próximo capítulo.

2. A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

2.1 Principais pontos da responsabilidade médica

Antes de adentrar à problemática, pensamos que algumas considerações iniciais devem ser feitas sobre a atuação médica.

Em primeiro lugar⁵⁸, é necessário ter em mente que ao médico não incumbe tão somente a prática da boa medicina na visão tradicional. Na verdade, a ele incumbe mais. Ele deve assegurar o direito à informação do paciente, o que significa dizer que o paciente tem direito a consentir ou recusar um tratamento. Ele deve, também, efetivar o direito do paciente a um processo clínico com acesso a informações sobre a sua saúde, sendo necessário haver o resguardo do sigilo que importa no direito do paciente ao sigilo médico relativo à situação vivida e à proteção dos dados pessoais.

Com explicações mais minuciosas, Grácia Rosário particulariza que o médico possui um dever de humanismo de informar o paciente e obter sua aceitação ao tratamento indicado. A informação dos riscos do ato médico deve incluir aqueles que acontecem na prática, sendo a maneira de assim proceder honesta, desobstruída e apropriada. O médico deve apresentar detalhadamente as informações incidentais do tratamento ou das continuações do ato médico. Depois de cumprido o dever informação, coleta-se o consentimento do paciente.⁵⁹

Por fim, e mais relevante para este trabalho, o paciente tem direito a um tratamento adequado conforme a *legis artis*.

Acerca da *legis artis*, oportuno apresentar o raciocínio de parte da decisão do Tribunal da Relação de Guimarães⁶⁰ que explicou, didaticamente, que o médico, dentro do âmbito da responsabilidade contratual ou extracontratual, em qualquer tipo de obrigação, precisa cumprir a “*leges artis*” com a diligência normal que um médico mediano, competente, prudente, sensato, cuidadoso, com os mesmos conhecimentos, graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes.

É interessante analisar, conforme a exposição acima, que a noção sobre a

⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias <<O sistema de responsabilidade civil médica>> *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados, n.º111, 2014, p. 44.

⁵⁹ ROSÁRIO, Grácia. op. cit. p. 168.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14.01.2021, processo 304/17.3T8BRG.G2, Relator Cristina Cerdeira.

obrigação do médico sofreu alterações com o passar do tempo. Talvez isto se deva ao fim do escasso conhecimento que outrora existia sobre a medicina, ou melhor, pela democratização do acesso às informações relativas à saúde que hoje não ficam adstritas somente aos profissionais de saúde, igual estavam no passado.

E por qual razão a observação acima é importante? É que, diferente de outrora, em que o médico praticamente era imune a qualquer crítica ou responsabilização, já que sua missão era tentar fazer o doente melhorar, com pouca fiscalização do paciente ou de seus familiares, tal como se vê em filmes e seriados antigos, hoje já se diz que “*o médico não se obriga apenas a não prejudicar, mas principalmente a diligenciar para a obtenção de um fim positivo correspondente com as fundadas expectativas do doente - o sucesso terapêutico -, utilizando para tal os seus conhecimentos técnicos e os meios que estiverem ao seu alcance*”⁶¹.

A consequência disso, inevitavelmente, foi o desenvolvimento do campo da responsabilidade médica, já que atualmente encontra-se um plano de intensa valorização da vida e saúde, com menor tolerância aos erros e sofrimento dos pacientes, especialmente porque a medicina evoluiu e há uma menor distância sociocultural com o profissional médico⁶².

Em solo brasileiro sempre se diz que o médico precisa ter concluído o curso de medicina, ter realizado o estágio de residência, ser inscrito no órgão competente, sem se mostrar excessivo, a nosso ver, a continuação dos estudos mediante especializações lato sensu, do mestrado e do doutorado, eis que o aperfeiçoamento do profissional é indispensável para que o serviço seja prestado satisfatoriamente, a fim de não lesar o doente em sua probabilidade de cura⁶³.

A lógica é a mesma em Portugal, com a realização do curso de medicina e inscrição na Ordem dos Médicos.

Em terras portuguesas⁶⁴, cabe referir que o médico pode ser responsabilizado

⁶¹ FERREIRA, Raquel, op. cit, p. 09.

⁶² FRADA, Manuel Carneiro. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁶³ ROSÁRIO, Grácia, op. cit, p. ?

⁶⁴ O trabalho não visa este fim. Contudo, é certo que a responsabilidade contratual, em Portugal, é mais vantajosa para a vítima, pela presunção de culpa do devedor. Ao contrário, na responsabilidade extracontratual, o ônus da prova é todo do lesado, inclusive em relação à culpa do médico. O mesmo vale para os prazos de prescrição, visto que o prazo maior encontra-se na responsabilidade contratual.

diante da responsabilidade contratual⁶⁵, que é a mais comum, uma vez que há a celebração de um contrato de prestação de serviço médico com o doente, e pela responsabilidade extracontratual⁶⁶, em virtude da violação de um dever absoluto ou no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, sendo certo a necessidade de um fato voluntário e ilícito do médico, sua culpa, dano e nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Dito de outro modo: sem facto, dano, ilicitude, culpa e nexo de causalidade, não há que se falar em responsabilidade do médico em solo português, já que a lei não impõe o regime de responsabilidade objetiva nesse tipo de situação, pois não acolheu no ordenamento jurídico a teoria do risco profissional para as práticas médicas, em regra⁶⁷.

Dentro do requisito ilicitude, que significa a atitude contrária à devida, há uma discussão interessante que consiste em saber se a atividade médica deve guiar-se conforme a ideia de obrigação de meio ou de resultado.

Aqui um adendo precisa ser feito: este assunto não constitui parte desta tese (perda de chance). Contudo, para familiarizar o leitor quanto ao tema, explicamos muito despretensiosamente que cobrar um médico com base na obrigação de meio significa que apenas cabe exigir dele prudência e diligência para atingir o resultado (melhora/cura), mas sem a concretização de qualquer resultado.

Por outro lado, ao se entender que a obrigação do médico é de resultado, quer dizer que poderia ser exigido dele o efeito útil desejado, como a cura.

É sempre bom apontar que a melhor doutrina assume que a obrigação do médico é de meios, ressalvada a questão dos procedimentos estéticos que constitui um estudo a parte.

A nível científico⁶⁸, a obrigação precisa ser de meios porque há uma natureza aleatória na cura do doente, uma vez que existem vários fatores envolvidos na recuperação do doente, como sua resistência e capacidade de regeneração.

Na linguagem popular, obrigação deve ser de meios porque o profissional não é mágico, pelo que, não pode prometer a cura ao doente, limitando-se a prestar os

⁶⁵ Em Portugal, a responsabilidade contratual costuma ser mais benéfica ao paciente, uma vez que existe a presunção de culpa constante do art. 799 do CC, além de o prazo prescricional ser de 20 anos.

⁶⁶ A dificuldade na responsabilidade extracontratual, em Portugal, recai no fato de que é ônus do paciente demonstrar os elementos constituintes da responsabilidade civil, inclusivamente a culpa do médico. Ademais, há a questão do pequeno prazo prescricional de 3 anos.

⁶⁷ Raras situações: art. 11, Lei 67/2007; art 14, Lei 46/2004, art. 9º/2 da Lei 22/2007.

⁶⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Revista Direito e Justiça*. Tomo 3, v. 14, 2000, p. 161-252.

cuidados necessários ao tratamento do doente

Em síntese, a obrigação dos médicos não é de obter a cura do doente, mas de prestar os serviços de saúde ao doente com zelo e cuidado.

Do outro lado do planeta, no Brasil, o médico responde de forma subjetiva, com base na culpa, quando um paciente o procura em seu consultório particular e o demanda diretamente em juízo. Em se tratando de um hospital privado, a lei insere o paciente na qualidade de consumidor, e, na maior parte das vezes, o juiz autoriza a inversão do ônus da prova em favor da vítima, de forma que, habitualmente os pacientes ingressam com ações judiciais contra o hospital e não contra os médicos, pois normalmente há responsabilidade objetiva dos hospitais-empresas pelo risco da atividade, o que faz com que se a demanda for julgada procedente, o autor obtém indenização diretamente do hospital, facilitando a a fase da execução.

Por outro lado, quando se trata de um hospital público, fala-se em responsabilidade objetiva dos hospitais, conforme o artigo 37, §6 da Constituição da República Brasileira, havendo normalmente responsabilização do hospital no lugar do médico, resguardado o direito de regresso.

Posto isso, resta investigar os seguintes pontos: a) possibilidade de aplicação da perda de chance na responsabilidade civil médica; b) elementos da perda de chance na responsabilidade médica; c) hipóteses de ocorrência da perda de chance na responsabilidade médica; d) noções de Direito Comparado e e) casos reais da jurisprudência portuguesa e brasileira.

2.2 Da possibilidade de aplicação da perda de chance na responsabilidade médica

Como vimos no primeiro capítulo desta dissertação, a perda de chance tem a finalidade de indenizar a vítima que tinha uma oportunidade séria de obter certa vantagem ou evitar um prejuízo, mas que diante de um comportamento alheio injusto perdeu esta respectiva chance.

Diferentemente da atuação dos advogados em que há muitas certezas e até entendimentos pacificados na jurisprudência sobre determinados assuntos, na medicina impera a incerteza, o que faz o jurista se perguntar se a perda de chance também pode ser aplicada no âmbito da saúde.

Esta pergunta surge, por exemplo, porque quando um paciente procura um médico para uma consulta ou até mesmo no setor das urgências, junto com ele aparece o traço da aleatoriedade. Neste sentido, são diversas as variáveis que podem afastar o paciente do diagnóstico e da certeza da cura.

O médico, muitas das vezes, não sabe as especificidades/características próprias do paciente, sua predisposição e, tão pouco, como a doença evoluirá naquela pessoa.

Com isto pretendemos dizer que, por razões desconhecidas, muitas vezes alguém será diagnosticado, submetido ao tratamento correto, mas ainda assim não será curado da doença que padece, pelo que, seguramente se pode concluir que não há certezas e garantias na medicina.

2.2.1 Enquadramento e origem

No âmbito da área médica, sinteticamente, a falta do médico reside na eliminação das chances (de cura/sobrevivência) que o doente tinha e que constituíam a sua esfera jurídica⁶⁹, ou como defendido por Nuno Santos Rocha, patrimônio.

Na verdade, a ideia principal é de que cumpre ao médico não desperdiçar as chances de cura ou sobrevivência do paciente, especialmente porque ao doente procurar um profissional de saúde, o resultado aleatório esperado não é morrer, nem piorar, mas melhorar, daí que se o médico perde a possibilidade que o paciente tinha de evitar a ocorrência definitiva do prejuízo, o dano existirá, não por causa do dano final, mas pelo facto de ter perdido a oportunidade de evitar o prejuízo final.

É por isto, então, que se fala que a perda de chance é um instrumento de justiça, pois não se quer indenizar a morte ou a doença, mas tenta-se punir o profissional que desperdiçou as chances que seu paciente tinha.

Este raciocínio apareceu pela primeira vez em França, pela Cour d' appel de Grenoble em 24 de outubro de 1962, quando um rapaz, após ter ferido o pulso, procurou o médico, mas saiu do hospital com a resposta de que não havia fratura em sua mão. Tempos depois, ao segurar um objeto pesado, sentiu muita dor, pelo que, ao procurar outro profissional, descobriu que existia uma fratura prévia aquando do ferimento do

⁶⁹ Isto porque o entendimento que adotamos, como será visto, é de que a perda de chance é um dano autónomo.

pulso.

A tese utilizada pela vítima foi no sentido de que o erro de diagnóstico do primeiro médico que não viu a fratura em seu pulso o privou da chance de curar-se, isto é, defendeu a vítima que se tivesse sido diagnosticada corretamente ao procurar o primeiro médico, não teria ficado com a mão incapacitada.

Muitos podem questionar a respeito da razão pela qual procura-se a aceitação da perda de chance, se já existe a responsabilidade civil clássica.

Um dos motivos da inserção da figura na responsabilidade médica, deve-se ao notório conhecimento de que a prova donexo causal é a maior dificuldade que se coloca ao doente lesado em se tratando de responsabilidade civil médica tradicional, principalmente no modelo tudo ou nada.

Como sabemos, o modo de distribuição do ônus da prova imputa ao paciente o encargo de comprovar suas alegações. Contudo, este encargo é pesado, excessivo e muitas vezes de difícil concretização, visto que além de inexistir paridade de armas processuais – e aqui deve-se lembrar que é o médico quem melhor tem acesso aos elementos probatórios, como fichas médicas, relatórios, estudos acadêmicos e exames - é certo que muitos pacientes não têm a perfeita percepção do que lhes ocorreu, nem têm conhecimento técnico da área, pelo que, muitas vezes nem sabem o que procuram em termos de obter provas.

Isto, inegavelmente, interfere e prejudica o doente lesado. Notamos, a propósito, que constantemente os tribunais se deparam com situações em que apesar de o ato indicado pelo advogado ser suficiente para produzir o dano final, não se consegue, com grau de certeza alto, comprovar que este foi condição necessária para a produção do dano alegado, daí que, ao não cumprir com as disposições dos artigos 562.º e 563.º, o Tribunal denega o pedido indenizatório do paciente, já que se falhou na comprovação do nexode causalidade⁷⁰, o que justifica a crescente investigação e defesa da perda de chance.

Dito de outro modo: se é muito difícil na prática forense comprovar o dano final, é mais fácil comprovar a perda de chance. Isto não é driblar a responsabilidade civil, porque, afinal, não se estará indenizando pela morte em si, mas sim a perda de chance de sobreviver (chance, esta, que o doente tinha, mas que perdeu pela conduta do

⁷⁰ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 417.

médico, bem como que significa em valor pecuniário quantia menor do que o dano pela morte propriamente dita).

2.2.2 Aplicação teórica

Com efeito, aplicando as bases da perda de chance tradicional à perda de chance médica, cabe ao magistrado, inicialmente, verificar se o paciente tinha chances (reais, sérias e relevantes) de sobrevivência ou de cura quando foi submetido ao tratamento médico.

Ao mesmo tempo, relembramos que o julgador não irá julgar conforme o dano final (morte, sequela ou doença), mas observará a situação de forma casuística, checando se o médico eliminou a chance de cura ou de sobrevivência do doente.

Nesta perspectiva, a fim de fixar o raciocínio no presente momento, apresentamos o exemplo clássico do profissional que não diagnostica um câncer em seu paciente, e a doença é descoberta mais tarde por outro médico.

Como frequentemente as chances de cura são maiores quando a doença é descoberta no início, fica claro que a conduta do primeiro profissional resultou na eliminação/diminuição das possibilidades de cura ou sobrevivência do seu antigo paciente.

Se tal situação fosse analisada pela ótica da responsabilidade civil clássica, caberia ao lesado comprovar o erro médico (ilicitude), o nexo causal e o dano sofrido (perda da cura ou morte a ser alegada pelos herdeiros).

Porém, é certo que seguramente a parte contrária sustentaria a inexistência de nexo de causalidade entre a morte e o erro médico, afinal, não foi o profissional que inseriu as células doentes dentro do paciente.

Bruna de Sousa⁷¹ traz outros exemplos para facilitar a compreensão da perda de chance na responsabilidade médica. O primeiro exemplo é do médico que não realiza o exame de diagnóstico e, assim, o paciente não recebe o tratamento adequado. O segundo exemplo é da intervenção cirúrgica que é adiada por muito tempo e, por consequência, a doença evolui a ponto de ser pouco provável a cura. Por sua vez, o terceiro exemplo é do tratamento incorreto de uma doença/lesão que resulta na respectiva irrecuperabilidade.

⁷¹ SOUZA, Bruna. op. cit. p. 94.

Portanto, com os exemplos trazidos acima, pode-se verificar que “*se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada e útil à sua cura, está constituída a perda de chance*”⁷².

Há outros cenários típicos em que a perda de chance pode ser utilizada no âmbito da responsabilidade sanitária, situações que serão enfrentadas concretamente no ponto 2.4 desta dissertação.

2.2.3 Doutrina

Em solo português, como já visto, os estudiosos tradicionais mostram certa relutância na aplicação da perda de chance.

A situação, entretanto, fica ainda mais crítica dentro da responsabilidade médica.

Os motivos expostos no primeiro capítulo contra a perda de chance clássica também se estendem à responsabilidade médica, com a agravante de que na saúde, não há certeza de nada.

Rui Cardona Ferreira se opõe aos moldes atuais da aplicação da perda de chance na responsabilidade médica, mas assume que aceitaria a figura com base na doutrina alemã e o direito à indenização “*no próprio âmbito de proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados*”⁷³, de maneira que somente com um novo fundamento dogmático a perda de chance de cura ou sobrevivência poderia ser aceita e aplicada em Portugal.

O estudioso, baseado em Jansen e Mäscher, aduz que o problema deveria ser deslocado para o plano da ilicitude, o que significa que dentro do ilícito haveria o dano a ser indenizado.

Manuel Carneiro Frada, no teor daquilo que mencionamos no primeiro capítulo, afirma que a outra via - que não a perda de chance nos casos de responsabilidade médica - seria inverter o ónus da prova e exigir de quem violou o dever imposto a demonstração de que o prejuízo não radicou dele ou, ainda, de que o dano teria se produzido mesmo apesar da violação.

⁷² ROSÁRIO, Grácia. op. cit. p. 169.

⁷³ FERREIRA, Rui Cardona, op. cit, p. 153.

Independentemente deste ponto, o que é certo é que a perda de chance, tal como já explicado no capítulo geral inicial, aparece como instrumento de justiça, principalmente porque não se quer indenizar a morte ou a doença, mas tenta-se punir o profissional que desperdiçou as chances que seu paciente tinha.

Cumpramos apresentar que, de forma pioneira, em 1989, o Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro já mostrava conhecimento sobre a perda de chance no âmbito francês, sem qualquer oposição à utilização, desde que respeitados os requisitos legais da matéria.

Ele afirmou que sob o prisma do dano, não haveria razões para refutar a figura, mas que alguns juízes utilizavam a perda de chance como reparação parcial, em casos que a causalidade entre a culpa do médico e o dano sofrido pela vítima não havia sido comprovada inteiramente.

De qualquer modo, concluiu o professor, no século passado, que a teoria parecia *“constituir no mínimo uma figura muito próxima da doutrina da atribuição da responsabilidade segundo o grau de elevação do risco, conduzindo, na falta de uma prova cabal sobre o nexo de causalidade (ou de ilicitude), a uma indemnização parcial”*⁷⁴.

Sem embargo⁷⁵, encontramos no trabalho de Manuel Carneiro Frada, datado de 2010, a lição de que nos casos de diminuição da possibilidade de cura do doente, a perda de chance é uma forma de resolver a questão. Para tanto, bastaria entender a perda de oportunidade como um dano em si mesmo, além de entender as situações como bens jurídicos tuteláveis, como a cura.

Simultaneamente, é importante referir que tem crescido o número de estudiosos favoráveis à perda de chance na responsabilidade médica, principalmente depois do brilhante trabalho de Rute Teixeira Pedro na Universidade do Porto.

François Chabas, contrariando os estudiosos do tema em seu país, propõe que a perda de chance na responsabilidade médica somente pode ser aplicada em determinados casos. Para ele, a aplicação verdadeira da teoria na responsabilidade médica exige que a vítima se encontre - antes da conduta do médico - em um processo

⁷⁴ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

⁷⁵ FRADA, Manuel Carneiro, op. cit, p. 104.

mórbido natural, com perigo de morte ou deficiência permanente, bem como o profissional elimine todas as chances da vítima para curar-se⁷⁶.

Talvez a visão distinta de François Chabas se deva, também, ao receio de que alguns médicos, ao encontrarem pacientes com poucas chances de vida ou cura, empregassem pouco cuidado com eles, até porque, como explica Rafael Pettefi⁴², se um caso deste tipo fosse levado aos tribunais, haveria uma enorme dificuldade de provar o nexo de causalidade entre o ato médico e a morte do paciente, visto que se indagaria a evolução endógena da doença, de forma que, no final, a falha médica seria perdoada, contrariando o caráter pedagógico da responsabilidade civil, de modo que o médico não seria desmotivado a continuar tratando o paciente com doença terminal ou com pouca chance de cura de maneira insuficiente ou inadequada, até pelo contrário, porque sabe que dificilmente seria punido judicialmente.

No Brasil, o professor Sérgio Cavaliere explica que quando os médicos deixam de interromper um processo causal que está em curso, quando assim deveriam fazer, praticam uma conduta omissa. Contudo, mesmo tendo deixado de interromper o processo, contrariando, assim, o seu dever jurídico, a morte do paciente não pode ser atribuída ao médico, já que o dano morte foi causado pela doença. Acontece que isto não afasta a conclusão de que, em certas situações específicas, a omissão do médico ou a sua falha de tratamento priva o paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência⁷⁷.

Aqui uma coisa precisa ficar clara: a perda de chance pode aparecer tanto pela omissão do médico, como na ação do médico. Os casos mais frequentes, contudo, parecem ser no plano da omissão, mas isto não é uma regra.

A doutrina⁷⁸ que defende a aplicabilidade da figura na área médica explica que o médico assume a obrigação de prestar assistência e aproveitar as possibilidades reais do doente para alcançar a sua cura ou sobrevivência, conforme a *legis artis*, daí que, ao médico eliminar as possibilidades existentes do sucesso final, diretamente afeta o objetivo, qual seja, a cura.

⁷⁶ SILVA, Rafael Peteffi da Silva. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance: uma análise do direito comparado*. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101.

⁷⁷ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2021.

⁷⁸ PEDRO, Rute Teixeira. <<Perda de chance na responsabilidade civil médica - uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI>>. In: *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 424.

Sob outro viés, não se pode deixar de mencionar que mesmo aqueles que são favoráveis a aplicação do instituto, defendem que o juiz não pode utilizá-lo como uma forma alternativa/subsidiária para indenizar os prejuízos que não estão relacionados diretamente com a falha médica, muito menos para conceder valores de indenização maiores que o dano final⁷⁹.

Portanto, compartilhamos o entendimento do professor colombiano Luis Felipe Gómez de que o dano da perda de chance encontra-se no contexto onde há um processo causal em curso, e a atitude médica reduz ou elimina as probabilidades que o paciente tinha. O agir médico esperado faz parte da obrigação do profissional, pois tendo ele tem meios de auxiliar o paciente, deve agir. O resultado do não agir ou da ação incorreta é o cerceamento das probabilidades de sucesso do paciente⁸⁰.

2.2.4 Empecilhos jurídicos

Relativamente às críticas à perda de chance na responsabilidade médica, alguns pontos são enigmáticos, demandando algumas reflexões.

Preliminarmente, é certo que inexistente legislação reconhecendo a chance como um bem jurídico tutelável e diferente do bem jurídico vida/saúde, seja no Brasil ou em Portugal.

Na verdade, o que sabemos é que o médico deve agir conforme a literatura médica para proteger a saúde do paciente, sendo que no caso de negligência, imprudência e imperícia, cabível é a sua responsabilização, nos moldes da responsabilidade civil médica.

Exemplificando, se uma pessoa foi ao hospital operar o ombro direito, mas o médico opera o ombro esquerdo, cabível é a sua responsabilização. Se o médico demora para realizar o parto da gestante e o bebê nasce com alguma anomalia derivada deste lapso temporal, cabível é a sua responsabilização. Se uma pessoa recebe receita médica para determinada doença com dois fármacos incompatíveis entre si e, por consequência da interação medicamentosa, vem a óbito, cabível é a responsabilização do médico pelo dano final.

Todavia, o que se mostra difícil é segmentar os bens jurídicos vida e saúde com

⁷⁹ GOMÉZ, Luis Felipe, op. cit, p. 281.

⁸⁰ GOMÉZ, Luis Felipe, op. cit, p. 286.

as chances, pois além de não existir legislação garantido a chance como bem jurídico, pode-se pensar que a chance está dentro dos bens jurídicos vida e saúde.

Talvez uma alteração legislativa expressa no sentido de incluir na responsabilidade do médico a obrigação de aproveitar todas as probabilidades do paciente, tornaria a figura mais fácil de ser aceita pelos positivistas que declaram sua contrariedade baseados na ausência de legislação.

Aqui é importante dizer que quem dialoga contra esta crítica afirma que o médico tem **implicitamente** a obrigação de aproveitar as chances do paciente por intermédio do seu dever jurídico de cuidado, prescindindo, assim, de alteração legislativa.

Na continuidade, quem é contra a perda de chance na responsabilidade médica afirma, além de questões econômicas, que a aleatoriedade da situação da saúde impede saber se a chance era substancial. Isto é, além de haver várias circunstâncias que poderiam ter causado o dano e possibilidades abertas, há uma eficácia incerta da medicina, sendo certo que *“o prognóstico retrospectivo é complicado, pelo facto de que a resposta à questão dependede um futuro que já não será vivido⁸¹”* ou, como explicado por Rui Cardona Ferreira³⁵, seria impossível demonstrar que sem a falta cometida pelo profissional, o dano final não teria ocorrido.

Contudo, é sempre bom lembrarmos que a crítica acima só existe se o intérprete utilizar a noção falsa da perda de chance que é calcada na causalidade e não no domínio do dano.

Se não for considerada a perda de chance como um dano autônomo⁸², a crítica mais nítida seria no sentido do nexos causal da conduta com o dano final, visto que *“é, precisamente, a dificuldade que a presença de aleatoriedade na realidade e que a complexidade que o concurso causal — e que, paradoxalmente, o avanço da ciência e datécnica acentuam — geram que impede a afirmação do nexos de condicionalidade, naquele plano, quanto ao dano traduzido na perda de resultado final⁸³”*.

Quanto a esta questão, apresentamos, a título de curiosidade, que aparentemente que o Brasil não inseriu a perda de chance no âmbito da causalidade, pois reiteradamente os Tribunais têm explicado que a chance é, por si só, um bem autônomo, cuja violação

⁸¹ GOMES, Luis Felipe, op. cit, p. 39.

⁸² Esta questão já foi abordada no capítulo que se discutiu a perda de chance como uma questão de causalidade ou de dano.

⁸³ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 423.

permite uma indenização pelo equivalente econômico⁸⁴”.

Outro ponto complicado nos casos de perda de chance dá-se no âmbito prático. Isto é, há uma enorme dificuldade em se estabelecer o percentual de chance relevante, ou seja, qual (e como) se calcula a porcentagem que autoriza a utilização da figura.

Este ponto fica ainda mais controvertido quando se observa que o posicionamento de alguns tribunais costuma ser no sentido defender que a perda de chance é um dano autônomo, mas ignoram a perda de chance em percentuais reduzidos, como 20%.

Isto dá espaço para que os críticos apresentem o seguinte raciocínio: ora, se a perda de chance é um dano em si mesmo, o não acolhimento de baixos percentuais acarreta em injustiça material e contrariedade com a ideia de dano autônomo.

A questão fica ainda mais sensível ao se colocar sob o ponto de vista da família da vítima. Imaginemos que o médico João demorou 6 meses para diagnosticar o tumor maligno de Maria. Quando, enfim, o diagnostica, Maria morre em poucos dias. Neste caso, obviamente não foi o médico que causou a morte de Maria, mas a família falecida, ao descobrir que ela tinha 20% de chance que foi eliminada pelo médico, poderia pensar que este baixo percentual ainda constituiria esperança e mais tempo com Maria.

É claro que, na prática, ficará a cargo da prova pericial calcular a chance perdida, bem como a forma de realização do cálculo. Mas, por ora, é também uma questão que preocupa o estudioso do tema e, neste sentido, com razão, porque é necessário um novo estudo para determinar o *quantum indenizatório* nos casos de perda de chance na responsabilidade médica, além de novas reflexões sobre o que fazer nos casos de perda de chance com probabilidades pequenas.

Com a afirmação acima não pretendemos ignorar os acertos das regras da proporcionalidade ou da diferença já explicados no início da dissertação quando nos referimos sobre os métodos de cálculo para as indenizações, mas certamente cabe à doutrina e ao legislador novas pesquisas no que toca à parte econômica da teoria.

Em conclusão, como referido no capítulo geral da perda de chance, a aplicação da figura na responsabilidade médica é melindrosa e controvertida pelo mundo. Se há aqueles que nitidamente discordam⁸⁵ da aplicação da figura, outros são a favor desde

⁸⁴ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 20/02/2013, Processo n.º 1254141/PR (REsp), Relatora Ministra Nancy Andrighi.

⁸⁵ Em Portugal, conforme já relatamos, podemos observar o posicionamento contrário, por exemplo, em Júlio Gomes e Paulo Mota Pinto (em geral no instituto).

que preenchidos certos requisitos⁸⁶, sem se olvidar que há pessoas que apenas são favoráveis caso haja uma nova interpretação da teoria⁸⁷.

Passemos, agora, a estudar os elementos necessários da perda de chance na responsabilidade médico.

2.3 Dos requisitos necessários à aplicação da perda de chance na responsabilidade médica

A noção da perda de chance na responsabilidade médica nos casos da perda de oportunidade de cura ou sobrevivência obriga que o julgador observe determinados requisitos que impedem que a figura seja utilizada em excesso ou de forma arbitrária.

Assim, neste subcapítulo investigaremos as particularidades da chance e do dano.

Em primeiro lugar, precisa ficar demonstrado a existência concreta de chances reais, sérias e consideráveis. Depois, precisa-se demonstrar o ato falho do profissional médico. Assim, faz-se uma análise no sentido de identificar se o médico perdeu as chances substanciais do paciente de se curar ou sobreviver.

A respeito da chance, a doutrina costuma qualificar possibilidade como um chance neutra, aleatória, autônoma, atual, séria e real.

Dizer que uma chance é neutra significa que pode haver um desfecho favorável ou desfavorável. Uma chance aleatória importa em uma natureza aleatória dos acontecimentos e não uma natureza preestabelecida.

Por outro lado, uma chance autônoma denota uma realidade em si mesma, o que remete ao que já foi exposto neste trabalho, isto é, que a chance é uma realidade autônoma, ainda que careça de algum complemento, especialmente para fins de indenização.

A essencialidade da chance atual resulta em virtude da realidade presente, sendo que a chance precisa ter um valor atual.

É imprescindível, ainda, que a chance seja séria, ou seja, com uma probabilidade séria de ocorrer ou de ter sido evitado.

Por fim, obrigar que a chance seja real mostra que para a doutrina da perda de

⁸⁶ É o caso de Rute Teixeira Pedro.

⁸⁷ Referimo-nos ao Dr. Rui Cardona Ferreira que somente entende pela possibilidade se a figura for transformada em outra coisa.

chance, a mera expectativa não é suficiente. Na verdade, somente será real a chance que advém de uma demonstração com base em probabilidades a respeito da sua concretização. A seriedade da chance guarda, portanto, relação com a probabilidade de concretização dela.

Isto tudo para concluir que, se a chance não é real, não existe razão para o Direito intervir, pois a chance subjetiva não é tutelável pela perda de chance, já que é necessário realizar um juízo probabilístico objetivo.

Tal como no caso da perda de chance provocada por advogados (chances processuais), deve haver “um julgamento dentro do julgamento”.

Quer dizer, é necessário verificar se o resultado pretendido era possível e provável de ser alcançado naquela situação particular, através de conhecimentos técnicos e prova pericial, e não meros valores estatísticos⁸⁸.

Como explicado pela defensora da figura, Doutora Rute Teixeira Pedro deve “*aferir-se do grau de probabilidade que, em concreto, atendendo aos contornos da situação — nomeadamente considerando o momento em que foi praticado o ato ilícito eculposo que provocou a sua perda —, o doente teria de conseguir evitar o resultado desvantajoso. A aferição da existência e consistência das chances de cura ou sobrevivência pressupõe que se faça uma apreciação clínica, com base nos dados fornecidos pela ciência médica, daquele concreto sujeito, com as características particulares que ele apresentava*⁸⁹”.

Precisa, assim, existir uma falta médica (ação ou omissão), já que o médico não pode ser responsabilizado por situações aleatórias que ele não tinha como controlar; ocorrer a demonstração da possibilidade *a priori* de cura, sobrevida ou recuperação, descartando situações irreversíveis e, por fim, deve-se revelar que o médico destruiu em definitivo as chances de cura, sobrevida ou recuperação do doente.

A razão que justifica tamanho precisionismo é porque a perda de chance na responsabilidade médica serve para demonstrar que o médico tem a obrigação de não destruir as chances do paciente, ou melhor, de aproveitá-las mediante a utilização da técnica adequada, conforme a *leges artis*. Isto porque, entende-se que se as chances forem aproveitadas, provável é que o paciente obtenha o resultado pretendido, embora não haja qualquer garantia na medicina.

⁸⁸ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 426.

⁸⁹ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 425 e 426.

O que é correto é que a ausência da garantia na medicina não pode afastar a perda de chance, porque mesmo não havendo certezas, a chance pertence ao doente e cabe ao médico aproveitá-la em vez de destruí-la.

Se o paciente teria se curado ou sobrevivido, a discussão é outra. Mas no âmbito da perda de chance, trata-se de aproveitar as chances existentes e não jogá-las fora.

Em termos de atividade judicial, caberá aos juízes *verificar* se o resultado favorável que a vítima questiona seria razoável ou se seria uma mera possibilidade aleatória ou hipotética, sob pena de tornar o médico responsável por qualquer coisa. O juiz deverá fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o paciente tinha de evitar ou conseguir o resultado. Depois desta análise, o magistrado concederá a indenização se houver a probabilidade superior a 50%, ou seja, não indenizará as perdas em percentuais baixos, pois nem todos os casos de perda de uma chance merecem tutela do direito⁹⁰.

Aqui, em nosso sentir, não nos parece bem definir um percentual taxativo para a utilização da perda de chance. Basta pensar que, hipoteticamente, Carlos tinha 40% de chance de se curar caso o médico tivesse descoberto o tumor no cérebro no tempo correto, contudo, devido ao atraso no diagnóstico, a chance passou para 5%.

Ora, 35% de chance foi perdida e, portanto, não pode ser ignorada.

Neste contexto, não concordamos com limitar a aplicação da perda de chance para percentuais acima de 50% porque tal hipótese não tutela o doente lesado, de forma que deixa de existir o intuito pelo qual a perda de chance foi criada.

Isto não significa que cremos que qualquer percentual merece a proteção e aplicação da perda de chance, mas deixamos a análise ser casuística conforme a sensibilidade do magistrado no caso concreto.

Prosseguindo, relativamente à caracterização do dano, a doutrina também tem se esforçado para delimitar algumas características.

São elas: a) autonomia do dano; b) dano presente; c) dano emergente; d) dano certo; e) dano patrimonial ou não e f) dano subsidiário.

A autonomia do dano está relacionada com a autonomia da chance. Na verdade, embora seja certo que, para existir perda de chance, conforme a teoria verdadeira de

⁹⁰ CAVALIERI, Sérgio. op. cit, p. 475.

François Chabas, precisa-se entender a perda de chance como um dano autônomo, ninguém pode negar que esta autonomia não pode ser absoluta.

Por exemplo, o advogado Luís é contratado para contestar uma ação anulatória. Acontece que ele perde o prazo, não contesta e o juiz decreta a revelia. Contudo, surpreendentemente, o pedido da ação anulatória foi julgado improcedente, por ausência de prova mínima por parte do autor.

Ora, temos que, neste caso, quem contratou o advogado Luís não tem interesse jurídico para requerer alguma indenização pela perda de chance. Neste sentido, mesmo que tenha ocorrido uma perda de chance de contestar a ação, o resultado final não gerou qualquer prejuízo ao cliente, o que impede a verificação dos requisitos clássicos da responsabilidade civil.

Nesta perspectiva, a autonomia da perda de chance não pode ser absoluta, pois conduziria a resultados injustos e contrários ao Direito.

Ter o dano como presente importa em entendê-lo como atual e presente, pois a oportunidade foi perdida no momento em que o ato ilícito foi cometido, ou seja, não se fala em um dano futuro.

A respeito da classificação do dano como emergente, vimos que este entendimento não é pacífico em todos os países. Porém, atualmente goza de prestígio a ideia de que a perda significa uma diminuição de valores já existentes no patrimônio da vítima, sendo um dano emergente por esta razão, já que a chance estava no patrimônio do lesado no momento do ato ilícito, tendo sido perdida com este mesmo ato.

No tocante ao dano certo, argumenta-se que o dano meramente eventual não é indenizável, pois falta-lhe a ele a certeza. Esta certeza não é sobre o dano final, mas sim certeza de que havia uma possibilidade concreta de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, sendo verdade, também, que é certo que o resultado final pretendido deixou de acontecer.

Defendemos que o dano da perda de chance pode ser patrimonial ou não patrimonial ou até os dois. Basta imaginar a seguinte situação: Mariana foi eleita a melhor aluna da Universidade de Harvard no curso de Engenharia Genética. Por isso, foi convidada a receber um prêmio de honra em uma solenidade de alto padrão, além de participar de uma prova oral nesta solenidade para concorrer a um cheque com uma bonificação de cem mil dólares com outros três alunos.

Acontece que os serviços de entrega particular (transportadora) perdem o convite físico do evento e não o entregam à Maria. Ela, por lógica, não vai receber o prêmio, nem concorrer ao cheque.

Neste caso, podemos ver que se Mariana intentasse em juízo uma ação indenizatória, poderia justificar pela perda de chance de receber o prêmio de honra (dano não patrimonial) e de concorrer ao cheque (que levou a um dano patrimonial), daí que a perda de chance pode gerar os dois tipos de danos.

É importante mencionar que há pessoas que defendem que nos casos que envolvem o direito à saúde, no âmbito da responsabilidade médica, o dano da perda de chance geraria um dano patrimonial.

Não julgamos que isto seja deveras relevante, pois como afirmado anteriormente, dependerá do caso concreto.

Para finalizar, diz-se que o dano da perda de chance é subsidiário, pois apenas se busca a perda de chance quando não é possível atribuir ao agente a responsabilização pelo dano final.

Para tanto, imaginemos que Camila é internada de urgência com apendicite. O cirurgião, por um descuido, perfura o intestino da paciente, de forma que ela precisa passar a viver com uma bolsa de colostomia, embora cure o problema do apêndice.

Nesta situação, não há razão para Camila intentar ação com base na perda de chance. Bastaria a ela comprovar que entrou no hospital sem nenhum problema no intestino, mas saiu de lá com ele perfurado, o que caracteriza o erro médico e impõe uma indenização pelo intestino perfurado e a consequência de viver para sempre com a bolsa de colostomia, sem ser necessário apresentar a doutrina da perda de chance.

Postas estas questões, devemos perquirir em quais situações a perda de chance na responsabilidade médica seria aplicável, hipóteses que serão enfrentadas no próximo capítulo.

2.4 Cenários típicos da perda de chance na responsabilidade médica

Estamos neste momento em uma parte do trabalho que os principais pontos da perda de chance no âmbito da saúde já foram expostos. Resta-nos, todavia, apresentar hipóteses que se poderia aplicar a doutrina da perda de chance.

A professora Vera Lucia Raposo expõe alguns cenários típicos em que a perda

de chance poderia ser pensada. São eles: a) diagnóstico tardio (eis que se o diagnóstico tivesse sido mais cedo, o doente não teria perdido a possibilidade de sobreviver ou melhorar); b) atraso no tratamento da doença; c) tratamento inadequado ou errado e d) intervenções médicas sem consentimento (neste caso, o paciente teria sido privado de recusar ou de analisar adequadamente a situação, perdendo a oportunidade).

No mesmo sentido, Rute Teixeira Pedro⁹¹ destaca que além dos casos que envolvem perda de chance de cura ou sobrevivência e da recusa de intervenção médica, há a perda de chance pela não detecção de anomalias no feto (perda de chance de não interromper a gravidez), infertilidade (perda de chance de conceber naturalmente), reimplante (perda de chance de reimplantar, por exemplo, um membro do corpo) e a perda de chance pela prova frustrada diante da não conservação de documentos médicos.

Passamos, então, a desvendar as hipóteses.

2.4.1 Perda de chance de cura ou sobrevivência

No que toca ao dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, o maior exemplo é o atraso no diagnóstico de doenças como câncer/cancro e a morte. No entanto, dentro desta hipótese também pode-se falar em perda de chance de suportar sequelas menores, perda de chance de obter melhoria no estado de saúde ou de escapar de uma enfermidade.

Com efeito, na perda de chance de sobreviver ou de curar-se, o que o médico faz não é perder a vida do paciente ou deixá-lo inválido, eis que a vida e a integridade física já estavam comprometidas por causas não imputadas ao médico (causas naturais já existentes), mas sim o profissional perde a possibilidade que o paciente tinha de não ficar inválido ou de sobreviver.

Este tipo de situação se enquadra no que alguns chamam de lado negativo da perda de chance (face negativa)⁹². Isto é, são casos que existia um processo em movimento que precisava ser interrompido para evitar que o paciente sofresse, mas com a falta de atuação médica ou com a ação incorreta/inadequada, o curso causal não é

⁹¹ PEDRO, Rute Teixeira Pedro. A responsabilidade civil do médico. *Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

⁹² GOMÉZ, Luis Felipe, op. cit, p. 296.

freado, de forma que se priva a vítima da oportunidade de evitar que a situação lesiva finalmente se materialize.

Vera Lúcia Raposo traz alguns exemplos. Na Cour de Cassation francesa um médico foi condenado porque não diagnosticou o paciente que padecia de gripe maligna, deixando, portanto, de prescrever o tratamento adequado, de forma que veio o doente a óbito. Embora as instâncias iniciais tenham rejeitado a aplicação da perda de chance, o tribunal da cassação explicou que *“a perda de chance apresenta um caráter direto e certo cada vez que se constata o desaparecimento de uma eventualidade favorável, de tal forma que nem a incerteza quanto ao desenvolvimento da patologia, nem a indeterminação da causa da síndrome de stress respiratório agudo que conduziu à morteseão suscetíveis de excluir o nexo de causalidade”*⁹³

Em Itália, a Corte di Cassazione⁹⁴ entendeu que diante do fato de uma cirurgia não ter sido realizada no tempo correto, concluía-se que a omissão do médico aumentou a possibilidade do resultado negativo, qual seja, a morte efetiva do paciente. Porém, no caso em questão, por um problema processual a indenização foi negada.

Não é difícil pensar em um exemplo do cotidiano. Basta imaginar que João foi às urgência reclamando de dores fortíssimas na barriga. O médico, sem realizar qualquer exame, encaminha o paciente para tratamento com o gastrologista. Horas mais tarde, João falece.

Neste caso, se João tivesse sido internado e se recebesse o tratamento adequado, não haveria garantia de que ele iria sobreviver, mas ninguém duvida que a atuação correta lhe concederia uma chance.

Pode-se pensar em outro exemplo: Ana é uma paciente do Dr. José, nefrologista, há mais de 5 anos devido ao seu histórico de pedra nos rins. Em uma tarde, procura o médico porque há dias sente dores absurdas nas costas e dor ao urinar. O Dr. José diz que se trata de infecção urinária. 1 dia depois da consulta, Ana é internada no hospital, onde outro médico verifica que as pedras no rim entupiram o órgão, o que levou à perda irreversível do mesmo.

Ora, juridicamente não se pode imputar ao Dr. José a perda do órgão de Ana. Contudo, se Ana tivesse recebido o tratamento adequado quando procurou o seu médico de confiança, certamente ela teria uma chance de não perder o rim, embora

⁹³ RAPOSO, Vera Lucia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 155.

⁹⁴ RAPOSO, Vera Lucia, op. cit, p. 155.

ninguém possa afirmar que tal providência, sozinha, garantiria que o rim fosse se recuperar dos problemas derivados da pedra.

Neste ponto, é importante reforçar que a perda de chance não tem vez se ficar comprovado que Ana teria perdido o rim de qualquer maneira ou se, no dia da consulta, o rim já estava “morto”.

Como explica Bruna de Sousa, o magistrado somente poderá socorrer-se da teoria da perda de chance quando houver dúvida sobre o processo causal, na medida em que, se perceber que o doente teria morrido inevitavelmente, mesmo com o socorro certo e tempestivo, é irrelevante o ato ter sido ilícito e negligente⁹⁵.

2.4.2 Perda de chance obstétrica

No domínio da obstetrícia⁹⁶, chama a atenção os casos de crianças que nascem com malformações diante da ausência de diagnósticos por parte do médico, seja porque ele não recomendou o exame ou porque não percebeu a patologia, e até nos casos que o profissional observa o problema, mas o não comunica aos pais.

Veja-se que, nestes casos, sabemos que não foi o médico que causou a patologia, eis que a origem é genética ou derivada de alguma doença. Entretanto, ao médico não informar a malformação ou ignorá-la, inevitavelmente interfere no poder de autodeterminação dos pais.

Ora, a gestante, se soubesse da condição, poderia ter desejado interromper a gravidez. Porém, diante da atitude do médico (ou sua omissão), a grávida perdeu a chance de realizar um aborto terapêutico e legal. Portanto, o médico privou a mulher da opção de continuar ou não com a gestação⁹⁷.

Dentro do campo obstetrícia, também podemos pensar nos casos de congelamento de óvulos. Basta imaginarmos que Luísa escolheu uma clínica para congelar os seus óvulos, pois no auge de seus 38 anos, não estava preparada para ser mãe. Anos mais tarde, decide iniciar o implante dos óvulos congelados, mas para sua surpresa descobre que dos 8 óvulos congelados, sobraram apenas 2 que, por sua vez, não tiveram êxito.

Não se sabe se Luísa conseguiria manter a gravidez ou se a criança efetivamente

⁹⁵ SOUSA, Bruna. op. cit. p. 100.

⁹⁶ O tópico será explanado melhor ao decorrer da pesquisa.

⁹⁷ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 273 e 274.

nasceria. Mas ninguém nega que a atuação da clínica interferiu e prejudicou o sonho de Luísa ser mãe, nomeadamente com a perda de chance de implantar os óvulos e engravidar.

2.4.3 Perda de chance de consentir

De outro lado, há, também, a perda de chance ligada à informação, como nos casos que o médico que não informa da existência de certo risco e ele se concretiza, de forma que o paciente perdeu a chance de recusar a intervenção ou de ter uma decisão mais sábia sobre a situação⁹⁸.

Para exemplificar, tem-se a Cour de Cassation Francesa que condenou uma clínica privada porque não informou a mãe do bebê, parturiente, que não haveria um obstetra durante o parto, sofrendo a criança danos. A corte entendeu que a informação acerca da ausência de um obstetra poderia ter condicionado a decisão da mãe que, poderia ter escolhido outra clínica e não escolheu, pois acreditava que haveria um obstetra com ela no momento do parto.

Contudo, esta decisão em si é bastante criticada, porque além de não se saber se amãe teria escolhido outra clínica se tivesse sido informada da ausência do obstetra, não se sabe se a presença do obstetra evitaria os danos sofridos pelo bebe.

Este julgado está relacionado com a restrição apresentada por Maria Fernandes Malta quando afirma que a doutrina da “choice, not chance⁹⁹” é um limite à aplicação da perda de chance na responsabilidade médica.

Esta doutrina afirma que no caso da escolha da cirurgia, trata-se de uma eleição pessoal e não de uma aleatoriedade. A produção do dano dependeria da vontade do próprio lesado e não do acaso¹⁰⁰.

Para nós, a perda de chance no âmbito das intervenções sem consentimento é difícil a nível teórico e prático, sendo completamente aceitável o entendimento de que valeria à vítima propor ação indenizatória com fulcro no incumprimento do dever de informação do médico.

⁹⁸ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 266.

⁹⁹ De acordo com Maria Malta Fernandes, a doutrina do “choice, not chance” aparece quando a ausência de prova do nexos causal está ligada a processos causais complexos e determinados, em que a apreciação do elemento etiológico depende de um prognóstico em redor da conduta que o lesado teria adotado caso não tivesse mediado o facto ilícito.

¹⁰⁰ FERNANDES, Maria Malta. op. cit. p. 292.

Como se viu, o que fundamenta a perda de chance nos casos das intervenções sem consentimento é a ideia de que o doente foi privado da oportunidade de recusar a intervenção ou de ponderar sobre o custo/benefício, já que a informação completa não lhe foi disponibilizada.

Acontece que é muito complicado saber qual seria a resposta do doente para a realização da operação/procedimento caso o risco tivesse sido devidamente informado. A decisão do paciente é sempre subjetiva, pelo que, na prática, terá o Tribunal que adotar o critério do homem médio para saber o que o doente médio faria naquela situação: se aceitaria a cirurgia ou não.

O que é certo é que há muita resistência na aplicação da perda de chance nos casos de defeito/problema de informação, pois muito se diz que falta a aleatoriedade intrínseca da chance, junto com o problema da hipotética decisão do paciente.

Notamos aqui, novamente, que nesta subdivisão da teoria, o médico não comete qualquer falta médica na execução do tratamento em si. Daí que, como a perda de chance é sensível, principalmente nesta hipótese, pensamos que as únicas possibilidades de indenização seriam pela violação à autodeterminação do paciente ou pela falha do dever de informação do médico¹⁰¹.

2.4.4 Perda de chance no nascimento indevido/indesejável

No mesmo contexto de utilização da perda de chance, há os casos conhecidos como *Wrongful Birth e Wrongful Life Actions*.

Trata-se, basicamente, de indenização pelo nascimento indesejado. Indesejado porque a criança nasce com alguma deficiência que, por sua vez, não foi detectada pelo profissional médico quando este podia assim ter procedido.

São casos em que o médico não diagnosticou a malformação do bebê ou se diagnosticou, nada disse aos pais, pelo que, os progenitores são surpreendidos quando o filho nasce com a deficiência.

A título exemplificativo, basta pensar que Maria sempre teve acompanhamento médico na gestação, motivo pelo qual acreditava que seu bebê nasceria saudável, embora soubesse dos riscos tradicionais advindos do parto. Sucede que assim que seu bebê nasce, a equipe médica percebe uma malformação no cérebro, o que, em termos

¹⁰¹ RAPOSO, Vera Lúcia, op. cit, p. 160.

práticos, significa pouca atividade cerebral, sem chances de desenvolvimento de uma vida regular. Ao se investigar a situação, descobre-se que o obstetra de Maria ignorou/não percebeu a deficiência da criança.

A este tipo de situação, em tese poderiam os pais propor ação indenizatória fundada na *Wrongful birth*, ou seja, se os pais soubessem da condição especial da criança, optariam por não continuar com a gestação. Porém, devido ao lapso do médico, a criança nasceu e eles terão que cuidar dela.

Contra a utilização da perda de chance nas ações mencionadas supra encontra-se Manuel Carneiro Frada defendendo que a concessão pelo dano da vida é insustentável, pois “*o fundamento atinge o pressuposto da utilidade e sentido de qualquer indenização; é contraditório querer liquidar o dano de viver e, em simultâneo, (pretender) continuar a viver*¹⁰²”.

Ora, em nossa visão, pelo próprio conceito deste tipo de ação é possível perceber o problema ético e moral, ademais da desnecessidade da utilização da perda de chance neste domínio.

A ideia encontra ainda mais resistência quando se pensa na indenização com base na *Wrongful Life Actions* que tem como cerne o suposto direito à não existência. Para esta versão das *Wrongful*, é a criança (ainda que representada pelos pais) que pede a indenização em virtude de ter nascido. Nesta hipótese, a criança alegará que não foi o médico quem causou a doença, mas por sua atitude/omissão, ela habita o planeta terra, como se tivesse perdido a chance não existir.

Pensamos que a *Wrongful birth* e a *Wrongful Life Actions* prescindem da utilização da perda de chance. Bastaria usar a falha na atividade médica pela ausência de informação e cuidado, buscando espécie de indenização por danos morais.

Além disso, entendemos que a incerteza em causa não reside na chance em si, mas na decisão que a pessoa teria tomado caso tivesse sido informada previamente, sem se olvidar de que por motivos de foro íntimo e religioso, há mulheres que jamais abortariam, pelo que, não deveriam receber reparação pecuniária se nunca pensariam em interromper a gravidez, sob pena de enriquecimento ilícito.

Interpretamos, ainda, que deva ser uma tarefa difícil para o julgador se deparar com a dúvida filosófica: é melhor existir, mas com deficiência ou não existir?

¹⁰² FRADA, Manuel Carneiro, op. cit, p 104.

2.4.5 Perda de chance no âmbito da prova processual

Outro caso diferente de perda de chance é da oportunidade da prova frustrada.

Na Argentina, o Tribunal ponderou acerca da possibilidade de aplicar a perda de chance à prova. Isto é, ao hospital não conservar os documentos médicos necessários para um eventual processo judicial, ponderou-se sobre a aplicação da teoria, eis que o hospital teria, em tese, provocado a perda de chance de vitória na ação judicial. Contudo, a hipótese foi afastada, pois concluiu-se que a situação poderia fomentar que os estabelecimentos médicos optassem por sumir com os documentos para pagar menos nas indenizações, ou seja, em vez de responderem dano final, iriam preferir responder pela perda de chance e, conseqüentemente, pagar um menor valor de indenização¹⁰³.

Sobre esta situação na Argentina, advogamos pela desnecessidade de utilização da perda de chance, pois há outros instrumentos jurídicos que não a figura, como a própria responsabilidade civil com base no Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual acreditamos que a perda de chance não deve ser aplicada a qualquer caso que envolva a atividade médica, mas são somente algumas.

Dito de outro modo: em nossa visão, a perda de chance na atividade médica precisa se restrita aos casos de: a) perda de chance de obter sequelas menores; b) perda de chance de cura ou sobrevivência e c) perda de chance de um tratamento menos invasivo.

Apresentados os cenários de atuação da perda de chance no âmbito médico, é hora de realizar o estudo comparado por intermédio do direito estrangeiro.

2.5 Apontamentos de direito comparado

2.5.1 França

Em primeiro lugar, como referido no início do capítulo, a aplicação da teoria da perda de chance na responsabilidade civil médica apareceu pela primeira vez em França, em 24.10.1962, no contexto de perda de chance de tratamento adequado que gerou uma lesão permanente no pulso da vítima.

¹⁰³ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit, p. 273 e 274.

Relembramos o caso: o autor argumentou que se o primeiro médico que o tratou tivesse observado a fratura no pulso presente na radiografia, ele teria tido o tratamento adequado, de forma que não estaria sofrendo com a invalidez parcial. Ou seja, o médico teria provocado a perda de possibilidade de cura.

Ao final, o tribunal entendeu que o médico privou parcialmente a chance de recuperação, condenando-o ao pagamento da indenização.

Quanto à França, como já referimos, tem-se que atualmente doutrina e jurisprudência divergem sobre a possibilidade de utilização da perda de chance nos casos de responsabilidade médica.

Esta oscilação é bastante interessante, dado que foi ordenamento jurídico francês que inaugurou a perda de chance, refinou a figura e a transportou para fora da França.

Como bem dito por Maria Malta Fernandes: *“ainda que se possa concluir que a configuração da perda de chance, enquanto dano autônomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil francês, em face quer da amplitude da noção de faute, quer da reduzida apetência para a prospeção de construções alternativas, que situem a perda de chance no plano de causalidade, o certo é que os precisos contornos dogmáticos da perda de chance, em especial na responsabilidade civil por ato médico, constituem objeto de controvérsia¹⁰⁴.”*

Portanto, no âmbito da doutrina, o que se poder afirmar é que se outrora a figura foi bem aceite, hoje os estudiosos, principalmente baseados em René Savatier, aparentam estar contra a perda de chance na responsabilidade médica, pois afirmam que, na prática, ocorre a utilização do conceito de causalidade parcial.

Diante disso, uma chuva de críticas é frequentemente disparada, notadamente pelos motivos já expostos quando escrevemos sobre a perda de chance como espécie de dano ou desvio de causalidade.

O curioso é que, assim como em Portugal, parece que a jurisprudência francesa não se deixa influenciar pela resistência doutrinária presente na atualidade.

Conforme as nossas pesquisas, a Corte de Cassação se mostra adepta a indenizar os vários tipos de danos baseados na perda de chance, sem entender a questão da natureza jurídica e causalidade parcial como empecilhos à aplicação da figura na

¹⁰⁴ FERNANDES, Maria Malta. op. cit, p. 136.

responsabilidade médica, inclusive permitindo indenizações pela quebra do dever de informar na relação médico-paciente¹⁰⁵.

Para comprovar a pouca resistência jurisprudencial acerca do tema, apresentamos dois casos citados por Rafael Pettefi da Silva¹⁰⁶.

O primeiro diz respeito a uma indenização concedida aos pais de uma criança e à criança pela perda de chance de evitar sequelas neurológicas no bebê após o parto, pois o procedimento correto obstétrico teria evitado o dano cerebral.

O segundo, trata-se, de um homem que mesmo com fortes dores nas pernas, somente procurou o hospital 24 horas após os primeiros sintomas. Ao ser consultado, foi-lhe prescrito o uso de remédios que se mostrou, posteriormente, insuficiente, de modo que foi necessário realizar um procedimento cirúrgico. Fato é que os peritos consideraram que a conduta médica correta teria sido a realização da cirurgia no máximo após 15 horas dos primeiros sintomas, de forma que o Tribunal entendeu que os médicos perderam a chance do paciente de sofrer sequelas menores.

Portanto, conclui-se que, na França, a questão referente à aplicação da perda de chance em matéria médica voltou à colação, não havendo consenso entre a doutrina majoritária e a jurisprudência quanto à aplicação da perda de chance na responsabilidade médica, diferente da perda de chance nos outros casos em que não há resistência, já que não seria necessária a utilização do conceito de causalidade parcial.

2.5.2 Espanha

Em Espanha, a doutrina afirma que a perda de chance é a “hermana pobre” do Derecho de daños. Não há unanimidade sobre a natureza de figura, razão pela qual alguns estudiosos afirmam que se trata de uma questão de facilitação probatória e outros de causalidade, sendo certo que inexistiu posição unânime da doutrina e jurisprudência sobre a utilização da figura no ordenamento jurídico espanhol.

É dizer: embora haja defensores como Medina Alcoz, não se pode afirmar categoricamente que a justiça espanhola reconheça e valide a utilização da perda de chance no âmbito médico, daí ser possível alguém ingressar com ação indenizatória sob este fundamento, porém sem qualquer certeza sobre o posicionamento do juiz.

¹⁰⁵ FERREIRA, Rafael, op. cit, p. 28.

¹⁰⁶ SILVA, Rafael Pettefi, op. cit, p. 157.

Para Arantzazu Vicandi Martinez, não se pode criar uma teoria ou casos certos/taxativos em que se pode utilizar a perda de chance na responsabilidade médica, porque cada caso tem sua particularidade, visto que na perda de oportunidade, há eventualidades próprias em cada situação, o que impede a realização de hipóteses pré-feitas pela doutrina ou jurisprudência¹⁰⁷.

Sem embargo, ao se pesquisar jurisprudência espanhola sobre a temática, encontram-se casos da utilização indireta da perda de chance no atividade médica, isto é, se usa o conceito da pérdida de la oportunidad, mas sem menção expressa.

Simultaneamente, tal como acontece em Portugal, há na Espanha sentenças inovadoras utilizando a perda de chance na responsabilidade do médico, enquanto outras vezes a utilização é indireta, mencionando ser um dano moral e não um dano emergente.

Para apresentar um caso real espanhol, expõe-se a primeira decisão judicial sobre o tema, em 1998, no caso de perda de chance de uma reimplantação de uma mão.

*In casu*¹⁰⁸, a vítima sofreu um acidente de trabalho, tendo ocorrido a amputação da sua mão. Na sequência, ingressou com ação judicial com base na perda de chance de reimplantar a sua mão, pois a enfermeira foi negligente com os cuidados após o acidente, de maneira que não foi possível realizar o reimplante da mão. Ao final, disse o Tribunal que se poderia imputar ao agressor a perda de expectativa de reimplantar a mão da vítima, ainda que sem saber se o reimplante teria sido exitoso.

Concluimos, portanto, que a Espanha compartilha do mesmo problema de Portugal: ausência de definição expressa pela jurisprudência sobre a possibilidade de utilização da perda de chance no âmbito médico. Os casos existem, mas parece haver medo do julgador ao mencionar expressamente “la pérdida de oportunidad en responsabilidad civil médico-sanitaria”.

2.5.3 Itália

¹⁰⁷ MARTINEZ, Arantzazu Vicandi. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable? Volumen 25, número 2. Julio-Diciembre 2015 | ESTUDIOS, p. 64, disponível em https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol25n2_01_Estudio.pdf. Tradução livre: “concentra-se nas eventualidades de cada controvérsia, ou seja, nos fatos. Essa afirmação supõe que a perda de oportunidade só pode ser considerada caso a caso, não podendo ser feitas hipóteses amplas, além do simples estabelecimento de linhas doutrinárias gerais”.

¹⁰⁸ FERNANDES, Maria Malta. op. cit, p. 144.

Como referido no primeiro capítulo desta tese, em Itália, país que acolheu a perda de chance inicialmente na seara laboral, também se utiliza a figura no âmbito da responsabilidade médica.

Aqui uma observação se faz importante: não se desconhece a existência da ideia de perda de chance em solo italiano como dano emergente e autónomo, porém afirma Maria Malta Fernandes que nos casos de responsabilidade médica a “*perda de chance é por vezes reconduzida a uma flexibilização do preenchimento do nexu causal, havendo o abandono da exigência de certeza como critério determinante para a sua afirmação*”¹⁰⁹.

No que se refere à doutrina, é com Adriano Cupis, em 1966, que o dano da perda de chance torna-se distinto e independente do resultado final. Além disso, limitou o estudioso o cabimento da indenização às chances sérias e reais¹¹⁰.

No que diz respeito à jurisprudência, segundo as nossas pesquisas, há aceitação dos Tribunais, ainda com alguns acórdãos julgando improcedente o pedido, por falta da chance de cura ou por elementos próprios dos processos discutidos.

Em 2019, a Cassação analisou um caso proveniente de Milão¹¹¹, em que os herdeiros pediam indenização pela morte da genitora e esposa depois de realizada uma cirurgia para remoção de um tumor no timo. Segundo os requerentes, diante da reintervenção tardia dos médicos após as complicações da primeira cirurgia, a falecida teria perdido as oportunidades terapêuticas existentes.

Os tribunais de primeira e segunda instância de Milão negaram a indenização requerida, motivo pelo foi interposto recurso para o Supremo Tribunal de Cassação.

A corte máxima disse que a perda de chance não poderia ser aplicada no caso concreto, pois a falecida tinha uma elevada chance de morrer, com chances puramente teóricas e abstratas que não se encaixavam na teoria da perda de chance.

Contudo, uma questão interessante do acórdão vale a pena ser citada. Segundo a Cassação, nem sempre na perda de chance fala-se de um prejuízo patrimonial. Assim, para a Corte, quando se fala em hipótese/chance patrimonial na seara médica, como quando o médico impede a melhora do paciente, o juiz deverá liquidar o dano por

¹⁰⁹ FERNANDES, Maria Malta, op. cit, p. 141.

¹¹⁰ MAGGIO, Marcelo e ARAGÃO, Suélyn Mattos. Perda de uma chance na seara médica: a teoria das probabilidades aplicada à arte da probabilidade. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba.V.4, n.71 p.825 - 854

¹¹¹ Acórdão n.º 28.993, de 11 de novembro de 2019, disponível em <https://www.bizzarrilex.it/wp-content/uploads/2020/02/CassCiv-SezIII-11-11-2019-N28993.pdf>.

referência a critérios objetivos. Porém, quando se fala em uma hipótese não patrimonial, como quando o médico cria uma chance e depois a elimina, deve-se utilizar a equidade.

Outro caso é de um mergulhador que¹¹², após um mergulho, apresentou sintomas de embolia gasosa. Ao ir ao hospital, a equipe médica ofereceu a ele apenas oxigênio, de forma que ele rapidamente regressou à casa. Ocorre que, os problemas continuaram, de maneira que ele precisou novamente ir ao hospital, onde o colocaram em uma câmara hiperbárica. Diante da paralisia por descompressão, o mergulhador ficou com uma incapacidade de 60%, o que o levou a processar o hospital.

O juiz de primeira instância negou a indenização. Contudo, o Tribunal de segunda instância alterou a sentença, dizendo que a atuação da equipe médica prejudicou as chances de cura do mergulhador.

Com isto significa dizer que ao médico ter oferecido inicialmente somente oxigênio, ignorando a câmara hiperbárica, perdeu as chances do paciente de ter sido tratado adequadamente a fim de evitar as graves consequências e a paralisia, tese que foi confirmada pela Cassação.

2.5.4 Common law

No mundo da *common law*, a perda de chance na responsabilidade médica também é presente.

Enquanto que ao tudo indica, a Inglaterra¹¹³ assume que a perda de chance impõe a utilização de uma noção de causalidade parcial em se tratando de responsabilidade médica, nos Estados Unidos há vários pensamentos sobre a mesma questão.

Tal situação se deve ao já citado problema derivado da formação de Estado dos EUA. É que, como a Constituição deu muita liberdade a cada Estado, tem-se que, por consequência, cada Estado julga e entende a figura da perda de chance de um modo.

Contudo, embora não haja nenhuma teoria majoritária, apresentaremos algumas

¹¹² La sentenza Cassazione civile, sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619

¹¹³ Fora da responsabilidade médica, quando se fala em perda de chance na Inglaterra logo vem à mente o leading case *Chaplin x. Hichs* de 1911 relativamente à candidata de um concurso de beleza que perdeu a chance de vencer o respectivo concurso porque não foi chamada para a entrevista final.

versões sobre a questão.

O primeiro grupo dos Estados dos EUA tomou os ensinamentos do professor Joseph King Jr., no sentido de entender a perda de chance como dano autônomo e distinto do dano final.

É o caso da decisão proferida em *Perez v. Las Vegas Medical Center*, no ano de 1991, pela Suprema Corte de Nevada¹¹⁴.

Neste caso, a viúva Perez intentou ação judicial contra um centro médico em virtude do óbito de seu marido, um homem que estava preso cumprindo pena. Segundo o que consta na fatura, o falecido foi enviado ao hospital com dores de cabeça, contudo, retornou ao presídio sem ser diagnosticado. Posteriormente, começou a apresentar convulsões em sua cela, motivo pelo qual novamente foi levado ao hospital. Lá, os médicos do plantão não fizeram exames ou investigaram o quadro do preso, optando por apenas aplicar os remédios habituais. Horas mais tarde, o Sr. Perez foi à óbito por uma hemorragia.

A posição jurídica da viúva depois de ouvidos os peritos médicos foi a seguinte: se o seu marido tivesse sido tratado ou diagnosticado corretamente, teria 50% de chances de sobreviver à hemorragia. Por outro lado, a posição jurídica dos réus era de que o falecido morreria de qualquer modo, pois tinha uma doença preexistente grave.

Na primeira instância, a viúva foi derrotada. Porém, a Suprema Corte de Nevada mudou a sentença, argumentando pela possibilidade de utilização da perda de chance na responsabilidade médica, não em virtude da morte como um dano final, mas como perda de chance de sobreviver, dano independente da morte.

O segundo grupo a ser referido é daqueles Estados que adotam a perda de chance na responsabilidade médica, mediante a doutrina do “relaxed proof approach”, isto é, com uma causalidade alternativa, fugindo do padrão ortodoxo de causalidade.

Para ilustrar, expõe-se o caso *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, de 1983, Corte de King.

O Sr. Herskovits dirigiu-se ao hospital com tosse (que era persistente há anos) e dores. Os médicos apenas trataram a tosse, sem investigar devidamente o caso. Sem melhoras, a vítima mudou-se para um Estado mais quente, onde em uma consulta particular descobriu ser vítima de um câncer de pulmão. Em menos de 2 anos, faleceu.

¹¹⁴ <https://casetext.com/case/perez-v-las-vegas-medical-center>.

Em Tribunal alegou-se que se o câncer tivesse sido descoberto na primeira ida da vítima ao hospital, ela teria mais chances de ter sobrevivido. Contudo, para o hospital réu, a vítima teria falecido independente do diagnóstico antecipado.

Os juízes do caso investigaram se a redução de chances no caso da vítima em 14% era suficiente para configurar o dever de indenizar. Para eles, ao se entender pela não responsabilização dos médicos, geraria uma cláusula geral de irresponsabilidade, ainda que a chance de cura/sobrevivência fosse inferior a 50%.

Os julgadores, então, entenderam que a ação da ré foi causa próxima de reduzir as chances de sobrevivência do Sr. Herskovits, estabelecendo, assim, que a perda de chance, ainda que menor que a habitual (clássica), é indenizável.

O terceiro grupo existente nos EUA é dos Estados que negam a perda de chance na responsabilidade médica, o que significa que a negligência médica é tratada conforme a regra clássica da responsabilidade civil: comprova-se tudo e tem-se a indenização ou não se tem nada.

Exemplificando o terceiro grupo, há a decisão da Suprema Corte de Ohio de 1971, conhecida como *Coopers v. Sisters of Charity of Cincinnati*.

Cuidou-se, basicamente, de um menino que não foi diagnosticado tempestivamente após sofrer uma fratura no crânio. Em seguida, sofreu uma hemorragia e faleceu.

O Tribunal refutou a indenização, argumentando que mesmo com as 50% de chance de sobrevivência que o menino tinha caso tivesse sido tratado adequadamente, a parte autora não conseguiu provar que o diagnóstico tardio causou a morte da vítima¹¹⁵.

Para finalizar o breve apontamento sobre o posicionamento dos EUA em relação à temática, acrescentamos que, além do problema derivado da autonomia legislativa dos Estados, um fator que muitas vezes impede a utilização da perda de chance na responsabilidade médica é a própria lei.

É que, em vários Estados dos EUA, assim que os Tribunais/Cortes julgaram casos aplicando a figura, houve reação legislativa no sentido de criar uma lei proibitiva da aplicação da perda de chance, como por exemplo o Estado de Michigan.

Não é difícil perceber o porquê: inegavelmente, com o aumento das demandas

¹¹⁵ SILVA, Rafael Pettefí, op. Cit, p 188.

judiciais médicas concedendo indenizações às vítimas, há mais custos para os hospitais, seguros privados de saúde e até para os médicos, pelo que, do ponto de vista econômico a teoria é má para as organizações médicas, havendo inclusive quem defende que haverá redução na população jovem que deseja ser médico, com medo de responsabilidade pela perda de chance, o que discordamos.

Nestes termos, podemos afirmar que inexistente unicidade ao se indagar pela possibilidade de utilização da teoria da perda de uma chance nos Estados Unidos da América no âmbito da saúde/medicina.

Também como explicado por Maria Malta Fernandes “*a doutrina da perda não é de todo aceite em todos os Estados da União uma vez que alguns continuam a manter a perspectiva do tudo ou nada, exigindo uma probabilidade médica razoável de que o dano tenha sido causado pelo agente; outros Estados adotam posições intermédias a que chamam de chance substancial, considerando-se neste caso indemnizáveis danos sofridos por pacientes cuja probabilidade da chance para a concretização daquele dano tenha sido a 50%*¹¹⁶”

Ultrapassadas as exposições acerca do direito comparado especificadamente na responsabilidade civil médica, resta-nos demonstrar como a jurisprudência portuguesa e brasileira vêm entendendo a figura, respectivamente.

Para tanto, a terceira parte desta dissertação contará exclusivamente com decisões judiciais do Brasil e Portugal.

¹¹⁶ FERNANDES, Maria Malta, op. cit, p. 148.

3. JURISPRUDÊNCIA

O último capítulo desta dissertação visa expor casos reais julgados por tribunais portugueses e brasileiros, respectivamente, a respeito da perda de chance no âmbito médico.

Vale lembrar que muitas vezes faltam informações ou maiores detalhes sobre os processos judiciais em si, o que certamente prejudica a compreensão do leitor. Porém, explicamos que isto se deve ao próprio conteúdo dos acórdãos e do estilo de escrita de cada julgador relator, existindo magistrados mais pragmáticos e outros mais detalhistas.

Explicamos também que, para respeitar o tema da tese, não haverá aprofundamento das questões adjacentes à matéria propriamente dita da perda de chance, como questões de Direito Administrativo quando mencionamos sobre a responsabilidade do Estado.

A única coisa que lembramos é que, no Brasil, os hospitais do Estado podem ser geridos pelo próprio Estado ou por outras instituições, mas a Constituição impõe a responsabilidade objetiva quando os doentes são lesados. Às vezes, as pessoas escolhem processar o Estado diretamente, enquanto que em outras a Fundação que gere o hospital.

Quanto aos Tribunais Portugueses, será apresentado um caso julgado no Supremo Tribunal Administrativo¹¹⁷, oriundo do processo 062/17, data de 01/02/2018, que entendemos ser mais acessível para iniciar o capítulo. Depois, outro acórdão, cuja data é de 22.02.2022, julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, extremamente recente, que já foi objeto de recurso para o STJ em 23.06.2022¹¹⁸ e que também comentaremos.

Em relação às decisões judiciais brasileiras, escolhemos um acórdão muito recente de 2023, em que a perda de chance é utilizada no âmbito da Responsabilidade

¹¹⁷ Acórdão do STA, de 01.02.2018, Processo n.º 062/17, Relator José Veloso, disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/426035200589da058025822c00375f4c?OpenDocument&ExpandSection=1#:~:text=Data%20do%20Acord%C3%A3o%3A-,01/02/2018,-Tribunal%3A>

¹¹⁸ Acórdão do STJ, de 23.06.2022, Processo n.º 6112/15.9T8VIS.L1.S1, Relator Vieira e Cunha. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7312dd145436f0918025886a0056933b?OpenDocument>

do Estado. O segundo caso também ocorreu em um hospital público. O terceiro, por sua vez, trata de perda de chance no âmbito de reimplante.

3.1 Perda de chance de cura oftalmológica

O primeiro caso português a ser mencionado diz respeito a um recurso de revista contra acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte.

Quanto à factualidade, o autor alegou, em suma, que foi submetido a uma extração de catarata de OD por facoemulsificação. Ocorre que, sobreveio complicações no decorrer do procedimento, tendo a vítima sofrido, posteriormente, um deslocamento da retina, o que lhe gerou cegueira em seu olho direito.

Segundo o paciente, os médicos contribuíram para o dano ao protelarem a realização da ecografia. Isto é, na visão do autor, se o exame tivesse sido feito no momento correto, ele não teria ficado cego do olho direito.

Diante do cenário apresentado, ingressou o autor com uma ação judicial visando ser indenizado pela cegueira no olho direito.

O Tribunal de Primeira Instância, TAF, condenou a clínica, um instituto público, com base em responsabilidade civil extracontratual, a pagar ao autor a quantia de 6.000,00€ a título de indenização.

Segundo o Tribunal inicial, se o descolamento tivesse sido detectado mais cedo [relativamente a 07.05.2001] as chances de cura do autor da ação teriam sido maiores, de modo que, para o órgão julgador, houve perda de chance de cura do descolamento da retina.

Após a sentença, o autor não se deu como satisfeito, razão pela qual recorreu da decisão, sob o argumento de que estava comprovado o nexo de causalidade entre a omissão da ecografia ocular e a cegueira do seu olho direito.

Isto é, na visão do autor, a sua cegueira teria resultado do protelamento da realização da ecografia ocular.

Significa isto dizer, assim, que o autor não se contentou com a indenização pela perda da chance. Para ele, deveria ser arbitrada uma indenização pelo dano final, a cegueira, naturalmente com valor superior ao obtido com a figura da perda de chance.

O recurso de apelação do autor foi desprovido, com manutenção da sentença.

No STA, não se discutiu a conduta ilícita e culposa dos médicos, mas foi

explicado que “era ónus do autor, ainda, alegar e provar que a realização desse «exame», assim omitido, permitiria efectuar o diagnóstico da situação de modo a evitar a <<irreversibilidade do descolamento da retina>> e conseqüente <<cegueira do olho direito>>.”

Portanto, foi mantida a responsabilidade pela perda de chance, inclusive porque não houve recurso da parte contrária. Contudo, salientamos que a responsabilidade civil clássica derivada da omissão dos médicos com a cegueira não foi acatada, eis que não se conseguiu comprovar que se o exame tivesse sido realizado precocemente, a cegueira não iria ocorrer.

Embora este exemplo jurisprudencial pareça simples se comparado com o próximo que será citado, escolhemos este caso para demonstrar aquilo que vem sendo repetido nesta tese: a) os Tribunais estão avançados em relação à doutrina na perspectiva de acolher e reconhecer a perda de chance na responsabilidade médica e b) a indenização pelo dano final é usualmente custosa e de difícil verificação. Todavia, a perda de chance é uma alternativa à vítima.

Neste sentido, as decisões dos tribunais citados parecem ter sido acertadas e, pelo que se tem do processo, nem poderia haver indenização pelo dano final, pois não se sabe se a ausência das ecografias contribuiu/causou o descolamento total e irreversível da retina, com conseqüente cegueira do olho direito.

Uma coisa, porém, é certa: com base nas informações trazidas no acórdão, a não realização do exame certamente diminuiu a possibilidade de evitar o dano final (de o autor ficar cego).

Tal conclusão corrobora com o entendimento de que a responsabilidade do hospital deve recair pelo fato de que se o exame tivesse sido realizado, o deslocamento poderia ter sido tratado precocemente e, talvez, o autor não tivesse sido fatalmente acometido pela cegueira.

É claro, contudo, que teria sido melhor se o acórdão tivesse despendido mais tempo na perda de chance. Porém, como o recurso não foi contra a aplicação da figura, o tribunal não precisou esmiuçá-la, tendo apenas confirmado a decisão das instâncias inferiores.

Novamente se diz: o autor não obteve a indenização pela cegueira, ou seja, não ficou comprovado que o réu, com seu ato, deu causa à cegueira (responsabilidade médica clássica). Todavia, tendo em vista que o exame deveria ter sido feito e não foi,

bem como que com ele, haveria chance da equipe médica ter diagnosticado o problema e ter procedido aos cuidados adequados para curar o autor, seria desarrazoado ao Direito calar-se diante da situação vivida pelo paciente.

Afinal, não se pode olvidar que o paciente entrou no hospital para melhorar do olho direito, isto é, para retirar a catarata que o acometia, mas saiu do instituto cego de um olho.

Assim, concordamos com o posicionamento do Tribunal em identificar e julgar o caso conforme o dano da perda de chance, uma vez que ficou estabelecido o nexo causal entre a conduta da equipe médica e a chance perdida (de o autor se curar da enfermidade ocular).

Vale lembrar que, se porventura, houvesse uma perícia médica que atestasse que independente da realização do exame, o autor ficaria cego de qualquer modo, ceifasse a possibilidade de indenização pela perda de chance.

3.2 Perda de chance de submeter-se a um tratamento menos invasivo

No que toca ao segundo caso, mais complexo que o primeiro, mencionamos o processo 6112/15.9T8VIS-L1-7, julgado pelo Tribunal da Relação de Lisboa, cuja data é 22.02.2022, de relatoria da Desembargadora Ana Resende¹¹⁹.

Relativamente à factualidade, uma mulher procurou uma clínica privada para realizar mamoplastia e extração de um nódulo. Segundo o que consta no acórdão, o nódulo precisava ser enviado para análise. A clínica, então, o enviou. Contudo, embora a mulher pedisse informações acerca do resultado do exame, a equipe não lhe informava, tendo somente mostrado o resultado quando o marido da autora começou a pressionar o consultório para a respectiva disponibilização.

Certo é que, posteriormente, outro médico detectou a presença de câncer na mulher, iniciando a autora da ação o tratamento adequado de quimioterapia. Todavia, naquele momento, o tratamento existente era muito mais invasivo, sofrido e difícil, motivo pelo qual ela teria perdido a chance de um tratamento melhor, em uma fase da doença que os cuidados seriam diferentes e menos invasivos.

Ponto relevante é que a clínica ré disse que enviou o nódulo para análise no laboratório no dia 20.02.2013, recebendo o resultado em 11.07.2013. Porém, o

¹¹⁹ Acórdão do TRL, de 22.02.2022, processo n.º 6112/15.9T8VIS-L1-7, Relatora Ana Resende.

laboratório informou que enviou o resultado à clínica no dia 05.03.2013 (isto é, com menos de um mês do diaque recebeu o nódulo para examiná-lo), **de maneira que teria a clínica demorado mais de 4 meses para informar o resultado à paciente.**

Assim, entendeu a paciente que o lapso de tempo entre a extração do nódulo, o envio e o conhecimento do resultado histológico, atrasou o início de seu tratamento, o que lhe gerou prejuízos e danos irreversíveis, tanto da parte sentimental, como física e econômica.

Segundo a vítima, o seu processo de menopausa iniciou-se antes do tempo; a sua memória ficou comprometida; teve prejuízos financeiros na empresa que havia criado recentemente; perdeu os momentos iniciais do filho bebê, teve a vida sexual com o marido sensibilizada, além de questões psicológicas que a levaram a tomar remédios.

Portanto, na lógica da autora, se a clínica tivesse cumprido o dever de informação, comunicando-lhe no tempo certo acerca do resultado do exame, as consequências teriam sido diferentes, já que o início do tratamento em estado mais avançado da doença significou um tratamento mais gravoso.

Em outras palavras, o que a autora entendeu é que os réus atrasaram o início de seu tratamento, de forma que reduziram ou impossibilitaram a probabilidade do sucesso no tratamento do câncer.

A sentença julgou improcedente o pedido autoral. Contudo, a Relação (tribunal de segunda instância) alterou a decisão singular.

Em primeiro lugar, destacou que o caso era de responsabilidade contratual. Depois, disse que o tempo útil para a obtenção do resultado do exame é uma obrigação de resultado, de forma que a entrega tardia do resultado do exame significou um incumprimento contratual. Apurou que os réus descumpriram o acordado e o dever de cuidado e informação. Também atentou ao facto de que não recai ao paciente a obrigação de pressionar o médico para saber o resultado de seu exame, sendo esta uma obrigação do profissional.

Explicou, assim, que a perda de oportunidade vivida pela autora ocorreu pela perda de chance dela ter iniciado o tratamento adequado na fase prematura, com mais chances de combater o câncer na fase inicial, reduzindo os danos sofridos.

A questão é que a Relação entendeu que os réus privaram a autora de obter um efeito mais favorável, traduzindo “numa chance real perdida de não enfrentar todos os efeitos perniciosos sofridos”.

Nas palavras do tribunal “*a comunicação ao doente, em Julho, do resultado do exame com a indicação de carcinoma, relativo a recolha feita em Fevereiro, constitui incumprimento por parte do médico (e da clínica), por privar o doente de não exponenciar todas as situações difíceis suportadas, verificando-se a possibilidade de obter um efeito mais favorável, com repercussões em termos de saúde e sofrimento decorrente, traduzida numa chance real perdida de não enfrentar todos os efeitos perniciosos sentidos... Tal situação merece tutela, até porque aceite que o diagnóstico precoce de um cancro constitui um prognóstico favorável ao seu tratamento, verificando-se uma situação de perda de chance, importando na obrigação de indemnizar*”.

O *quantum indenizatório* foi resolvido pelo critério da equidade, com fixação no valor de 50.000,00 euros.

Embora as nossas observações sobre o processo serão mencionadas no final, adiantamos que o primeiro comentário relativo ao acórdão infra é que a Relação de Lisboa reconheceu a aplicabilidade da perda de chance na responsabilidade médica, mas não em um caso em que se discutia perda de chance de sobrevivência (situação usualmente referida na doutrina) e, sim, perda da oportunidade de suportar sequelas menores ou de obter uma melhoria do seu estado de saúde.

Os julgadores entenderam que a perda de chance é um dano autônomo, e que a autora tinha chances de um tratamento menos pernicioso. Porém, diante da demora dos réus quanto ao resultado do exame, ela precisou passar por um tratamento muito pior e bem mais sofrido do que se tivesse descoberto o câncer no tempo certo, isto é, quando o laboratório enviou o resultado à clínica.

Como referimos no início, este processo foi objeto de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o que gerou o acórdão lavrado em 23.06.2022, do relator Vieira e Cunha, que passaremos a comentar.

No recurso de revista, os réus alegaram que não violaram o dever de informação, e que não tinham a obrigação de diagnosticar o tumor da autora, especialmente porque a obrigação que tinham era limitada aos esclarecimentos relativos à cirurgia estética em si, sendo a extracção do nódulo e envio para o laboratório uma liberalidade a favor da autora. Mais ainda, sustentaram que não foi comprovado que eles sabiam do resultado dos exames previamente ao conhecimento da autora. Por fim, defenderam que a autora não fez prova do dano de perda de chance,

nem dos danos oriundos do atraso na entrega dos exames.

Ao apreciar as alegações e conclusões dos recorrentes, o Juiz Conselheiro explicou que a intervenção cirúrgica englobava uma mamoplastia e a exérese do nódulo que foi dignosticado por outro médico, de forma que a obrigação não estava adstrita somente à cirurgia estética.

Explicou, ainda, que diante do carácter maligno do tumor, cabia aos réus a comunicação à paciente do resultado histológico, com certa urgência, a fim de serem desencadeados, de imediato, os procedimentos de diagnóstico e tratamento.

Neste sentido, foi enfático ao afirmar que recaía aos réus uma obrigação de resultado: de comunicar o resultado dos exames à paciente, encaminhando-a para o tratamento com outro profissional.

Interessante notar uma parte da decisão analisada que mostra que a aparência externa da paciente, que aparentava estar bem, não poderia ter afastado a atenção da equipe no sentido de serem cuidadosos diante do tumor.

Como bem dito pelo Conselheiro *“o estado de espírito do paciente que determina as obrigações decorrentes da *leges artis médica* – pelo contrário, é o resultado da boa aplicação da *leges artis* que pode determinar o paciente a encarar com seriedade as patologias de que sofre e que incumbe ao médico decifrar”*.

Relativamente à perda de chance, explicou que diante da natureza comprovada da doença, houve uma grande probabilidade de a oportunidade perdida ter contribuído para o agravamento das consequências da doença.

Para o relator, os requisitos da perda de chance foram comprovados: uma perda actual e efectiva; e a possibilidade favorável, real e séria, de que o dano não tivesse assumido a extensão que evidenciou, e que obrigou, entre o mais, comprovadamente, à mastectomia.

O Conselheiro foi objetivo ao afirmar que o atraso no diagnóstico, que levou a lesões mais extensas diante do tratamento tardio, é sim um dano indenizável, sendo que, na perda de chance, não se indeniza uma realidade, mas uma possibilidade. E dentro das possibilidades, uma probabilidade, não bastando uma mera expectativa.

Duas frases do Acórdão vão ao encontro do defendido pela maior parte da doutrina favorável à perda de chance como dano autónomo. São elas: *“o que o invocado dano de perda de chance permite é a antecipação da localização do dano, posto que o nexo de causalidade não se estabelece entre a conduta ilícita e culposa e o dano final*

sofrido, mas antes entre a referida conduta e a perda de uma possibilidade... O dano encontra-se assim nos casos intermédios, entre a certeza de que não existiu causalidade e a certeza jurídica da sua existência, sendo de afirmar que existe nexo causal na hipótese de um dano intermédio, diferente do dano final.”

Um ponto interessantíssimo do Acórdão é o pioneirismo do relator ao tentar propor uma forma de realização do cálculo para a indenização decorrente da perda de chance coincidente com o que a doutrina tem defendido com os métodos proporcionais e da diferença¹²⁰. A saber: “-avaliar primeiro qual o valor económico da expectativa de tratamento da neoplasia, menos penalizador, em termos de consequências definitivas para a saúde ou para a integridade física; - de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do acto antijurídico; - finalmente, este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e a seriedade das “chances” – aplicar-se-ia ao primeiro, para que se pudesse finalmente obter o valor pecuniário do dano da “perda de chance”.

Com relação ao dano, o Conselheiro propôs outra nomenclatura. Para ele, o dano sofrido pela vítima poderia ser chamado de dano biológico, que é autônomo e englobaria as mais diversas facetas da vida humana, como espiritual, cultural, afetiva, etc, daí que não se poderia dizer que o sofrimento da vítima foi apenas estético.

Observadas as ilações do juiz relator, compartilhamos-as. Não há dúvidas de que a obrigação do médico abrangia mais que a realização da cirurgia médica. Na verdade, a extração do nódulo fazia parte da cirurgia, sendo certo que por saber da malignidade, a atenção da equipe deveria ter sido outra.

A factualidade demonstra aquilo que o senso comum sabe: o atraso na comunicação do diagnóstico aos pacientes é uma forma de violação das *leges artis* do exercício da medicina, especialmente quando o paciente em questão padece de alguma doença prévia ou tem algum tumor.

Como bem reconhecido pelo STJ, atrasar um diagnóstico por mais de 4 meses em uma paciente com tumor certamente interfere na chance de cura ou de um tratamento menos invasivo.

Também compartilhamos da mesma visão do Tribunal de Relação em não limitar a perda de chance somente para casos de sobrevivência ou cura. Mesmo que, na

¹²⁰ Embora a equidade permaneça sendo um critério subsidiário e possível neste tipo de caso.

vida real, a autora da ação possa se curar atualmente (o que não se sabe), não se pode negar que o tratamento que ela realizaria se tivesse iniciado no momento correto seria menos penoso.

E não mencionamos isso só em razão da possibilidade de um tratamento menos doloroso em momento pretérito. Na verdade, como já expusemos, entendemos que a indivíduo possui chances que devem ser aproveitadas pelos profissionais de saúde, pois isto abrange também o conceito de obrigação médica.

Não bastava, portanto, que o médico realizasse a cirurgia e enviasse o nódulo para o laboratório. Ele deveria ter alertado a paciente sobre o câncer assim que recebeu o resultado do exame, afinal, naquela situação em específico, o tempo seria crucial para a sobrevivência da autora e a forma de tratamento da doença.

In casu, como a equipe médica dilapidou as chances da vítima de ter se curado com mais facilidade, já que comprovadamente, se ela tivesse iniciado o tratamento antes, teria respondido melhor ao mesmo, e provavelmente não teria sofrido da forma que sofreu, cabível é a responsabilização da clínica.

Para aqueles que eventualmente dirão que não é possível saber se a autora teria respondido ao tratamento se fosse diagnosticada da fase correta, reforçamos a perda de chance não se dá em diante do câncer, até porque não foi a equipe médica que causou a doença. No presente caso, a perda de chance aparece porque a vítima tinha, comprovadamente, chances iniciais de ser submetida a um tratamento mais suportável e eficaz, mas diante da inércia da clínica, precisou recorrer a um tratamento muito pior e menos eficaz.

Quanto ao Acórdão do Tribunal Superior, é com louvor e alegria que vemos a manutenção da decisão da Relação de Lisboa pelo STJ. Assim como ocorreu com a perda de chance processual, é possível que os tribunais e parte da doutrina portuguesa divergente, a partir deste acórdão, pensem em soluções para unificar a perda de chance no âmbito médico, aperfeiçoando traços ainda rústicos.

É inegável que a manutenção de um acórdão que reconheceu expressamente a perda de chance como um dano indenizável possui um valor simbólico, especialmente porque os juízes de primeira instância terão espécie de aval para julgar os casos que aparecem na prática jurídica, em que pese o Código Civil Português não tenha mencionado a chance como bem jurídico suscetível de indenização.

Para finalizar os nossos comentários sobre o acórdão, divergimos apenas sobre

como foi enfrentado o valor da indenização pela Relação de Lisboa.

Em nosso entender, deveria haver seguinte raciocínio numérico: 1) qual era a chance, no momento do diagnóstico correto, de haver um tratamento mais “delicado” e mais efetivo? e 2) qual é chance que a vítima passou a ter depois dos 4 meses de atraso no diagnóstico?

Na continuidade, definido o valor pelo atraso no tratamento que ocasionou em um novo tratamento mais árduo (3), bastaria realizar o cálculo da diferença entre 1 e 2 e aplicar o percentual ao valor referido no inicialmente (3).

Por exemplo: 1) autora tinha 70% de chance de iniciar um tratamento menos invasivo e mais efetivo contra o câncer 2) autora passou a ter 5% de chance conseguir realizar este tratamento, sendo necessário iniciar outro porque este seria insuficiente e 3) €10.000.

Realizando o cálculo encontramos 65% (70% – 5%) de €10.000 = €6.500 de indenização pela perda de chance do melhor tratamento possível no momento correto de diagnóstico.

Não ignoramos que o método matemático possa ser um novo desafio para os operadores e auxiliares do direito. Mas a perícia médica deve ser capaz, por intermédio da literatura médico-científica, de apresentar os percentuais relevantes, sem se olvidar da responsabilidade dos advogados que devem apresentar as perguntas corretas aos peritos.

Superada a exposição dos julgados portugueses, passamos a conhecer os casos escolhidos que fazem parte da jurisprudência brasileira.

Diferentemente de Portugal, no Brasil, por questões demográficas óbvias, há bastantes decisões judiciais sobre o tema, muito embora costumem padecer do mesmo problema português: o medo de enfrentamento efetivo sobre a perda de chance no direito à saúde, isto é, aprofundamento de pontos destacados pela doutrina civilista.

3.3 Perda de chance de cura com resultado morte

O primeiro processo a ser analisado é um Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, muito recente, 07.03.2023¹²¹.

¹²¹ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de 07.03.2023, processo n.º 0003406-25.2020.8.16.0190, Relator Salvatore Antonio Astuti.

Diferente dos casos narrados acima, o que agora pretendemos apresentar teve o resultado morte, daí que os filhos da falecida ingressaram com ação indenizatória aduzindo que diante da falha no atendimento médico, sua mãe faleceu, visto que não foi diagnosticada com H1N1, restando ausentes os cuidados devidos para a doença.

Segundo consta da factualidade, a *de cujus* procurou o Hospital Municipal de Maringá no dia 29.05.2018, com sintomas gripais, e a equipe médica a diagnosticou com orofaringite hiperemiada.

Sem melhorar, ela retornou ao hospital em 01.06.2018, pois além de piorar, também caiu no banheiro de sua casa, apresentando hiperemia e placas.

Na terceira vez que retornou ao hospital, havia problemas no pulmão da senhora. No mesmo dia, pela noite, ela voltou ao hospital, onde constataram hipotensão idiopática em paciente hipertenso.

Em 05.06.2018, a médica anotou no prontuário da vítima que ela sofria de uma dificuldade extrema de ventilação, com insuficiência respiratória aguda.

A partir do dia 05.06.2018, depois do resultado do PCR reagente, a médica decidiu iniciar o protocolo do remédio Tamiflu, com antibióticos e corticoides na falecida.

Contudo, dois dias depois do início do protocolo, a mãe dos autores faleceu, constando em seu documento de óbito, como causa da morte, sepse foco pulmonar/pneumonia.

A sentença julgou o pedido autoral procedente em parte para indenizar a prole da vítima pela morte da mãe em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Em sede recursal, a parte ré (o Município de Maringá que é responsável pelo Hospital Municipal), alegou que não ficou comprovado a existência de erro médico, especialmente porque a idosa foi tratada de acordo com os sintomas que apresentava.

Assim, diante da ausência de nexo de causalidade entre a conduta dos médicos do hospital e o óbito da paciente, recorreu a apelante para que a sentença fosse alterada.

Para o desembargador relator responsável pelo caso, não ficou comprovado que os médicos deram causa à morte da vítima (erro médico – responsabilidade médica clássica).

Contudo, disse o desembargador que embora não se tenha certeza de que a pneumonia que matou a vítima tenha se originado do vírus H1N1 (pois não há diagnóstico final), não haveria dúvidas de que ela perdeu a chance de ter recebido tratamento recomendado à época que foi ao hospital, o que poderia ter mudado o curso da evolução do quadro de pneumonia, afinal, apenas depois de uma semana é que os médicos decidiram administrar o fármaco Tamiflu.

O julgador afirmou que houve omissão da equipe médica ao não seguir os protocolos recomendados pelos órgãos de saúde. Acrescentou que se a vítima tivesse sido atendida de forma adequada e tempestiva, sua sorte poderia ter sido outra.

Nas palavras do Exmo. Desembargador: *“Dessa maneira, embora não se possa concluir que, ainda que tivesse havido o diagnóstico a tempo, o evento morte não aconteceria, é certo que a não utilização do protocolo para tratamento de H1N1 retirou da paciente a possibilidade de ter uma sobrevida maior, ou até a cura, atraindo, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance.”*

Quanto ao valor de indenização, o Desembargador afirmou que o valor arbitrado pelo primeiro juiz deveria ser alterado, pois não se podia indenizar com base no dano final morte, mas sim pela perda de chance, motivo pelo qual o valor deveria ser reduzido.

Como didaticamente dito pelo magistrado: *“É diferente dizer que o erro médico causou a morte do paciente do que falar que o erro médico reduziu as possibilidades concretas e reais de cura de paciente”*.

Deste modo, os valores das indenizações foram reduzidos para R\$ 24.500,00 e R\$ 28.000,00 (o que equivale, grosso modo, a cinco mil euros).

Engana-se, porém, quem pensa que o voto do Desembargador Relator foi seguido pelos demais desembargadores.

Na verdade, houve um desembargador parte do quórum que entendeu de forma diversa do relator.

Para o Desembargador Lauri Caetano, o fato de não ter ficado comprovado que a vítima faleceu em decorrência de complicações respiratória provocadas pela infecção do vírus H1N1 seria motivo suficiente para afastar a indenização.

Segundo ele, *“inexistindo indicação de infecção pelo vírus da gripe H1N1, fato confirmado pelo perito médico, não há como sustentar que a ausência, não confirmada, de prescrição do medicamento Tamiflu – indicado para tratar dos*

sintomas dessa gripe - nos primeiros atendimentos da Sra. Terezinha no Pronto Atendimento, foi causa determinante para o agravamento do seu quadro de saúde e para o infeliz resultado morte”.

No que toca à perda de chance, disse o Relator não ser cabível no caso concreto, uma vez que a chance de sobrevivência da falecida não foi frustrada pela equipe médica que lhe atendeu, tendo inclusive como concausa a idade elevada da vítima.

A proposta de decisão do desembargador acima citado foi afastada pelos demais julgadores, de modo que prevaleceu a versão do relator, em que a perda de chance foi aplicada.

Para iniciar a parte dos comentários acerca do caso concreto, um detalhe processual deve ser mencionado: o Tribunal alterou, oficiosamente, o fundamento da causa de pedir.

Como relatamos, o fundamento dos filhos da falecida era a morte da mãe por erro médico, ou seja, os filhos ingressaram em juízo para obter indenização com base no dano final.

Contudo, ao analisar o recurso do réu, o Tribunal entendeu ser caso de perda de chance (tese nunca levantada pelos autores).

O Tribunal, para evitar críticas jurídicas posteriores, alegou que sua decisão não violaria o princípio do pedido, pois o artigo 322, §2º, do Código de Processo Civil do Brasil aduz que *“a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”*.

Também disse que não haveria decisão surpresa, citando alguns precedentes do STJ.

Com a devida vênia, entendemos que a tese de perda de chance precisa ser invocada pelas partes e não oferecida livremente pelo Tribunal ao afastar a indenização pelo dano final. Contudo, a nível de economia processual e celeridade, caberia ao julgador a tarefa de ser gestor e despachar para que as partes se manifestassem sobre a aplicação da tese da perda de uma chance.

Com este despacho, o problema da decisão surpresa poderia ser superado, afinal, quando o julgamento ocorresse, nenhuma das parte seria surpreendida com a tese aceite pelo Tribunal.

Seja como for, esta tese não tem cunho processual, pelo que não deve detalhar a questão principiológica processual que está presente no acórdão, em que pese as

observações acima exemplifiquem o nosso entendimento diverso quanto à parte relativa ao processo civil (violação ao princípio do pedido e vedação da decisão surpresa).

A única ressalva deste acórdão é efetivamente a parte processual, pois a matéria de Direito propriamente dita parece ser apropriada, se não vejamos.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que segundo o documento oficial que tem fé pública, a genitora não faleceu em decorrência de H1N1, mas sim por pneumonia.

A suposta H1N1 não foi comprovada como causa de morte, pelo que, em um raciocínio frio e direto, o hospital não poderia se responsabilizado por não ter prestado o cuidado de saúde como H1N1, já que em tese a vítima não padecia da respectiva doença.

Acontece que, um dos motivos de a H1N1 não ter sido comprovada deu-se porque os médicos não fizeram o exame, ou seja, é possível que a idosa tenha sofrido com o vírus e ele tenha causado a pneumonia. Houve, portanto, uma falta de cuidado/zelo ao decidir os exames e o diagnóstico da falecida.

Entretanto, o que é crucial no presente caso é que naquele ano em específico havia uma série de recomendações do Estado no sentido de tratar precocemente os sintomas que a vítima tinha com Tamiflu, especialmente em virtude da idade elevada da falecida. No entanto, apenas depois de uma semana é que foi iniciado o protocolo correto, isto é, aquele que deveria ter sido feito inicialmente.

Diante destas considerações, é elementar aplicar a figura da perda de chance no caso concreto, uma vez que se os médicos tivessem avaliado corretamente a senhora, a chance de cura/sobrevida dela com certeza seria maior.

Não se está dizendo que se a vítima tivesse ingerido o Tamiflu, teria sobrevivido. Porém, ao não tomá-lo por não ter sido diagnosticada, certamente teve diminuída a sua chance de se curar da doença e sobreviver às complicações.

As chances com o remédio Tamiflu eram altas, sérias e relevantes, se o fármaco tivesse sido dispensado no tempo correto. Infelizmente, de forma intempestiva, as chances sucumbiram, levando ao resultado morte.

Deste modo, compartilhamos do entendimento vencedor do acórdão.

Quanto ao voto vencido (contra a perda de chance), alguns comentários também podem ser feitos.

Com a devida vênia ao Desembargador que discordou do relator, somos da opinião de que a perda de chance foi mal interpretada na visão do julgador.

Isto porque, diferente do que foi dito pelo desembargador divergente, o simples fato de a vítima ter sido atendida pelos médicos não acarreta no afastamento da perda de chance. Ora, os médicos, seja qual for o tipo de relação laboral, submetem-se aos deveres de cuidado/prestação de serviços de saúde, daí que, não basta apenas atender o paciente, mas atender conforme a *legis artis*.

No mais, também não concordamos com a parte de que a idade da vítima a prejudicou. A razão é simples: se fosse para ser arbitrada indenização pela morte, a idade da vítima poderia ser relevante ao serem sobrepesados os critérios para a definição do *quantum indenizatório*. Porém, na perda de chance, seja para uma pessoa idosa ou uma pessoa jovem, todos têm alguma chance, daí que, a idade da vítima não afasta a utilização da perda de chance, mas pode servir para ajudar a descobrir a porcentagem de chance relevante.

Somos, portanto, da visão de que a avaliação correta e tempestiva da senhora falecida poderia ter aumentado significativamente a chance de sobrevivência dela, mesmo sendo uma pessoa idosa.

3.4 Perda de chance de evitar uma amputação

O segundo caso brasileiro a ser apresentado vem do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no âmbito do Processo n.º 1015194-82.2016.8.26.0577, julgado em 23 de julho de 2022, sendo de relatoria da Desembargadora Maria Laura Tavares.

Segundo o que consta no acórdão¹²² a respeito da faturalidade, o autor da ação, um homem diabético, procurou um hospital público em março de 2014, com fortes dores, ardência, inchaço na perna direita, o que o levou a ser submetido a um procedimento cirúrgico.

Em 2015, o autor começou a apresentar os mesmos sintomas, mas com dores na perna esquerda. Assim, em 12 de janeiro de 2015 procurou o hospital, onde foi prescrito o uso de medicamentos para dor por 12 dias.

Acontece que, depois de uma semana tomando os remédios, as dores

¹²² Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 23.07.2022, processo n.º 1015194-82.2016.8.26.0577, Relator Maria Laura Tavares.

continuaram, o que levou o autor a procurar novamente o hospital. Ao ser consultado, foi informado pela equipe médica de que, no seu caso, a única opção que existia era a amputação da perna esquerda, o que se sucedeu.

Assim, o paciente ingressou com ação judicial alegando que houve erro da equipe médica ao lhe prescrever em 12 de janeiro de 2015 somente medicamentos.

O juiz de primeira instância julgou procedente o pedido aduzido na ação indenizatória, reconhecendo o nexo de causalidade relativamente ao primeiro atendimento médico e a amputação da perna esquerda.

Em grau de recurso, os réus recorreram da decisão, alegando, em suma, que o atendimento médico prestado foi correto, de forma que não existiria nexo causal no caso concreto.

Sobre a decisão em si, a relatora do recurso, após enfrentar as exceções e os pedidos de nulidade, discorreu sobre a responsabilidade do Estado, já que a vítima procurou um hospital público, além de transcrever partes do laudo pericial.

Segundo a Desembargadora, em sua decisão sucinta, o caso a ser analisado deveria ser visto conforme a teoria da perda de uma chance no âmbito médico, uma vez que o paciente foi privado de um diagnóstico correto, tendo sido prejudicado ao não ter uma terapêutica adequada e útil a sua cura.

Para ela, a vítima tinha uma chance real e séria de continuar com a perna esquerda, mas diante da conduta médica, a chance foi perdida.

Dito de outro modo: o autor da ação perdeu a chance de prosseguir a sua vida com todos os membros inferiores.

Há um trecho do acórdão que nos chamou a atenção e que se transcreve: “*O fato de o autor, naquela oportunidade, estar com seus níveis de glicose elevados, ou seja, com sua doença descompensada, não justifica a prestação deficitária do serviço de saúde e muito menos o tempo em que buscou o segundo atendimento médico ratifica o resultado aturado pelo paciente, quando já havia sido identificada infecção no seu pé.*”

Compartilhamos do entendimento da Relatora quando refere que a condição pessoal do doente não pode culminar em um tratamento deficiente por parte dos médicos, contudo, lamentamos que o acórdão não aprofunde o tema da perda de chance, nem explique porque deve ser utilizada a perda de chance em vez da responsabilidade civil clássica, ou, ainda, faça diferença entre o valor do dano final e o

valor da indenização no caso de perda de chance.

Na verdade, até o presente momento, são poucas as decisões judiciais que esmiuçam a temática. Como já dito no decorrer desta tese, muitas vezes a perda de chance é aplicada, porém sem menção expressa; outras vezes o problema recai no valor da indenização, já os magistrados fixam equitativamente e não conforme a porcentagem da chance; sem se olvidar das vezes que o dano final é confundido com o dano da perda de chance.

É bastante claro que se existisse uma doutrina unânime e base legislativa sobre a perda de chance, os acórdãos seriam mais ricos e detalhados.

Independentemente destes pontos, sob a nossa perspectiva, assiste razão à magistrada ao manter a condenação dos réus, sobretudo ao se ler os fragmentos da prova pericial que foi contundente ao afirmar que os cuidados de saúde prestados no atendimento que antecedeu a amputação foram deficitários.

De acordo com a perícia judicial, havia uma infecção no pé do autor que poderia ter sido diagnosticada e tratada no dia 12 de janeiro de 2015. Todavia, o corpo médico do hospital procedeu de forma diferente àquela sugerida pela literatura médico-científica.

Ora, se bem entendemos a situação vivida pelo autor, ele era um paciente diabético com histórico antecedente de intervenção cirúrgica na perna contrária. Isto por si só deveria preocupar a equipe médica, afinal, não estariam tratando uma pessoa saudável, mas alguém com algum histórico.

Depois, tendo o paciente diabético uma infecção no pé, parece-nos evidente que ele deveria ter sido melhor monitorado, e não simplesmente saído do hospital com um medicamento padrão para dores, como uma pessoa normal e saudável costuma receber.

Era, evidentemente, caso de investigar a fundo o doente, inclusive porque é do conhecimento comum os inúmeros casos de amputações em pessoas diabéticas.

Muitas das vezes que se escuta falar de amputações em diabéticos, são pessoas que deixaram a infecção progredir. Mas esta não foi a situação do autor, na verdade, pelo contrário: ele desde o começo procurou ajuda médica.

Aqui neste acórdão novamente ocorre o problema processual já exposto: o reconhecimento, de ofício, pelo julgador sobre a possibilidade de aplicação da perda de chance, situação que rechaçamos.

Na verdade, se fosse aplicado o devido rigor, ao Tribunal entender pela

utilização da perda de chance, deveria ter alterado o valor da indenização, pois como muito já dito nesta dissertação: os valores de indenização não podem ser iguais para o dano final e para a perda de chance.

Embora se entenda a possível razão pela qual o Tribunal se calou (proibição da *reformatio in pejus* sem pedido expresso da parte contrária, vulgo réus/apelantes), da forma que o texto ficou redigido, seria igual pedir indenização pela amputação da perna e pela perda de chance de continuar com a perna esquerda.

Ao analisarmos a situação, pensamos que a perda de chance é claramente aplicada ao caso concreto, pois como visto, a chance de cura/permanecer com o membro inferior não existe mais, pois a perna foi efetivamente amputada. Porém, se ficasse comprovado que no primeiro atendimento, com o atendimento correto, a vítima não tinha chances de sofrer amputação, mas com a negligência dos médicos, perdeu a perna, restaria óbvia a desnecessidade da perda de chance, pois o dano final estaria configurado.

Com isto queremos dizer que há casos que a perda de chance é a única alternativa à vítima, por exemplo quando alguém perde a chance de se curar de um câncer em virtude de uma falha de diagnóstico, já que nestes casos o médico não responde pela morte (dano final) porque ele não deu causa à doença. No entanto, se há como comprovar que o médico deu causa à morte, por exemplo ao negligenciar uma veia durante uma cirurgia e a vítima ter uma hemorragia, vindo à óbito, inexistente motivo para usar a perda de chance.

Somos, portanto, parte do grupo que discorda da aplicação concomitante de indenização pela perda de chance e pelo dano final, pois defendemos o caráter subsidiário da perda de uma chance na responsabilidade médica.

Sem prejuízo disto, entendemos que o acórdão aplicou corretamente a perda de chance, uma vez que quando a vítima foi ao hospital pela primeira vez, tinha uma chance alta, séria e atual de continuar com o membro inferior. No entanto, em virtude da falha no tratamento, o paciente foi privado da chance de continuar com seu pé ou, dito de outro modo, perdeu a chance de evitar uma amputação.

3.5 Perda de chance de reimplantar um dedo

O último caso que relataremos advém do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, processo n.º 0803434-95.2013.8.24.0023, relatoria do Desembargador Francisco Oliveira Neto¹²³.

O autor da ação processou o Estado de Santa Catarina alegando que no dia 04.04.13 sofreu um acidente doméstico que causou a amputação do seu dedo polegar esquerdo. Chamado o socorro, chegou ao hospital por volta das 13 horas, juntamente com o seu dedo que estava conservado em gelo.

Segundo o que consta da factualidade, os médicos analisaram o dedo amputado e disseram que ele estava em boas condições, de forma que poderia ser reimplantado na mão do autor da ação.

Sucedeu, porém, que às 23 horas, quando foi para a sala de cirurgia, o autor descobriu que o dedo não poderia ser reimplantado em sua mão, pois o estado de conservação não permitia a operação.

Logo, ficou o autor da ação sem a operação e sem o dedo amputado.

Na petição inicial, o autor explicou que a negligência do hospital se deu em dois momentos: no tempo excessivo de espera para a realização da cirurgia de reimplante e na conservação inadequada do membro por parte da equipe médica.

O réu defendeu-se argumentando que a cirurgia não foi realizada em razão do tipo de lesão que causou um grande dano aos tecidos do autor.

O juiz de primeira instância julgou procedentes os pedidos da petição inicial, condenando o réu a indenizar a vítima por danos morais em R\$ 17.500,00.

Em sede recursal, a tese do réu foi no sentido de que o reimplante do membro amputado não ocorreu única e exclusivamente em virtude do acidente doméstico sofrido pelo autor, e não pelo atendimento médico negligente, conforme sustentado pelo paciente.

Ao analisar o recurso, o desembargador citou que a prova documental demonstrou que a cirurgia não ocorreu porque a lesão que o paciente tinha perdurava há mais de 8 horas e, para o reimplante, a cirurgia deveria ocorrer com menos de 8 horas do acidente.

De acordo com o julgador, a perícia comprovou que o dedo ficou por mais de 10 horas no mesmo recipiente, sem a devida troca de gelo, de forma que não ficou

¹²³ Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, de 14.11.2017, processo n.º 0803434-95.2013.8.24.002314., Relator Francisco Oliveira Neto.

resfriado e conservado da maneira correta.

Mais referiu que segundo o perito, se o dedo tivesse sido conservado de modo adequado e a cirurgia tivesse sido feita no tempo correto, o procedimento teria chance relevante de ser exitoso, pois na maior parte das vezes as chances de sucesso rondam 85 a 90%.

Nas palavras do Desembargador, *“a negligência dos servidores públicos do réu fez com que o autor não tivesse sequer a chance de tentar o reimplante do membro amputado, seja pela falta de acondicionamento do dedo amputado, seja pelo tempo decorrido entre a lesão e a cirurgia que realizaria tal procedimento”*.

A perda de chance foi aplicada porque havia uma possibilidade séria e real de reimplante do membro amputado, mas que foi desperdiçada pela equipe do hospital.

No que toca à indenização, o julgador utilizou os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, concordando com o valor arbitrado pelo magistrado de origem.

Analisado o acórdão, entendemos que este é um caso muito didático para explicar a importância da perda de chance, bem como salientar a necessidade de uma nova visão sobre a forma de cálculo das indenizações.

Para iniciar, concordamos integralmente com a utilização da perda de chance neste cenário. Ainda que o hospital tivesse comprovado que havia um caso fortuito ou de força maior, nada muda o fato de que deveriam ter armanezado o dedo da maneira correta para possibilitar o reimplante, especialmente porque o fator tempo é crucial neste tipo de situação.

Se o hospital não tinha condições de realizar o procedimento por falta de vagas ou médicos, deveria ter solicitado a transferência do paciente, pois com a mudança de hospital, a chance do autor poderia ser aproveitada.

Nisto constitui a chance do doente. Para que o hospital tivesse aproveitado e respeitado a chance do autor da ação, deveria ter conservado o dedo adequadamente e procedido à cirurgia em tempo hábil ou enviado o paciente a outro hospital.

As chances deste caso concreto eram altíssimas. É claro, porém, que não existe garantia em termos de medicina. Mas a responsabilidade do hospital não recai sobre o insucesso do procedimento, e sim pela perda de chance de proceder ao reimplante.

Se o tratamento tivesse sido o correto e depois de realizada a cirurgia o dedo não funcionasse, a responsabilidade, em regra, não seria do hospital. Porém, como referido, o autor sequer teve a chance de tentar reaver o seu dedo amputado.

Outra questão que também é bastante evidente é a contradição da alegação do hospital. Em sua defesa, alegou que o insucesso do reimplante deu-se pela própria lesão no dedo do autor.

Ora, se o dedo estava lesionado e não havia chances de reimplantar, perguntamos porque fizeram o autor armanezar o dedo por tantas horas e porque o levaram ao centro cirúrgico.

Temos que os sucessivos erros do hospital culminaram na perda de chance de tentar o reimplante. Na verdade, se analisarmos profundamente a questão, verificamos que ainda que o procedimento fosse dentro das 8 horas, provavelmente a ausência de conservação adequada do dedo teria prejudicado o procedimento.

Neste caso, o pior dos mundos aconteceu, designadamente com a demora excessiva e inaceitável do hospital em realizar a cirurgia, tendo em vista se tratar de algo urgente e com risco permanente; e com descaso dos profissionais na conservação do dedo.

Quanto à conservação do dedo, embora na responsabilidade médica fale-se em obrigação de meios, pensamos que a responsabilidade pelo armazenamento do dedo deveria ser uma obrigação de resultado. O hospital teria que garantir que o dedo estaria conservado corretamente.

Sobre o valor da indenização, discordamos da posição do juiz de origem de julgar conforme o critério da equidade.

Em nosso sentir, o magistrado deveria ter realizado o seguinte raciocínio: 1) qual era a chance de ser possível o reimplante se aplicadas as recomendações científicas no momento que o paciente chegou ao hospital? 2) depois do ato ilícito, para quanto foi a chance de êxito de realizar o reimplante?

Com a diferença dos percentuais, aplicar-se-ia ao valor da indenização (que então depende dos parâmetros do Tribunal e tem relação com o valor do dano final).

Para exemplificar, se a chance de êxito do reimplante era de 85% se o paciente tivesse sido atendido conforme determina a literatura científica, mas diante do ato ilícito do réu (excessiva espera para a cirurgia) passou para 0%, significa que a indenização será calculada como 85% do valor do dano final.

Sob outra ótica, se a chance de êxito do reimplante era de 85% se o paciente tivesse sido atendido tempestivamente, mas com a demora do hospital passou para 15%, a indenização seria de 70% do dano final.

Neste último raciocínio, a indenização existirá porque a equipe médica perdeu 70% de chance (de 85 inicial) que o paciente tinha de ter êxito no reimplante. Todavia, salientamos que a indenização somente existirá se o reimplante não for possível. É que, Como a responsabilidade civil impõe a existência de um dano e a teoria da perda de chance obriga que exista uma chance sem volta, portanto, perdida, não terá lugar qualquer indenização se, por ventura, conseguirem reimplantar o dedo, com retorno das funções.

Assim sendo, admitimos a aplicação da perda de chance médica nos casos de impossibilidade de tentativa de reimplante, em especial no presente caso, uma vez que havia uma chance relevante, alta e séria que foi perdida completamente pelo ato ilícito do hospital.

CONCLUSÃO

O número de processos judiciais contra profissionais de saúde e hospitais tem crescido significativamente, seja no Brasil ou em Portugal.

Sobre esta questão, o observador passa a questionar-se se a qualidade do ensino da medicina diminuiu ou se seria uma questão econômica no sentido de reduzir custos por parte dos hospitais.

Se, por um lado, a resposta para esta pergunta parece ser difícil de se obter, por outro lado, o acesso à informação e a noção sobre a responsabilidade médica não passam despercebidos por parte do “doente médio” que, por sua vez, tem a seu dispor os benefícios da globalização para pesquisar os seus sintomas ou a sua doença.

Como referimos no capítulo 2 da presente pesquisa, o caráter mítico que o profissional de saúde gozava no passado, praticamente deixou de existir. Por consequência, o paciente é, atualmente, mais esclarecido e crítico, de forma que, ao entender que foi submetido a um tratamento inadequado, reivindica a devida justiça.

Acontece que, no âmbito processual, ainda que o paciente procure os Tribunais por intermédio de seus advogados a fim de ser indenizado pelo suposto erro médico, é certo que a prova acerca do citado erro é difícil de ser feita.

Na verdade, a dificuldade para o advogado é de comprovar que a conduta médica deu causa à morte ou à paralisia, pois no âmbito da saúde, há concausas e prognósticos imprevisíveis.

Assim, o cidadão comum pergunta-se como situações absurdas são alheias à Justiça, ou melhor, como podem os Tribunais ignorar as manifestas injustiças do atual sistema de responsabilidade civil. Não seria caso de alterar a legislação? Utilizar presunções judiciais? Impor a inversão do ônus da prova para qualquer situação relacionada à responsabilidade médica, pois o paciente é hipossuficiente?

Neste contexto surge a ideia da perda de chance na responsabilidade médica.

Trata-se de indenizar o paciente que tinha uma especial chance de conseguir um resultado positivo ou de evitar um prejuízo, mas que teve a oportunidade suprimida pela conduta do profissional de saúde.

Concretamente, esta chance poderia ser de evitar a evolução de uma doença; de obter a cura de uma enfermidade, de sobreviver a uma doença grave, entre outras situações.

Basta imaginar que Maria consulta o Dr. Pedro porque há anos evacua com sangue, além de apresentar diarreias com frequência. Maria conta ao médico que tem parentes com câncer colorretal e que está preocupada, pois leu na internet que este tipo de câncer é o segundo mais letal. O Dr. Pedro, por sua vez, afirma que possivelmente se trata de um sangramento derivado das hemorróidas e as diarreias são fruto de alguma intolerância alimentar, sendo necessário somente um hemograma de rotina que acusa normalidade, com exceção de uma levíssima anemia.

Dois anos após a consulta, Maria é internada de urgência no Hospital, onde ao realizarem uma colonoscopia, descobrem que ela possui câncer colorretal que, no atual momento, não tem possibilidade de cura, pois está muito avançado.

Ora, se ficar comprovado que Maria já tinha o câncer quando consultou o Dr. Pedro - sendo possível o diagnóstico - e que, naquela altura, ela tinha chances sérias, reais e relevantes de cura, parece-nos evidente que houve perda de chance de cura.

Ninguém estará imputando ao Dr. Pedro o câncer colorretal de Maria. Estará, sim, imputando ao médico a responsabilização por não ter aproveitado as chances que Maria tinha de cura e que foram desperdiçadas por ele quando decidiu simplesmente realizar um mero hemograma.

Entendemos, com base nesta perspectiva, que a chance é parte do bem jurídico “saúde”, como se fosse uma camada do direito à saúde/vida, mesmo que o legislador nada tenha dito sobre isso, até porque cremos que ela está implícita nos cuidados com a saúde e com a obrigação médica, seja a nível contratual ou não.

Portanto, no caso citado, somos da opinião de que o Dr. Pedro tinha a obrigação de aproveitar as chances que Maria tinha de se curar quando o procurou. Para tanto, deveria ter começado com os exames de colonoscopia e fezes, até porque Maria disse a ele o histórico familiar de câncer colorretal.

Note-se que é consideravelmente diferente imputar ao médico a obrigação de cura do câncer¹²⁴ e a obrigação de aproveitar as chances do paciente de se curar, o que a perda de chance propõe.

¹²⁴ Como já referimos, o médico não tem obrigação de curar o paciente, até porque a cura não depende somente dele. Tem, no entanto, a obrigação de agir conforme a *legis artis*, impondo, inclusive, o

A respeito da dogmática sobre a perda de chance no âmbito da saúde, esclarecemos que, para nós, se trata de uma categoria que faz parte do dano e não da causalidade.

Diante disso, como entendemos que se trata de um dano autônomo e não de uma causalidade parcial ou probabilística, compartilhamos o entendimento de François Chabas sobre a existência da teoria falsa e verdadeira da perda de chance, uma no âmbito da causalidade e outra no dano.

A razão principal pela qual acreditamos não ser caso de causalidade é porque não aceitamos a posição de que a indenização será pelo dano final, mesmo que proporcional. Ora, ainda que o dano final exista no mundo Kelsiano do ser, não se fará prova da existência dele, mas sim de que existia chances idôneas, consistentes e sérias dentro da esfera jurídica do paciente que, infelizmente, foram desperdiçadas pelos profissionais que lhe atenderam.

Adotamos, portanto, a posição de que a única maneira de permitir a reparação da vítima, sem ferir os pressupostos da responsabilidade civil, é utilizando o mecanismo da perda de chance como dano autônomo.

Aqui vale lembrar que se diz autônomo porque é um dano distinto do dano final morte, por exemplo. Ainda, é um dano autônomo porque tem relevância, por si só, e integra a esfera jurídica do lesado, pelo que, ao deixar de integrar, possibilita uma indenização.

Reafirmamos, por ser conveniente, que entendemos que a perda de chance possui caráter subsidiário. Com isto pretendemos dizer que, se o doente consegue comprovar o dano final, não carece de utilizar a perda de chance. Simultaneamente, se ainda há chances de evitar o resultado final, como por exemplo com outro tratamento, não há espaço para a perda de chance, pois a chance não foi totalmente eliminada.

Em relação às chances propriamente ditas, temos que a oportunidade precisa ser relevante e não hipotética. Contudo, ainda temos algumas dúvidas sobre o percentual mínimo de 51% de chance indicado por alguma doutrina, pois pensamos que percentuais menores, ou melhor, chances inferiores a 51% que foram desperdiçadas não deixam de ser chances, e, portanto, caberia a aplicação da teoria da perda de chance, especialmente pelos motivos que fizeram a figura ser tão utilizada pela jurisprudência, a saber: justiça

aproveitamento das chances do doente.

material, reparando a vítima na proporção daquilo que lhe foi tirado e punindo o lesante na proporção que sua conduta resultou na perda de chance do doente lesado.

Discordamos da posição doutrinária francesa de dividir os casos de perda de chance em clássicos e no âmbito da responsabilidade médica, uma vez que, para nós, em ambos os casos o resultado final é idêntico: chances que foram perdidas.

Quanto às hipóteses de utilização da perda de chance, parece-nos que os casos de falha no dever de informação prescindem da utilização da perda de chance, pelo que subscrevemos a posição contrária à figura no âmbito das Wrongful Actions (nascimento indevido/indesejável).

Com isto, demonstramos nossa posição de que a perda de chance no âmbito médico assenta-se para os casos em que alguém perdeu a oportunidade que tinha de se curar, de sobreviver, de ter sequelas menores ou de ser submetido a um tratamento menos invasivo. Inserimos o reimplante na parte de cura, porque é como se o doente tivesse perdido a chance de curar ou superar o amputamento do membro.

Relativamente à atividade dos Tribunais, temos três considerações a fazer.

Em primeiro lugar, tendemos a concluir que os juízes, seja em Portugal ou não, ao utilizarem a perda de chance de forma indireta, sem mencioná-la explicitamente, como têm feito atualmente, ou utilizando-a de forma rasa, impedem a evolução da figura e o seu refinamento, ao mesmo tempo que corroboram o entendimento de que o modelo tudo ou nada da responsabilidade civil é iníquo.

Em segundo lugar, nos opomos a utilizar a perda de chance officiosamente nos processos. Para nós, por respeito aos princípios processuais, é a parte que precisa invocar a utilização da perda de chance, e não o magistrado que decide utilizar a perda de chance porque vê que o autor não conseguirá comprovar o dano final.

Ainda sobre os Tribunais, divergimos dos diversos acórdãos brasileiros que confundiram dano moral com perda de chance. Parece-nos bem que algumas situações de perda de chance estejam relacionadas a violações aos direitos de personalidade, mas não é correto afirmar que toda perda de chance gera um dano extrapatrimonial¹²⁵.

¹²⁵ Na verdade, o que pode ocorrer é excepcionalmente uma situação de perda de chance também caracterizar um cenário de dano moral. Basta pensar em um diagnóstico tardio que gerou um problema psicológico grave na vítima.

No que toca ao *quantum* indenizatório, verificamos que a regra proporcional (uma percentagem a ser calculada com base no dano final) não é a mais indicada, o que nos faz defender a regra da diferença.

Para tanto, alertamos quanto à necessidade uma boa prova pericial (e de quesitos/perguntas certas por parte dos advogados), pois o senhor perito deverá ser capaz de responder às perguntas sobre os vários percentuais, como qual era a chance antes da atuação médica e para quanto ela passou com a conduta médica.

Ainda sobre os peritos, pensamos que seria interessante que o legislador ponderasse criar um banco de peritos judiciais especializados em erro médico. Isto porque, ninguém nega o notório corporativismo médico e os casos de parcialidade que podem existir. Ademais, se existissem peritos judiciais do Estado, a prova pericial – que costuma ser custosa – poderia ser acessível a mais doentes.

Aqui chegados, para nós, urge aos juízes que, ao aplicarem a perda de chance, demonstrem como decidiram ou calcularam o valor da indenização.

Isto leva ao seguinte comentário: o legislador precisa deixar a inércia e agir para positivar a perda de chance no ordenamento jurídico, mas sobretudo para regulamentar a figura, especialmente sobre os métodos de cálculo da indenização, pois não é aceitável que os juízes decidam aleatoriamente valores, tal como têm feito no Brasil e até em Portugal.

Reconhecemos, por fim, a dificuldade da aplicação adequada da perda de chance no âmbito médico, sobretudo pela quantificação e qualificação da chance, mas somos da opinião de que as vantagens trazidas pela figura superam os empecilhos jurídicos que, a nosso ver, podem ser vencidos com os esforços conjuntos da doutrina, jurisprudência, dos juristas e, claro, do próprio legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOZ, Luís Medina. <<Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades>> *Revista de Responsabilidade Civil y Seguro*, n.º 30, 2009.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2021.

FERNANDES, Maria Malta. *A perda de chance no direito português*. Vila Nova de Famalicão: Editora Nova Causa, 2022.

FERREIRA, Rafael Pereira. *A Responsabilidade Civil pela Perda de Chance e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

FERREIRA, Raquel Maria Peixoto. *A noção da Perda de Chance: a possível "cura" para as limitações da Responsabilidade Civil do Médico?* Porto, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2020.

FERREIRA, Rui Cardona. *A perda e chance na responsabilidade civil por ato médico* << *Revista de Direito Civil* >>, Ano II, 2017.

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. <<Teoria da responsabilidade civil pela perda de chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica>>. *Revista IBERC*, v. 5, n.1, jan/abril 2022.

FRADA, Manuel Carneiro. *Responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2006.

GOMES, Júlio Vieira, <<*Sobre o dano da perda de chance*>>, *Revista Direito e Justiça*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 19/T2, 2005.

GÓMEZ, Luis Felipe Giraldo. *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil: su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

KING, Joseph. <<Reduction of likelihood: Reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine>>, *University of Memphis Law Review*, vol. 28, 1997-1998, p. 491-560.

MAGGIO, Marcelo e ARAGÃO, Suélyn Mattos <<Perda de uma chance na seara médica: a teoria das probabilidades aplicada à arte da probabilidade>> Curitiba: *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 5, n.º 71.

MARTINEZ, Arantzazu Vicandi <<La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?>> *Revista Estudios*, v. 25, n.º 2, Julio-Diciembre 2015, disponível em https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol25n2_01_Estudio.pdf.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

PEDRO, Rute Teixeira Pedro. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEDRO, Rute Teixeira. <<Perda de chance na responsabilidade civil médica - uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI>>. In: *Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.

PEREIRA, André Gonçalo Dias <<O sistema de responsabilidade civil médica>> *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados, nº 111, 2014.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota, <<Perda de Chance Processual>>, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, vol. 15, Ano 5, abr-jun. 2018.

RAPOSO, Vera Lucia. <<Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica>> *Revista do Ministério Público*, nº. 138, abril-junho de 2014.

RAPOSO, Vera Lucia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2018.

ROCHA, Nuno Santos. *A <<perda de chance>> como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina. 2015.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. <<Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos>>. *Revista Direito e Justiça*. Tomo 3, v. 14, 2000.

SILVA, Renata do Nascimento. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: estudo comparativo jurisprudencial entre o direito brasileiro e o português*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. <<A perda de chance de cura na responsabilidade médica>> *Revista da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, n.º 43, 2008.

RUELLAN, Caroline. *La perte de chance em droit privé*, in PEDRO, Rute Teixeira Pedro. *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAMÕES, Fernando Augusto. *Indemnização por perda de chance*. Porto: Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Portucalense, 2015.

SOUZA, Bruna. *Da perda de chance na responsabilidade civil do médico*. Coimbra: Almedina, 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2020.

JURISPRUDÊNCIA

- Portuguesa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 22.02.2022, processo n.º 6112/15.9T8VIS-L1-7, Relatora Ana Resende.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG), de 14.01.2021, processo 304/17.3T8BRG.G2, Relator Cristina Cerdeira.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 01.02.2018, processo n.º 062/17, Relator José Veloso.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 14.06.2005, processo n.º 06B016, Relator Moitinho de Almeida.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 10.03.2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, Relator Távora Victor.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 23.06.2022, processo n.º 6112/15.9T8VIS.L1.S1, Relator Vieira e Cunha.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) 2/2022, de 26.01.2022, processo n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A, Relator Barateiro Martins.

- Brasileira

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), de 07.03.2023, processo n.º 0003406-25.2020.8.16.0190, Relator Salvatore Antonio Astuti.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), de 14.11.2017, processo n.º 0803434-95.2013.8.24.002314, Relator Francisco Oliveira Neto.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), de 23.07.2022, processo n.º 1015194-82.2016.8.26.0577, Relator Maria Laura Tavares.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 20/02/2013, Processo/Recurso Especial n.º 1254141/PR, Relatora Ministra Nancy Andrichi.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 06.06.2018, Processo/Recurso Especial n.º 1.540.153 - RS (2015/0082053-9), Relator Luis Felipe Salomão.

