

**QUANTIFICAÇÃO DO DANO NA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA**  
*QUANTIFICATION OF DAMAGES FOR THE LOSS OF CHANCE OF CURE OR SURVIVAL*

**Miguel Kfourri Neto**

Pós-doutorado junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (PUC-SP) e Mestre em Direito das Relações Sociais (UEL). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito do UniCuritiba. Desembargador do TJPR, Paraná (Brasil).  
E-mail: mkfourin@gmail.com.

**RESUMO**

---

Na responsabilidade civil médica, a fixação da indenização pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência é operação inçada de dificuldades. Em que pese o profissional não ter diretamente causado o prejuízo final morte ou agravamento do estado clínico, há situações em que a sua conduta é capaz de diminuir a probabilidade de cura ou sobrevida do paciente. A chance perdida deve ser vista como prejuízo específico e autônomo, mas não deve ser confundido com o prejuízo final e nem constitui fração deste. O presente trabalho objetiva a apresentação de algumas etapas a serem observadas na valoração do dano pela perda de uma chance, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial nacionais e estrangeiras.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil média, perda de uma chance, quantificação do dano.

**ABSTRACT**

---

*In the medical civil liability, the fixation of indemnification for the loss of a chance of cure or survival it is filled of difficulties. Despite of this professional has not directly caused the final loss death or worsening the clinical state, there are situation in which his conduct is able to reduce the probability of cure or survival of the patient. The lost chance must be seen as a specific and autonomous injury, however it cannot be misunderstood with the final injury and not constitute a fraction thereof. The current paper aims to present some steps to be observed in the valuation of the injury by the loss of a chance, by means of national and foreign doctrinal and jurisprudence analyzes.*

**KEYWORDS:** medical liability, loss of chance, quantification of damages.

---

**1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Os tribunais brasileiros têm reconhecido amplamente o dano pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência (*perte d'une chance*) nos mais diversos casos de responsabilidade civil médico-hospitalar. Imagine o paciente que recebe diagnóstico médico equivocado ou tardio de câncer de pulmão, vindo a falecer quatro meses depois. Em que pese o profissional não ter diretamente causado o prejuízo final morte, há situações em que a sua conduta é capaz

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 947-964, Set.-Dez. 2017.

de diminuir a probabilidade de cura ou sobrevida do paciente. Há um importante dualismo a ser analisado nesses casos: “causalidade” e “valoração/quantificação”. De um lado, é necessária a determinação do nexo causal entre a conduta médica e a perda da chance de cura ou sobrevivência. Por outro, busca-se mensurar o *quantum debeatur* indenizatório pelo grau de contribuição do agente ofensor na produção do dano.

Fixar o *quantum*, na reparação pela perda de uma chance, é operação inçada de dificuldades. Não se indeniza o prejuízo final – morte, lesão, agravamento do estado de saúde, incapacidade laborativa ou para os demais atos da vida, permanente ou temporária, total ou parcial, diminuição da sobrevida e todos os demais danos que advêm da ocorrência culposa. Busca-se, isto sim, a quantificação específica da *chance*, da possibilidade perdida de se obter condição mais favorável ao doente, comprometida pela atuação do profissional da medicina.

Na perda de uma chance de cura ou sobrevivência, há o prejuízo final, certo (morte ou lesão sofrida pela vítima), mas de causalidade duvidosa. Nunca se saberá se o erro de diagnóstico, por exemplo, acaso não tivesse ocorrido, impediria ou não a morte do doente, acometido de alguma forma de câncer. Mas dúvida não paira, por outro lado, quanto ao fato de o equivocado ou tardio diagnóstico ter comprometido, ao menos, uma oportunidade concreta de cura ou maior período de sobrevida. E é essa chance (ou chances) que se procurará reparar.

Ressalte-se que a chance perdida deve ser vista como prejuízo autônomo, nunca como indenização parcial do dano final. Tal chance repercutirá sobre este, mas não de modo a determiná-lo, indubitavelmente.<sup>1</sup> A teoria da perda de uma chance, adverte Peteffi da Silva<sup>2</sup>, somente poderá ser utilizada quando a vítima não conseguir provar o nexo causal entre a ação culposa e o prejuízo final. Por isso, em sendo possível referida prova, não se cogitará da perda de uma chance, mas sim de responsabilidade direta, sem nenhuma alusão a eventuais chances perdidas.

Nesse sentido, imagine situação em que o paciente, já com sua saúde debilitada, submete-se a intervenção cirúrgica com trinta (30) por cento de chances de êxito. Em meio ao ato cirúrgico, o médico utiliza de forma inadequada e inábil certo instrumento - e o doente morre. É claro que não se poderá falar em *perda de uma chance*, porquanto o dano foi causado diretamente pelo erro do cirurgião. Todavia, o juiz, ao quantificar a indenização,

<sup>1</sup> . GIBERT, Sabine. **Guide de responsabilite medicale et hospitaliere**: Quelle Indemnisation du Risque Medical Aujourd'hui? Paris: Berger Levrault, 2011. p. 369.

<sup>2</sup> . PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142.

deverá levar em conta que a expectativa de sobrevida do enfermo, naquelas circunstâncias, era reduzida.<sup>3</sup> Logo, quando se estabelece, de forma direta, o nexo causal entre a ação culposa do médico e o dano, a noção de perda de uma chance é posta de lado, porque desnecessária.

Ainda, importante destacar que a chance é um valor conexo a um bem do lesado, tem natureza instrumental e, por isso, não pode haver dupla reparação, da chance e do prejuízo final verificado. Assim, torna-se impossível a obtenção da reparação da chance sem que esta esteja vinculada a um direito suscetível de se fazer valer judicialmente.<sup>4</sup> Por isso, mesmo o médico que, por erro de diagnóstico, compromete vinte (20) por cento das chances de cura ou de sobrevivência do paciente, mas este resulta curado, recupera-se plenamente, não haverá chance a indenizar. Isso porque o dano conexo deve sempre existir.

As principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance, no âmbito da responsabilidade civil do médico (e, por extensão, dos demais profissionais da saúde) são as seguintes: falha de diagnóstico (diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes); ausência de consentimento (não obtenção do consentimento livre e informado e esclarecido); falta de exames pré-operatórios ou de cuidados pós-operatórios; falta de exames complementares; falta de remoção tempestiva do paciente a hospital com equipamentos adequados.

## 2. CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

A incidência da perda da “chance” como um dano autônomo é reconhecida pelo magistrado, primeiramente, pela verificação da existência de uma possibilidade de êxito na intervenção médica, que recomendaria (ou mesmo exigiria) atuação diligente do profissional. Depois, há que se imputar, indubitavelmente, a essa falta – ou intervenção deficiente e tardia – a não concretização da possibilidade de sucesso.<sup>5</sup>

Conforme alerta Rute Teixeira Pedro,<sup>6</sup> o juiz, para avaliar o dano resultante da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, deverá estabelecer a gravidade do estado do paciente e todas as consequências para sua saúde e patrimônio. Em sendo 100 os danos finais, o dano da perda de uma chance ficará entre 1 e 99,9. A fixação levará em conta “o nível de

<sup>3</sup> . TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico**: Reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 384.

<sup>4</sup> . Ibidem., p. 385.

<sup>5</sup> . Ibidem., nota 798, p. 296.

<sup>6</sup> . Ibidem., p. 321.

consistência da chance originariamente detida e, entretanto, perdida pelo doente lesado”.<sup>7</sup>

Oportuno rememorar os requisitos que a *chance* deve conter, para se justificar a reparação: a) Existência incontestável da chance, probabilidade, possibilidade ou oportunidade de cura ou de sobrevivência; b) Chance séria, real e efetiva; c) Supressão, aniquilamento ou destruição dessa chance, pela ação ou omissão do médico; d) Razoável verificação da possível existência de nexo causal entre a atuação do médico e a chance perdida – embora tal prova nunca possa ser feita, de forma absoluta. A existência da chance – ou, noutras palavras, a efetiva subtração da possibilidade de cura ou de sobrevivência – deve ser incontestável.

Rute Teixeira Pedro<sup>8</sup> reafirma que, para o reconhecimento da ressarcibilidade pela perda de uma chance, no domínio da responsabilidade civil médico-hospitalar, incumbirá ao lesado demonstrar, além da real e efetiva existência da chance, que esta é firme e consistente, apta a ensejar a cura, à melhoria do estado de saúde ou à sobrevivência do paciente. A seguir, a autora menciona julgados abonadores da afirmação, entre eles decisão da *Queen Bench Division* inglesa, *High Court of Justice*, no caso *Barnett vs. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* (1969), em que o paciente, acidentalmente, envenenou-se ao ingerir arsênico (o paciente, Barnett, tomou uma chávena do líquido, supondo que fosse chá). No hospital, Barnett, acometido de elevação de temperatura corporal e vômito, foi atendido por enfermeira, na sala de espera, que manteve contato telefônico com o médico. Este, sem ao menos ver o paciente, recomendou-lhe que fosse para casa, repousasse – e chamasse o médico da família. O paciente, após algumas horas de sofrimento, morreu. A Corte deliberou que, devido ao envenenamento por arsênico, não havia nenhuma chance de o único antídoto ser ministrado, com sucesso. Não existia, pois, chance, por menor que fosse, de sobrevivência, nada obstante o ato negligente do médico.

Ao analisar esse julgamento, Rute Teixeira Pedro observa que os tribunais ingleses, via de regra, para tutelar o malogro de uma chance, não formulam exigência positiva quanto à extensão da chance perdida, “limitando-se a exigir que ela não seja ‘*minimal*’ e não constitua ‘*a mere speculative possibility*’”.<sup>9</sup> A chance de cura ou sobrevivência, pois, não pode constituir mera especulação, distanciada da realidade, simples conjectura, sem respaldo científico. Deve haver elevado grau de credibilidade racional e probabilidade lógica da

---

<sup>7</sup> . Idem.

<sup>8</sup> . Ibidem, p. 295-298.

<sup>9</sup> . Ibidem, p. 298.

chance.

A teoria da perda de uma chance ganhou força nos tribunais norte-americanos, na última metade do século XXI, sendo hoje reconhecida em mais da metade dos estados, com certas distinções quanto a sua extensão. O interessante de se observar é certa relutância que ainda existe quanto a configuração de uma chance razoável/substancial, apta a ensejar reparação de danos, quando a probabilidade em jogo é inferior a cinquenta e um (51) por cento.

Contudo, no recentíssimo caso *Smith v. Providence Health & Services* (2017), a *Supreme Court State Of Oregon* reconheceu a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance num caso em que o paciente tinha trinta e três (33) por cento de chances de um resultado melhor na sua condição clínica. Ainda, definiram-se importantes critérios para que o dano pela chance perdida seja reconhecido.

Um senhor de 49 anos, Joseph Smith, deu entrada na sala de emergência do *Providence Hood River Memorial Hospital*, numa sexta-feira à tarde, menos de duas horas depois de sentir dificuldades visuais e na fala, confusão e dor de cabeça. O médico não realizou um exame neurológico completo, avaliando o quadro clínico do paciente por uma tomografia computadorizada (*CT Scan*) e, logo em seguida, autorizando-o a retornar para casa, pois se concluiu que os sintomas eram decorrentes de uma pílula que o paciente tinha tomado para dormir. No sábado à noite, Smith voltou para o hospital e, atendido pelo mesmo médico, reportou o aumento significativo de dores na cabeça e que continuava sentindo problemas visuais. Novamente, o médico não realizou investigação neurológica suficiente e, concluindo pelo diagnóstico de “dor de cabeça leve e distúrbio visual”, prescreveu *Vicodin* (cujos constituintes principais são a ópio e paracetamol, que produzem efeito bioquímico capaz de promover alívio de dores e inflamações) e recomendou que o paciente consultasse um oftalmologista.

O paciente, na segunda-feira, consultou-se com outro médico do hospital, que solicitou, de forma não emergencial, a realização de ressonância magnética. O resultado desse exame, realizado somente no final da semana, demonstrou que Smith tinha sofrido danos cerebrais graves decorrentes de um AVC (acidente vascular). Restaram lesões permanentes como problemas de fala, deficiências cognitivas e outras limitações na sua capacidade de realizar atividades cotidianas.

Os dois médicos e o hospital foram demandados para reparação de danos com base na teoria da perda de uma chance, alegando-se que, caso tivesse sido determinado exame neurológico adequado e imediato, os prejuízos finais sofridos pelo paciente tinham trinta e

três (33) por cento de chances de serem substancialmente menores. Tanto em 1ª instância como na Corte de Apelação, determinou-se que esse percentual de chances é pequeno e não representa uma probabilidade razoável/substancial de que a adoção de conduta médica diversa seria apta a modificar o prejuízo final de Smith, de modo que não é possível atribuir responsabilidade pela chance perdida.

Quando o caso chegou na Suprema Corte de Oregon, a decisão foi reformada, determinando o julgamento da demanda pelo juiz *a quo*, por se entender aplicável o dano pela chance perdida. Definiram-se três (3) critérios para o reconhecimento da teoria. Primeiramente, exige-se a existência de uma chance substancial (*substantial chance*) de que um melhor resultado ocorreria, se não fosse a conduta médica negligente/imprudente/imperita. No presente caso, o tribunal entendeu pela configuração de uma chance razoável e reparável o valor de trinta e três (33) por cento. Em segundo lugar, o paciente, ao ajuizar demanda indenizatória, deve sempre indicar, com base em perícia e estudos científicos, as questões quantitativas e qualitativas da chance perdida, ou seja, a específica porcentagem da chance de cura ou sobrevivência e qual seria o melhor resultado. Sobre esse ponto, a Suprema Corte fez alusão à julgamento anterior: “a ciência médica progrediu ao ponto de os médicos poderem avaliar as chances de sobrevivência de um paciente até um grau razoável de certeza médica e, de fato, usar rotineiramente essas estatísticas como instrumentos da medicina”<sup>10</sup>.

Vale destacar que a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, mesmo quando as chances envolvidas são inferiores a cinquenta e um (51) por cento: “a opinião de especialistas/peritos de que certo tratamento adequado de uma condição médica levaria a um resultado desejável em 33% dos casos representa dados sólidos e inquestionáveis, independentemente se essa porcentagem está abaixo de 51%. A confiabilidade dos dados não altera a chance de 33%, nem o fato de que a chance é de apenas 33% significa que os dados nos quais ela é baseada não são confiáveis/sólidos”.

Por fim, como terceiro requisito, tem-se a necessidade de sempre existir um dano conexo, um prejuízo final ao paciente, pois “*that present adverse medical outcome is an essential element of a common-law medical malpractice claim and provides the foundation for a calculation of plaintiff’s damages*”.

<sup>10</sup> . *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E.2d 819, 452 Mass. 1, 2008 Mass. LEXIS 552 (Mass. July 23, 2008)  
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 947-964, Set.-Dez. 2017.

### 3. ETAPAS A SEREM OBSERVADAS NA QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

Na valoração do dano pela perda de uma chance, o julgador deve observar algumas etapas. Em *Primeiro* lugar, lança-se mão de uma ficção, consistente em mensurar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, como se não fosse hipótese de chance perdida, mas sim da equação causal peculiar à determinação da responsabilidade civil. Aqui, dever-se-á responder à indagação: *qual seria o montante da indenização - e quais as verbas devidas - caso se tratasse de culpa provada, sem lugar para a invocação da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência?*

Nesse passo, seria considerada, por exemplo, a reparação normalmente fixada quando o prejuízo final é a morte da vítima, à luz da jurisprudência dominante, a principiar pelo STJ, bem como das peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, imaginemos vítima fatal, de quem a conduta culposa do médico subtraiu chance de sobrevivência, que contava, à época do falecimento, 55 anos. Com a saúde debilitada ou comprometida por patologia por vezes ignorada pela paciente, por óbvio não se poderá afirmar que a sobrevida atingiria o limite para cálculos atuariais, hoje acima de 70 anos.

O *Segundo* passo na quantificação da chance perdida implica estabelecer o percentual das chances de que dispunha o paciente, de não sofrer os danos – possibilidade que a atuação do médico anulou, aniquilou, destruiu. O julgador há de levar em conta, cuidadosamente, se a gravidade da própria doença não supera a chance perdida. Caso verifique que a chance destruída pela ação culposa do médico, apesar de real, poderia não influenciar decisivamente a consequência final, a valoração da chance será proporcionalmente mitigada.<sup>11</sup>

Para se averiguar esse percentual – a mais importante fase da quantificação – e até mesmo para se determinar a existência das propaladas *chances*, deve o juiz recorrer ao labor do perito médico, pois, consoante acentua Rute Teixeira Pedro, “nesta avaliação *ex post* das chances que o doente tinha, aquando da conduta do médico, que as comprometeu, os peritos desempenham um papel importante”<sup>12</sup>. Incumbirá ao perito esclarecer a gravidade da chance perdida, demonstrando até que ponto aquela supressão poderia interferir no curso causal do evento danoso, impedindo a consumação do dano.

Evidentemente, nesse raciocínio subsequente, a ocorrência ou não do prejuízo, é

<sup>11</sup> . GIBERT, Sabine. *Op. cit.*, p. 369.

<sup>12</sup> . TEIXEIRA PEDRO, Rute. *Op. cit.*, p. 323.

duvidoso. Mas a chance, como vimos, há de ser real e concreta, por isso mesmo constituindo um valor autônomo e quantificável. O médico comete um erro de diagnóstico e faz com que as chances de cura ou de sobrevivência do paciente se reduzam de sessenta (60) para quarenta (40) por cento. Sobre esse ponto, críticos da teoria da perda de uma chance, mais precisamente, à aplicação desses dados estatísticos na quantificação do dano, perguntam: quem pode assegurar que aquele paciente estaria entre os quarenta (40) por cento que se salvariam e não dentre os sessenta (60) que morreriam?

Contudo, a estatística é apenas um referencial para o juiz construir, no caso concreto, a verdade judicial. As chances devem ser *pessoais* e não meramente estatísticas.<sup>13</sup> O julgador deverá, à luz da prova pericial e dos demais elementos informadores do seu convencimento, determinar se o paciente estaria no grupo dos que se salvariam ou não. Em caso de negativa, as chances seriam iguais a zero. Se, de um lado, não se podem aceitar as estatísticas de forma automática, também não se pode desprezá-las. Prevalecerá a análise pelos fatos do caso concreto. Sendo a atividade médica marcada por um alto grau de aleatoriedade, as estatísticas que traduzam certo grau de probabilidade não podem ser desprezadas.<sup>14</sup>

Por fim, no *Terceiro* momento da valoração da chance subtraída, deve-se incidir esse percentual obtido, pela lógica acima explanada, ao montante dos danos encontrados na primeira operação.

Vale novamente destacar, o prejuízo constituído pela perda de uma chance é autônomo e distingue-se do prejuízo final, representado pelo dano à saúde do paciente. O médico que ocasionou a perda de uma chance não pode ser condenado à reparação integral do prejuízo resultante da morte, por exemplo. A chance não pode ser hipotética. Necessário verificar se a vítima, verdadeiramente, dispunha de chances efetivas de sobrevivência ou cura. O juiz dispõe de um poder soberano de apreciação desse valor da chance perdida. Julgado da Corte de Cassação francesa, acerca da quantificação, preconiza que o juiz, primeiramente, deve avaliar os danos sofridos pela vítima, econômicos e pessoais; depois, determinar qual a fração desses prejuízos deve ser levada em conta, diante da probabilidade de se evitar o dano, caso a chance não fosse eliminada.<sup>15</sup>

A chance perdida não pode ter valor igual ao da vantagem esperada ou do dano que poderia ter sido evitado. Deve-se determinar qual o grau de probabilidade de ocorrer o evento

---

<sup>13</sup> . Ibidem., p. 390.

<sup>14</sup> . Ibidem, p. 395.

<sup>15</sup> . DORSNER-DOLIVET, Annick. **La responsabilité du medecin**. Paris: Economica, 2006. p. 150-151.

esperado ou de se reduzir o prejuízo. Deve-se mensurar a chance perdida, e não a vantagem que teria se concretizado, caso a chance não fosse aniquilada.<sup>16</sup> Recomenda-se ao juiz efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo, obter-se-á a proporção do ressarcimento.<sup>17</sup>

Rute Teixeira Pedro, em sua assaz citada dissertação, menciona exemplo trazido por Joseph H. King: “(...) doente que sofre um ataque cardíaco. Apesar dos sinais existentes, o médico não diagnostica o referido problema de saúde que, com a devida terapia, apresentava 40% de hipóteses de ser superado sem ceifar a vida do doente. O *quantum* reparatório deverá corresponder a 40% do valor da vida do lesado. O valor deste bem será determinado atendendo, em particular, ao estado daquele sujeito, caso ele tivesse sobrevivido ao acidente cardíaco. Assim, devem considerar-se, nessa apreciação, variados factores, como a idade, a saúde, a capacidade de produção de rendimentos pelo concreto lesado, atendendo nomeadamente às sequelas que pudessem derivar do ataque ocorrido. Ao valor encontrado seria aplicado o percentual de 40%”<sup>18</sup>.

Portanto, ao apreciar a extensão dos danos sofridos pelo lesado, em razão da oportunidade perdida, o juiz também deve voltar os olhos para as condições gerais que o paciente, cardiopata, ostentaria, mesmo sendo tratado tempestiva e adequadamente. Essas características peculiares podem se tornar relevantes: por quanto tempo o doente poderia, ainda, trabalhar; qual a sobrevida média para os portadores da patologia considerada; haveria ou não sequelas incapacitantes. Para a quantificação, ter-se-á ainda que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico – aparentemente vinculado à perda – e o dano em si.<sup>19</sup>

Ressalte-se, novamente, que a teria não constitui artifício hipotético. Dá-se o que Yvonne Lambert-Faivre denomina “culpas deontológicas”, que também lançam consequências sobre o doente. O dano, na perda de uma chance, é incerto – pois a própria realização da chance jamais seria certa. Mas existe uma certeza que justifica a indenização: essa chance de obter algo, ou de evitar uma perda, que se situa na ordem possível – se não provável – das coisas,

<sup>16</sup> . GIBERT, Sabine. *Op. cit.*, p. 368-369.

<sup>17</sup> . FERREYRA, Roberto Vazquez; TALLONE, Federico. **Derecho médico y mala praxis**. Rosário: Juris, 2000. p. 175.

<sup>18</sup> . TEIXEIRA PEDRO, Rute. *Op. cit.*, p. 322.

<sup>19</sup> . LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit du dommage corporel: Systèmes D’indemnisation**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 678 e ss.

não poderá mais se produzir. De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida – e disso resulta um dano indenizável.<sup>20</sup> O montante estará vinculado à avaliação do dano consecutivo à perda. Se, por exemplo, a indenização integral atingisse 100 mil reais, mas a vítima tivesse perdido uma chance, em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de 50 mil reais.

Lambert-Faivre também alude às críticas formuladas a essa teoria da *perte de chance de guérison ou survie*. A determinação do nexu causal constitui operação intelectual apoiada sobre indícios e presunções. Tal exercício mental é sempre delicado – e exige dos magistrados que determinem, com sabedoria, se a culpa médica foi relevante, ou não, para causar o dano. Se a resposta for afirmativa, o médico deverá reparar por inteiro o prejuízo; se negativa, impossível se estabelecer o nexu de causalidade, não haveria responsabilidade médica. É a teoria do “tudo ou nada”. A perda de uma chance de cura ou sobrevivência, não obstante, tem conquistado mais adeptos que detratores – e, com mais de 50 anos de aplicação, resiste ao passar do tempo.

Em síntese, na estipulação do *quantum*, cabe ao julgador: a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final; b) determinar, com a maior aproximação possível, a extensão da chance perdida. Não apenas considerar eventuais dados estatísticos, mas examinar quão efetiva seria a probabilidade aniquilada pelo ato do médico, lançando mão do senso comum, de casos análogos, em que se concedeu ao paciente essa possibilidade de cura ou sobrevivência; c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação, na perda de uma chance, será sempre mitigada, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final; d) Sopesar sempre o grau de culpa da conduta médica, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final – dúvida intransponível, também elementar à perda de uma chance. Caso leve ou levíssima a culpa, reduzir-se-á equitativamente a compensação devida, nos exatos termos do art. 944, parágrafo único, do CC/2002.

#### 4. ANÁLISE DA QUANTIFICAÇÃO “IN CONCRETO” À FACE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No que pertine à perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, numerosas são as

<sup>20</sup> . CHARTIER, Yves. *La réparation du prejudice*. Paris: Dalloz, 1996, p. 13 e ss.

decisões nos tribunais brasileiros que condenam o médico pelo comprometimento de uma chance de o paciente se restabelecer totalmente – ou de permanecer vivo.

O TJPR, em aresto relatado pelo Juiz convocado Jefferson Alberto Johnson, entendeu cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance em hipótese de mau atendimento prestado pela empresa de emergências médicas domiciliares.<sup>21</sup> Em prazo inferior a cinco horas, atendentes compareceram à residência da vítima quatro vezes. Na primeira, uma médica diagnosticou cólica renal; na segunda, outro médico concluiu tratar-se de hérnia discal; na terceira, de forma inespecífica, “dor + alteração lombar a esclarecer”. Somente na quarta visita, outra médica constatou a gravidade do caso – isquemia aguda em aorta abdominal. Ainda assim, a UTI móvel recusou-se a transportar a paciente ao hospital – e recomendou que o marido a levasse de carro. Para completar a sequência, indicaram hospital errado, que não atendia a esse tipo de emergência. E a paciente morreu.

A perícia indicou desacerto na conduta diagnóstica. Além disso, desde o segundo atendimento, seria recomendável imediato internamento – ainda que o diagnóstico não estivesse definido. A sucessão de equívocos acarretou, sem dúvida, a perda de uma chance de sobrevivência. O tribunal, atento à circunstância de que a reparação, nesses casos, é sempre parcial – nunca correspondente ao prejuízo final – reduziu de cinquenta (50) para trinta (30) mil reais a compensação pecuniária dos danos morais.<sup>22</sup> No caso, considerados danos morais e pensionamento em parcela única, bem como a dificuldade do diagnóstico e o grave risco oculto, que ameaçava a vida da mulher. Aqui, as chances teriam ficado entre 15 e 20 por cento.

O Superior Tribunal de Justiça também vem aplicando, com sólido embasamento doutrinário, a teoria da perda de uma chance, sobretudo na seara da responsabilidade civil médico-hospitalar, - como adiante se verá.

Bebê de oito meses deu entrada em hospital público da cidade-satélite de Taguatinga,

<sup>21</sup> . Nesse sentido, confira o julgado: “(...) a demandada não prestou adequado atendimento em todas as três vezes que foi chamada entre os dias 14 e 15 de maio de 2010. Evidencia-se que esta foi atendida por diferentes profissionais em cada chamado, e nenhum deles teve acesso ao histórico anterior, confundindo sintomas e olvidando-se de investigar o que ocasionou a queda no solo e o tipo de enfermidade capaz de produzir este evento. 3. A omissão imputada ao réu, no caso em tela, poderia ter alterado o curso causal com o atendimento adequado, tanto quanto ao diagnóstico como ao encaminhamento a ser dado, qual seja, o resultado morte da mãe dos autores, inobstante não se possa determinar, com precisão, qual seja seu grau de responsabilidade no evento morte, evidencia-se a falha grave na prestação do serviço de socorrista. Aplicação da teoria da perda de uma chance” (TJRS, Ap. Cív. 70058959297, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 30.04.2014).

<sup>22</sup> . TJPR - 10ª C.Cível - AC - 488087-1 - Curitiba - Rel.: Jefferson Alberto Johnson - Unânime - J. 04.02.2010.

com tosse seca, coriza, obstrução nasal, dispneia, febre. Logo, o estado de saúde da criança tornou-se gravíssimo. Como o hospital não possuía UTI pediátrica, o médico recomendou aos pais que transferissem a paciente para hospital particular, em Brasília – e, para tanto, deveria recorrer ao Judiciário, caso fosse preciso. Obtida a liminar, no final da tarde, o próprio médico extraiu da *Internet* cópia da decisão e se dirigiu com os pais ao hospital mais aparelhado – que se negou a internar a doente, por não se tratar de intimação oficial, mas sim cópia desprovida de valor jurídico. Antes, todavia, a médica plantonista, por telefone, afirmara que o hospital receberia a criança.

Diante da recusa, outra alternativa não restou, a não ser manter a enferma no primeiro hospital, sob ventilação mecânica. Infelizmente, cerca de cinco horas depois, ao redor da 1h30min do dia seguinte, a criança morreu. Afirmaram os pais que a morte poderia ter sido evitada, caso a menina tivesse sido socorrida com equipamentos adequados, no hospital mais aparelhado. A negativa contribuiu para o agravamento do quadro e resultou na morte da criança.

A ação de reparação de danos foi julgada improcedente em primeiro grau – e a decisão singular, mantida pelo TJDF. Argumentou-se que, nada obstante sua omissão, a conduta do hospital réu não foi determinante para o evento morte. Além disso, o hospital particular não estava obrigado a internar a criança, caso houvesse vaga, à falta de ordem judicial, consubstanciada em documento com valor probante – mesmo diante da gravidade do estado de saúde da infante.

No Recurso Especial,<sup>23</sup> o STJ, em v. acórdão relatado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, deu provimento ao recurso – e examinou longamente a questão, à luz da teoria da *perda de uma chance de cura ou sobrevivência* (item 6 do voto). Ponderou o eminente Relator:

“É de se concluir, portanto, que, ainda que sem garantia de cura, seria possível o restabelecimento da criança em alguma medida (completo, ou parcial, pelo menos, conceito que inclui o prolongamento temporal de sua vida), caso tivesse sido atendida. A questão da perda da chance de cura ou sobrevivência se afigura na situação fática definitiva, que nada mais modificará, haja vista que o fato do qual originou o prejuízo está consumado, e no presente caso, quanto ao direito à vida, seu fundamento não pode ser outro que a própria dignidade humana. Isso porque o que se indeniza na responsabilidade por perda de

<sup>23</sup> . REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013.

chance outra coisa não é senão a própria chance perdida. (...) A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de sucesso em pretensão assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano. Em verdade, a perda de uma chance já existia no momento da recusa do hospital em receber a menor. (...) O fato é certo: a menor faleceu. A simples chance (de cura ou sobrevivência), no presente caso, é que passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. A perda de chance, aqui, se arruma por inteiro, como um alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana”.

O raciocínio acima desenvolvido, pertinente à aplicabilidade da *perte d'une chance de survie ou guérison*, revela-se irrepreensível. A menção aos precedentes do STJ, igualmente, não deixa margem à dúvida, quanto ao acatamento da teoria pela Corte. Na análise do *quantum debeatur* indenizatório devido pela chance perdida, ponderou o Ministro Relator:

“A sanção, contudo, não deve corresponder a reparação à indenização pelo dano morte, mas em razão da ausência de atuar do hospital e o dano sofrido, considerado, no caso, a perda de uma chance de sobrevivência. Seguindo as peculiaridades da causa, devem ser fixados os danos morais na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores. Quanto aos danos materiais, estes estão atrelados ao pedido de pensionamento até a data em que a vítima completaria 25 anos. Contudo, na espécie, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o atendimento pelo recorrido impediria o resultado. De fato, não há como se equiparar, nesse caso, a perda da vida ao invés da perda da oportunidade de obter a vantagem do tratamento, como o que se acaba por transformar a chance em realidade. Explica-se: considerando que não há como ser ligada a conduta da ré ao evento morte – não há como ter certeza de que, ainda que prestado o atendimento de emergência de forma adequada, a paciente sobreviveria, a indenização deve ater-se apenas ao dano moral, excluído o material. Mesmo porque, como já dito, não se pode indenizar o possível resultado. Não se indeniza o que a vítima hipoteticamente deixou de lucrar, mas, sim, a oportunidade existente em seu patrimônio no momento em que ocorreu o ato danoso. O que os pais perderam, repita-se, é a chance do tratamento e não a continuidade da vida. A falta reside na chance de cura de sua filha, e não na própria cura. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação do recorrente ao pagamento do pensionamento, nos termos em que formulado.”

Divergiu, especificamente no tocante ao reconhecimento da não reparação dos danos materiais, a eminente Min. Nancy Andrighi, em erudito voto-vista, que resultou vencido – preponderando o entendimento manifestado no voto do Relator. A decisão majoritária, pois, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 947-964, Set.-Dez. 2017. 959

concedeu a reparação dos danos morais aos pais, pela morte da filha – e negou os danos materiais, por entender ausente causalidade direta entre a omissão do hospital particular e o evento morte. Nessa linha de raciocínio, o Relator indeferiu o pedido de pensionamento até a idade de 25 anos, formulado pelos autores. Pelo fato de não se ter a certeza de que a paciente sobreviveria, afastou-se a condenação por danos materiais.

O reconhecimento de duplo nexo causal na perda de uma chance – um, vinculado à chance perdida, propriamente dita; outro, ligado ao prejuízo final, *in casu*, o evento morte – mereceu da Min. Nancy Andrichi as seguintes considerações:

“Na hipótese específica dos autos, não obstante reconheça a incidência da teoria da perda da chance – afirmando que, caso tivesse sido atendida pelo recorrido, a menor teria alguma perspectiva de sobrevivência – o Min. Relator rejeita o pedido de condenação por danos materiais, sob o argumento de que não se indeniza prejuízo hipotético, ressaltando não haver como afirmar, com certeza, que a conduta do hospital impediria o resultado. A despeito disso, julga procedente o pedido de indenização moral, afirmando não se tratar de reparação pela morte da criança, mas pela perda da chance de sobrevivência decorrente da omissão do hospital. Rogando ao I. Min. Relator as mais elevadas vênias, penso ter havido confusão na apreciação do nexo de causalidade enquanto requisito indispensável à caracterização de cada um dos danos. Salvo melhor juízo foram levados em consideração diferentes liames de causalidade: para o dano material buscou-se nexo entre o comportamento do hospital e o resultado morte, enquanto para o dano moral procurou-se nexo entre a referida conduta e a redução de chance de sobrevivência do paciente. Daí as diferentes conclusões alcançadas, admitindo a existência de dano moral, mas afastando a presença do dano material. Ocorre que, em se tratando de perda da chance, há um único nexo de causalidade a ser perquirido, ligado, como visto, não ao resultado final (morte) para o qual a conduta do agente pode ou não ter contribuído, mas apenas à oportunidade que se privou. Trata-se, pois, de quantificar em que medida a conduta do hospital contribuiu para a chance (de viver) perdida. Nesse aspecto, deve-se: (i) verificar a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) confirmar se a ação ou omissão do agente tem nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético. A partir daí, a reparação civil pela perda de uma chance se dará pelo estabelecimento de uma indenização para esse bem jurídico autônomo, em uma proporção aplicada sobre o dano final experimentado, fixada conforme a

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 947-964, Set.-Dez. 2017. 960

probabilidade da chance perdida de alterar esse resultado danoso. (...)”

Nada obstante a Ministra admitir a reparação do dano material, no caso concreto houve por bem não concedê-la, porquanto a apreciação dessa verba indenizatória implicaria revolver material fático-probatório, para a aplicação do direito à espécie, atividade vedada ao STJ. A controvérsia não comporta fácil deslinde, sobretudo quando se trata de pensionamento – cuja fixação se torna ainda mais complexa, devido à redução do valor mensal, determinada pela perda da chance. Todavia, ao se firmar a autonomia do dano da perda de uma chance, somente se deve levar em conta único nexos de causalidade, aquele que se estabelece entre o comportamento omissivo e a probabilidade perdida, para todos os efeitos (admissão da teoria e quantificação do dano). O prejuízo da perda de uma chance abrange tanto os danos materiais quanto os danos morais.

Nessa fixação, como já dissemos, leva-se em consideração a maior ou a menor gravidade da chance perdida, relativamente ao prejuízo final. Por isso, essa dupla causalidade – uma, peculiar à admissão da perda de chance, para a concessão de danos morais; outra causalidade, aleatória por natureza, de impossível comprovação, ligando a chance perdida ao evento morte, para o fim de pensionamento – não seria admissível. Nesse sentido, valha-nos a lição de Nuno Santos Rocha:

“Contudo, pelo facto de esta reparação ser calculada em função do dano final, tal não significa que se esteja a conceder uma indenização parcial contrariando os princípios ressarcitórios da responsabilidade civil. Logo, sendo a “perda de chance” um dano específico e autónomo, a sua reparação terá também como medida a extensão do dano, sendo por isso totalmente integral. Quem defende o contrário só pode estar a rejeitar toda a especificidade da noção de perda de chance. O único nexos causal certo e provado é o que liga o facto ilícito às oportunidades perdidas, é este o prejuízo que vai ser reparado e como todos os prejuízos, terá de o ser integralmente. Aqueles que afirmam que a indenização é parcial, ou se enganam no prejuízo, ou só podem rejeitar a existência do dano de perda de chance”.<sup>24</sup>

Ainda, vale mencionar que nos tribunais estaduais, há interessante discussão que vem sendo travada, quanto a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, em casos relacionados à má prestação nos serviços de criogenia de material genético. Essas células são potencialmente aptas a regenerar tecidos do corpo humano, pois realizam manutenção funcional do organismo, por meio da substituição de células que vão morrendo ou perdendo a

<sup>24</sup> . ROCHA, Nuno Santos. **A 'perda de chance' como nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 68.

sua função. O sangue do cordão umbilical é uma das fontes de células-tronco para o transplante de medula óssea, indicado como tratamento para diversas doenças. Tem-se notícia de que em algumas ações indenizatórias foi pleiteada a aplicação da referida teoria, baseando-se na negligência da empresa responsável pela extração das células-tronco do cordão umbilical, no momento do parto, e pelo seu posterior armazenamento.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo, foi julgada, em 2014, ação de indenização em face do maior banco privado de sangue de cordão umbilical no Brasil. Um casal contratou os serviços da empresa para preservar o material genético da nascitura, o que possibilitaria a realização de transplante de medula óssea para a outra filha do casal, que era portadora de leucemia linfóide aguda. A empresa realizou o procedimento de coleta das células-tronco, porém a quantidade armazenada mostrou-se insuficiente para o tratamento médico recomendado para a outra filha que, posteriormente, veio a falecer. Embora tenha sido colhido o volume de 89,7 mL de sangue do cordão umbilical, apenas uma bolsa contendo 15 ml de sangue foi congelada.

De acordo com informações no site do Instituto Nacional de Combate ao Câncer (INCA), a quantidade de sangue que deve ser coletada para fins de uso terapêutico é por volta de 70 mL e 100 mL, valor muito acima do que foi congelado pela empresa. Inclusive, nos Estados Unidos, existe regulamentação sanitária específica prevendo que o cordão umbilical com menos de 60 ml deve ser descartado, devido a sua imprestabilidade para quaisquer fins terapêuticos.

Diante desse contexto, o tribunal entendeu que o banco privado possuía um dever de qualidade e de quantidade imposto aos fornecedores de produtos e serviços em geral, e que ele prestou um serviço deficiente, inadequado para o fim a que se destinava. Embora a chance de cura da filha fosse bastante pequena, dada a agressividade da sua doença, era certo que a probabilidade de cura realmente existia e, por isso, foi considerada para fins de responsabilidade civil. Nesse sentido, concluiu-se que:

“Deve a apelada responder não pelo falecimento de Yolanda, cuja causa mortis foi, de fato a leucemia linfoblástica aguda (...), mas sim pela expectativa frustrada que gerou em seu genitor, ora apelante, que tinha a esperança de fornecer ao menos uma chance de cura a sua filha. (...) A própria Dra. (...), em seu depoimento testemunhal, afirma que não havia outra alternativa para o tratamento da enfermidade de Yolanda que não fosse o transplante de medula óssea; e que o transplante ‘era uma chance de aquela criança ficar curada’. Portanto, restando comprovado que a apelada prestou ao apelante serviço de criogenia com vícios de

qualidade e de quantidade, bem como o nexo causal decorrente entre aquele serviço defeituoso e a perda de uma chance de cura para a enfermidade sofrida pela filha do contratante, deve ela (a apelada) responder pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais que lhes foram causados, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.”

Por fim, consideradas as condições específicas de saúde da criança, quantificou-se o valor da indenização, pela chance perdida, no montante de R\$ 15.000,00, fixados pela proporcionalidade da expectativa de cura, que era pequena, em torno de aproximadamente cinco (5) por cento.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Não devemos ignorar que a saúde é realidade complexa. Nos últimos cinquenta anos, é a pessoa quem se encontra no centro da responsabilidade civil. Qualquer atentado à saúde do ser humano é digno de proteção.

A perda de uma chance constitui prejuízo específico e autônomo, mas não deve ser confundido com o prejuízo final e nem constitui fração deste. Todavia, na avaliação, a perda de uma chance de evitar o dano está, necessariamente, ligada a esse dano; a indenização corresponde a percentual representativo dessas chances. Se o prejuízo final varia após a primeira avaliação, a perda de uma chance deve, também, variar, na mesma proporção.<sup>25</sup>

A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, pode-se claramente compreender que o dano pela perda da chance deve ser analisado com a máxima cautela, para que a reparação das chances perdidas não caracterize um desvirtuamento da noção clássica de nexo de causalidade. Insta ressaltar, por oportuno, que a perda de uma chance se contrapõe ao mero dano hipotético, baseado em simples expectativa de dano. A configuração da chance não é dependente da concorrência de circunstâncias eventuais e futuras, sem suporte na realidade atual.

A *chance de cura ou de sobrevivência*, portanto, quando real e concreta, apta a superar aquele estágio da expectativa abstrata e improvável, torna-se passível de proteção judicial. A frustração da chance lastreada em dados empíricos consistentes, representa um dano. Como tal, há se ser objeto da devida reparação. O desafio reside em saber em que medida se pode autonomizar essas chances, atribuindo-lhe um *valor econômico e proteção jurídica*.

<sup>25</sup> . JOURDAIN, Patrice. Sur l'aperte d'une chance. **RTD CIV**, França, 1992, p. 109.

Em resumo, cabe ao julgador: (a) estabelecer qual seria a compensação devida, caso a reparação tivesse como objeto o prejuízo final; (b) determinar, com a maior aproximação possível, a extensão da chance perdida. (c) nunca relegar a plano secundário o fato de que a reparação, na perda de uma chance, será sempre mitigada; (d) considerar, sempre, o grau de culpa com que se houve o médico, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CHARTIER, Yves. La reparation du prejudice. Paris: Dalloz, 1996, p. 13 e ss.
- DORSNER-DOLIVET, Annick. La responsabilité du médecin. Paris: Economica, 2006. p. 150-151.
- FERREYRA, Roberto Vazquez; TALLONE, Federico. Derecho médico y mala praxis. Rosário: Juris, 2000. p. 175.
- GIBERT, Sabine. Guide de responsabilite medicale et hospitaliere: Quelle Indemnisation du Risque Medical Aujourd'hui? Paris: Berger Levrault, 2011.
- JOURDAIN, Patrice. Sur l'aperte d'une chance. RTD CIV, França, 1992, p. 109.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. Droit du dommage corporel: Systèmes D'indemnisation. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 678 e ss.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142.
- ROCHA, Nuno Santos. A perda de chance como nova espécie de dano. Coimbra: Almedina, 2014, p. 68.
- SEVERO, Sérgio. Os danos extrapatrimoniais. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13-14.
- TEIXEIRA PEDRO, Rute. A responsabilidade civil do médico: Reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 384.