

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA

Nelson Rosenvald¹

RESUMO

Com base em uma decisão do TJMG que condenou o Estado de Minas Gerais e o Município de Ituiutaba a indenizar danos morais, pela perda da chance de um atendimento adequado ao paciente, discute-se o desenvolvimento da teoria no direito brasileiro e, mais importante, se a sua qualificação – na modalidade de oportunidade perdida de tratamento de saúde – corresponde a uma forma autônoma de dano, ou uma questão de causalidade.

Palavras-chave: Indenização. Perda de uma chance. Nexo causal. Dano moral.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concedeu parcial provimento ao recurso de autora de ação indenizatória, reformando sentença de improcedência e condenando solidariamente o Estado de Minas Gerais e o Município de Ituiutaba

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil na Università Roma Tre (IT-2011). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO-2017). Visiting Academic na Oxford University (UK-2016/17). Professor Visitante na Universidade Carlos III (ES-2018). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Associado do IBDFAM. Fellow of the European Law Institute (ELI). Member of the Society of Legal Scholars (UK). Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do IDP/DF. E-mail: nelson.rosenvald@me.com.

ao pagamento de uma quantia, a título de reparação por danos morais, pela perda da chance de um atendimento adequado ao cônjuge, o qual poderia ter levado a um resultado favorável em seu tratamento, conferindo-lhe maiores chances de preservação da vida. (MINAS GERAIS, 2023).

Em resumo, não obstante intimados sobre o deferimento da tutela de urgência, os entes públicos demandados não cumpriram decisão, lançada em 14/6/2018, em processo que determinou a disponibilização da cirurgia de troca valvar, no prazo de 24 horas, em prol de paciente, que, desde 27/5/2018, encontrava-se internado com diagnóstico de insuficiência aórtica severa. Diante da prolongada inércia dos demandados, em 13/8/2018, acolheu-se pedido de bloqueio da quantia de R\$99.500,00, para fins de custeio do referido procedimento prescrito, sobrevivendo o óbito do paciente, em 28/8/2018, em virtude de “Falência de múltiplos órgãos, Insuficiência cardíaca, Valvulopatia aórtica”.

Conforme o voto do Relator, Desembargador Afrânio Vilela, “evidente que não se pode afirmar com exatidão que o marido da autora teria sobrevivido, em caso de conduta diversa dos demandados, no que tange à dispensação do tratamento cirúrgico objeto da tutela de urgência deferida. Contudo, aludida conjectura não guarda relevância para o desfecho da lide, uma vez que o nexo de causalidade deve ser perquirido, com foco na teoria da perda de uma chance de restabelecimento da saúde do paciente, que poderia advir do procedimento cirúrgico que lhe fora prescrito em caráter de urgência e que, repise-se, não obstante o deferimento da liminar, não foi dispensado pelos demandados. Não se olvida que, por se tratar a medicina de uma atividade de meio, e não de resultado, não cabe afirmar, de forma taxativa, que

a realização da cirurgia tendente a promover a troca valvar evitaria o óbito do paciente. Isso, porém, não afasta a responsabilidade do Estado e do Município, cuja inércia aniquilou, por completo, a chance de sobrevivência do marido da autora, aqui apelante, que permaneceu, por longo período de tempo, internado, sem que lhe fosse assegurada a realização do procedimento cirúrgico, único tratamento disponível e quadro de insuficiência aórtica severa”.

Relevou-se, para o desate da lide, além do inequívoco descumprimento da ordem judicial expressa, o fato de que a dúvida quanto ao êxito da cirurgia para realização da troca valvar deu lugar à certeza da morte. Vale dizer, o contexto não autorizou cogitar que se tratava de mera possibilidade, ou expectativa de um resultado vantajoso, mas sim a perda de uma chance real e concreta de o paciente ser submetido ao único procedimento passível de reversão do seu quadro de saúde, na medida em que a cirurgia retratava uma medida concreta, real, dotada de alto grau de probabilidade, para salvaguardar a vida do paciente, a qual não restou viabilizada ante o descaso dos entes públicos com o paciente e com a ordem judicial expedida meses antes do óbito por causa associada ao problema diagnosticado. A omissão estatal específica, consubstanciada no descumprimento da ordem judicial que determinou a disponibilização de procedimento cirúrgico de troca valvar ao paciente que se encontrava internado em estado grave e que veio a óbito por causa associada ao problema cardíaco diagnosticado, autorizou a aplicação da teoria da perda de uma chance, ensejando a responsabilização objetiva dos entes públicos demandados, nos termos do artigo 37, § 6º, da CR/88.

2 DESENVOLVIMENTO

A perda de uma chance consiste em uma oportunidade definitivamente dissipada de obter futura vantagem, ou de evitar um prejuízo, em razão da prática de um dano injusto.²

Cuida-se de construção doutrinária e jurisprudencial do direito francês — *perte d'une chance* —,³ sem se olvidar ainda da contribuição do *direito inglês, que, por mais que considere a teoria uma forma de desvio dos limites probatórios da responsabilidade civil, culminou por estabelecer parâmetros estatísticos que possam auxiliar na fixação da reparação pela perda de uma chance.*⁴ Diferentemente, nos Estados Unidos, há uma tendência das Cortes ao reconhecimento da teoria da perda de uma chance, exclusivamente na área médica, porém, em viés de causalidade alternativa, pois se considera que o demandante não possui condições de razoavelmente forjar o requisito da evidência do

² Sintetiza Caio Mário da Silva Pereira: “A reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em um prejuízo”. (SILVA PEREIRA, 2015, p. 59).

³ Acesa controversa concerne à irrupção da perda da chance. Em sentido majoritário, ela seria criação da jurisprudência francesa. Assim, sustenta Peteffi da Silva que o tribunal gálico proferiu o acórdão primitivo cuidando da matéria em data certa: 17 de julho de 1889. (SILVA, 2013, p. 10).

⁴ O precedente é o caso *Chaplin versus Hicks*, de 1911. Hicks era um famoso ator e gerente de teatro. Ele convidou as mulheres a participar de um concurso de beleza enviando fotos que seriam colocadas em um jornal. Os leitores do jornal votariam em sua vencedora. Chaplin entrou na competição e ficou em primeiro lugar em seu grupo, dando-lhe a oportunidade de ser considerada finalista. A carta convidando-a a participar da próxima etapa do concurso chegou tarde demais e, como resultado, foi negada a ela a oportunidade de ser considerada. Ela pediu indenização argumentando que essa violação resultou em uma oportunidade perdida para obter compromissos lucrativos. Hicks argumentou que, mesmo que houvesse uma quebra de contrato, a indenização seria nominal porque qualquer dano que Chaplin tivesse sofrido seria muito distante da quebra e incalculável. Não seria possível avaliar as chances de Chaplin vencer a competição. Ao final, o tribunal concedeu a indenização. A perda da chance de ganhar um prêmio lucrativo era uma violação que lhe dava o direito a danos substanciais, e não meramente nominais.

dano.⁵ Em sentido diverso, no direito alemão, mesmo após a mais importante reforma do seu direito das obrigações, nem o legislador nem os tribunais concederam indenizações pela perda de uma chance. No espectro oposto, o Código Civil da Argentina de 2015 expressamente acolheu a perda de uma chance em seus artigos 1.738 e 1.739.⁶

Ao admitirmos essa teoria, humildemente reconhecemos que o acaso e as incertezas penetram no setor da responsabilidade civil⁷ e que, ao deslocarmos o seu foco para a mais ampla reparação em prol da vítima, paulatinamente admitimos que não apenas situações jurídicas existenciais e transindividuais sejam objeto de compensação, mas também danos intangíveis podem ser

⁵ No caso *Matsuyama v. Birnbaum* - 452 Mass. 1, 890 N.E.2d 819 (2008), um júri no Tribunal Superior de Norfolk (Massachusetts) considerou o médico negligente ao diagnosticar erroneamente a condição de câncer do falecido por um período de aproximadamente três anos e concedeu indenização. Entendeu-se que na perda de chance, o autor deve provar pela preponderância da prova que a negligência do médico causou prejuízo consistente na diminuição da probabilidade de obtenção de um resultado médico mais favorável. A doutrina da perda de chance, assim delineada, não faz exceção ao ônus da prova aplicável em todas as tradicionais demandas de negligência. À medida que a ciência médica desenvolveu métodos credíveis para quantificar a extensão em que a negligência prejudica as perspectivas de sobrevivência do paciente, e à luz da forte política pública de compensação das vítimas de negligência médica e da adesão a padrões adequados de atendimento, a perda de chance de sobrevivência assumiu um lugar na doutrina da “*negligence*”.

⁶ Artículo 1738: “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”. Artículo 1739: “Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

⁷ O termo chance, “etimologicamente, advém de *choir*, que significa cair — também em referência aos dados —, como emblemático do acaso. No plural, o termo se torna sinônimo de ‘probabilidades’”. Nesta amplitude, refere-se a chance à probabilidade de se obter uma vantagem ou de evitar uma perda, pois um determinado evento (ilícito, provocado pelo lesante) “interrompeu o curso normal dos fatos”. (ENZWEILER, 2021).

ressarcíveis quando suficientemente demonstrados.

Tradicionalmente, o prejuízo financeiro pode assumir duas formas distintas. Pode referir-se à riqueza já existente em oposição à riqueza prevista da vítima. No primeiro sentido, a riqueza atual do demandante pode ser simplesmente esgotada, ilustrativamente, por maus conselhos financeiros, ou pelo desperdício de tempo e combustível de uma empresa, com o uso de rotas terrestres, devido ao fechamento de uma hidrovia (danos emergentes). No segundo sentido, o ofendido pode perder o que tinha direito, ou esperava adquirir, como um legado testamentário perdido por causa de um instrumento defeituoso, ou as receitas reduzidas de um clube esportivo, devido à morte acidental do seu melhor jogador (lucros cessantes).

Às vezes, porém, uma expectativa é destruída no útero, e a prova de que ela teria se materializado é difícil (v.g. uma comissão pública rejeita ilegalmente a candidatura de um candidato a um emprego, ou a uma bolsa de estudos), isso é chamado de perda de uma chance. Entre os três referidos tipos de riqueza, é a perda apenas “esperada” (e, portanto, difícil de provar) que apresenta a questão mais aguda para os sistemas de responsabilidade civil. A demanda por provas é mais exigente, pois, por definição, as expectativas exploram um futuro que só poderia ter ocorrido.

Só se viabiliza a compreensão da teoria da perda de uma chance a partir do momento em que conceituamos o dano juridicamente relevante — seja ele patrimonial ou extrapatrimonial — como a lesão a um interesse concreto merecedor de tutela. A partir dessa premissa, quando alguém é privado de uma chance séria e efetiva, o dano traduzirá uma lesão a uma legítima expectativa, que, eventualmente, será objeto de reparação, da mesma forma

que danos emergentes, lucros cessantes e o dano extrapatrimonial.

A questão é se a perda de uma chance será caracterizada como forma independente de dano, para os efeitos de responsabilidade extracontratual, ou então uma questão de causalidade.

A resposta a esta indagação não é simples, pois temos um catálogo de situações que evidenciam parcela de perdas de uma chance: o candidato que é indevidamente excluído de um certame; o médico que frustra a possibilidade de o paciente obter uma cura, ou ao menos um prolongamento de vida; o advogado que não interpõe oportunamente o recurso, entre outras situações discutidas não apenas no Brasil como em outros ordenamentos. Em nenhum desses casos se pode afirmar com certeza que o resultado teria sido obtido. Há incerteza quanto ao prejuízo, mas certeza quanto à probabilidade. A perda de uma chance invariavelmente conjuga-se no condicional. (VINEY, 1988, p. 341).

Indubitavelmente, o debate acerca do reconhecimento do dano pela perda da chance reflexamente valoriza a compreensão da (in)certeza exigível acerca da causalidade, já que, na grande parte dos casos, não obstante comprovado o fato apto a gerar a imputação da responsabilidade, a situação diferencia-se no que tange à demonstração de que dito fato se constitua em causa real do evento danoso. Contudo, a nosso sentir, a perda de uma chance não se constitui em autêntica situação de causalidade probabilística, tratando-se de uma manifestação de figura autônoma de dano. (TEIXEIRA NETO, 2022, p. 190).

A teoria da perda de uma chance é aferida de forma bipartida: primeiramente, como uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem e, em seguida, como a oportunidade frustrada de se evitar um prejuízo. Com bem assentado na doutrina brasileira,

devemos sempre partir de uma situação real em que a vítima do evento danoso tinha a possibilidade de adotar certa conduta, para obter determinado benefício, ou para evitar prejuízo que vem a se materializar, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real séria que ficou frustrada. Já a situação vantajosa a que o lesado podia aspirar caso tivesse aproveitado a chance, essa sim de “certa” nada tem, porque sua própria natureza é aleatória. Apesar disso, resta configurado um dano que é representado pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade dissipada de se obter mais a frente a vantagem, ou de se evitar o prejuízo que vem a acontecer. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2022, p. 142).

De fato, na jurisprudência recente francesa, tal espécie de dano consiste na perda de uma possibilidade que foi oferecida à vítima e da qual ela está privada em razão do dano que sofreu. Portanto, o desaparecimento atual e certo de uma eventualidade favorável constitui uma perda de oportunidade reparável. Essa privação deve estar relacionada à ocorrência razoável de um evento positivo, ou, ao contrário, à não ocorrência de um evento negativo. Apresenta-se a perda de oportunidade como uma situação intermediária entre o dano certo que pode ser compensado e o dano incerto que não é compensável porque é hipotético ou aleatório.⁸

⁸ Para ser reconhecida e indenizável, a perda de oportunidade deve atender a determinados critérios (Cass. Crim., 18 de março de 1975, nº 74-92118): o dano deve ser certo e direto, seja presente ou futuro. A indenização nunca poderá ser igual ao benefício que teria sido obtido se o evento perdido tivesse ocorrido (Cass. Civ.1., 9 de abril de 2002, nº 00-13.314). Como a perda de oportunidade é compensada? A indenização por perda de oportunidade é parcial e calculada em relação à indenização que teria sido concedida à vítima em caso de dano futuro, mas inevitável. Os juízes procedem assim em duas etapas: determinam a avaliação de todo o dano sofrido. Eles determinam a fração do dano total que resulta da perda de chance. Nota: mesmo uma pequena perda de chance é compensável. Sua existência só pode ser descartada “por caracterizar a ausência de qualquer probabilidade de ocorrência do evento esperado” (Cass. Com., 13 de maio de 2014, nº 13-15.516).

Explica Noronha (2003, p. 665) que, quando se fala em chance, colocamo-nos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Ao cogitarmos a perda de chances, para efeito de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nesses casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que, por isso, nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, o que depois se verificou. No primeiro caso, podemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura, no segundo, da frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido.

A perda de uma chance de se evitar um prejuízo relaciona-se intimamente com o acórdão do TJMG em destaque. Trata-se da frustração da oportunidade de evitar um dano efetivamente acontecido. A reparação decorrerá de um esboço daquilo que aconteceria caso o ilícito fosse neutralizado a tempo. Vale dizer, é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse a possibilidade de ele ser interrompido por certa atuação. O fundamento da perda de uma chance será o ato ilícito da não interrupção desse processo que culminou por causar um dano.

Foi o que aqui ocorreu. Em virtude da conduta omissiva imputada aos entes públicos, a vítima teve frustrada a oportunidade de realizar o procedimento cirúrgico prescrito para o tratamento do mal que o acometia e, portanto, suscetível de lhe trazer um resultado favorável.

Essa situação é diversa da perda de uma chance clássica. Nessa modalidade, não há a frustração de uma chance de obter certa vantagem futura, porém a frustração de uma chance de evitar um dano já implementado. Aqui, já está em andamento o processo causal que resultaria no dano final, que deixou de ser interrompido por um fato imputável ao agente. Em outras palavras, na perda de uma chance de obtenção de um proveito, há certeza quanto à identificação do causador do dano, porém incerteza somente no tocante à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Todavia, nas situações em que a perda de uma chance vincula-se ao erro médico, a incerteza não mais se localiza no dano experimentado, especialmente nas situações em que a vítima vem a óbito.

Em outras palavras, enquanto, na perda de uma chance clássica, o fato antijurídico interrompeu um processo em curso, e o possível dano resulta dessa interrupção, no caso da perda da chance de evitar um prejuízo, o dano surge exatamente porque o processo não foi interrompido, quando poderia tê-lo sido.⁹

⁹ “Direito Civil. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no caso de descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias. Tem direito a ser indenizada, com base na teoria da perda de uma chance, a criança que, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais para coletar o material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias. No caso, a criança teve frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se eventualmente fosse preciso, fazer uso delas em tratamento de saúde. Não se está diante de situação de dano hipotético – o que não renderia ensejo a indenização – mas de caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance, desenvolvida na França (*la perte d’une chance*) e denominada na Inglaterra de *loss-of-a-chance*. No caso, a responsabilidade é por perda de uma chance por serem as células-tronco, cuja retirada do cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto, o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis. É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu, definitivamente, a chance de prevenir o tratamento dessas patologias. Essa chance perdida é, portanto, o objeto da indenização.” (BRASIL, 2014).

As chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Também aqui o responsável será obrigado a reparar uma fração do dano total, igual ao grau de probabilidade em que o seu fato contribuiu para o dano. Assim, se a falha médica subtraiu dois terços das chances de vida da vítima, a reparação deve guardar a mesma proporção em relação ao dano final verificado. (NORONHA, 2003, p. 680).

Nesse sentido, controverte-se quanto à natureza dessa espécie de perda de uma chance. Por um lado, diz-se que a incerteza reside na própria contribuição causal do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força do curso normal da doença em si, e não pela falha de tratamento. Por isso, essa espécie de perda de uma chance demandaria um esforço de flexibilização de nexo causal, pela via da admissão de uma presunção de causalidade. Lado outro, mesmo na seara médica, a perda de uma chance não atuaria na mitigação do nexo causal, tratando-se de modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

De qualquer forma, soa cristalino que a experiência dos tribunais mostra-se elemento decisivo para a formulação da perda de chance com relação à atividade médica. A teoria da perda de uma chance apresenta-se sob determinação mais qualificada: trata-se da perda de uma chance de cura ou sobrevida. Nesses casos, a indenização será determinada pela perda de uma chance séria e real de obtenção de resultado favorável no tratamento, e não precisamente pelo dano sofrido. Isso significa que a referida teoria se aplica quando a frustrada atuação médica impossibilitou

que o paciente gozasse de uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico. (KONDER; CASTRO, 2013, p. 487).

As principais hipóteses de aplicação da perda de uma chance, no âmbito da responsabilidade civil do médico, conforme explica Kfouri Neto, relacionam-se com falha de diagnóstico (diagnósticos tardios, errôneos ou inexistentes); ausência de consentimento (não obtenção de consentimento livre, 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. Aliás, como a chance é um valor conexo a um bem do lesado, com natureza instrumental, não pode haver dupla reparação da chance e do prejuízo final verificado. (KFOURI NETO, 2021, p. 340).

De fato, não se confunde essa variação da perda de uma chance com o erro médico clássico. Aqui, todo o processo patológico que conduzirá o paciente até a morte é adequadamente causado pela conduta comissiva ou omissiva do profissional da medicina. Tenha-se em vista a conhecida situação da negligência do cirurgião que esquece instrumento médico no corpo do paciente, provocando a sua morte por septicemia. Inegável então o nexo causal entre o comportamento do médico e o dano. À luz do art. 403 do Código Civil, a responsabilidade do agente é direta pelo dano final, o que implicará a reparação pelo valor integral correspondente ao dano experimentado pela vítima. Aqui a noção de perda de chance é afastada, uma vez que desnecessária. Não se olvide que, apesar do erro do cirurgião, se o paciente já tivesse entrado na cirurgia com a saúde extremamente debilitada e poucas chances de êxito, a reduzida expectativa de sobrevida deve ser levada a efeito no momento da quantificação da indenização.

Contudo, cenário diverso se dá em casos nos quais não há como imputar, de forma direta, o evento morte ou lesão corporal ao comportamento do médico, pois o processo patológico que conduziu a um daqueles resultados já estava em andamento, no momento da intervenção do profissional, sobre o corpo do paciente. A perda de uma chance remota ou improvável de saúde do paciente que recebe alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a morte resulta de evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.¹⁰

Porém, se restar configurado que o profissional não proferiu o diagnóstico ou o tratamento correto e aplicou terapêutica inadequada, propiciando o agravamento do estado do paciente, a ponto de eliminar as suas chances de cura ou sobrevida, poder-se-á cogitar da aplicação da teoria da perda de uma chance. Como bem elucidou o Superior Tribunal de Justiça em *leading case* sobre o tema, nas hipóteses em que se discute erro médico na perda de uma chance, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.¹¹ A *vexata quaestio* não se prende à

¹⁰ STJ: “3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imprudência, imprudência ou negligência.” (BRASIL, 2018).

¹¹ “A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apu-

discussão do nexo causal entre o ilícito e o dano — de como a falha médica poderia ter provocado o resultado lesivo —, mas da perda de uma chance de recuperação da saúde, se a terapia adequada fosse utilizada e surtisse efeito.

No referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da perda de uma chance, em face de um médico oncologista, condenado por erro profissional, no tratamento de um câncer de mama que levou a paciente a morrer. A família alegou que o médico errou, em praticamente todas as etapas do tratamento: não aconselhou a quimioterapia, fez a mastectomia parcial, em vez da total, e falta de orientação para não engravidar. Também foi afirmado que, com o reaparecimento da doença, houve metástase que foi negada pelo médico. Os laudos técnicos confirmaram o que disse a família. No caso, não foi o médico que causou o sofrimento à mulher, e sim o câncer. Porém, tivesse o médico feito o tratamento correto,

ração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si — desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo — é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.” (BRASIL, 2013a).

pode ser que salvasse a paciente. Como não tratou, perdeu a chance de salvá-la. A incerteza, no caso, não está nos efeitos do dano, mas na participação do médico nesse resultado. O debate nesse caso foi doutrinário. A doutrina francesa afirma que, nas situações em que a conduta do réu tem potencial de interromper um processo danoso (o caso mais claro é o de médicos), não se pode aplicar a teoria da perda da chance. Haveria um dano conhecido e a necessidade seria apurar responsabilidades. Sendo assim, o julgamento partiria para o “tudo ou nada”, escrevem os autores franceses. Se o nexo causal entre conduta do réu e dano fosse comprovado, aplica-se a indenização. Caso não ficasse comprovado, nada de indenização. A doutrina americana é menos radical e envolve aspectos do Direito Econômico. Entende que a chance perdida é como se fosse uma *commodity* autônoma, em relação aos demais aspectos do caso, e por isso pode ser indenizada de forma independente. Ficaria contornada, dessa forma, a dificuldade de se apurar o nexo causal entre conduta do réu e dano causado. A discussão passa a ser, para os americanos, no âmbito da quantificação do dano. O entendimento da Ministra Nancy Andrighi alia-se ao dos americanos. Reconhece a autonomia do dano em relação à conduta do réu que, nesse caso, fez com que a paciente perdesse a chance de se recuperar de um câncer. (BRASIL, 2013a).

Em apoio a esse posicionamento — adoção de uma causalidade menos ortodoxa —, assevera Peteffi da Silva (2013, p. 108) que, em algumas espécies, é absolutamente impossível que o magistrado, levando em conta as provas produzidas, decida-se com segurança pela condenação do médico, mesmo que a conduta do profissional tenha certamente agravado a situação do paciente. Diante de uma situação como essa, a aplicação da teoria da perda

de uma chance estaria legitimada, mormente se presente uma estatística segura, bem como uma grave culpa médica.

Para avaliar o dano resultante da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, o magistrado estabelecerá a gravidade do estado do paciente e o conjunto de consequências para a 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 consideração o nível de consciência da chance originariamente detida e, entretanto, perdida pelo paciente lesado. (PEDRO, 2008, p. 384). De forma mais técnica, três etapas devem ser percorridas: 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 de equação causal peculiar à determinação da responsabilidade civil; 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 aniquilou; por fim, no terceiro momento da valoração da chance subtraída, deve-se incidir esse percentual obtido ao montante dos danos encontrados na primeira operação.¹²

Todavia, o teste probabilístico sobejou olvidado no julgamento em relevo. Apesar da correta justificação da incidência da teoria da perda de uma chance ao caso concreto, simplesmente foi utilizada como fundamento da indenização pelo dano

¹² “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; 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 e elementar a perda de uma chance.” (KFOURI NETO, 2021, p. 346).

extrapatrimonial:

A perda da chance de um atendimento adequado ao ente querido, o qual poderia ter levado a um resultado favorável em seu tratamento, conferindo-lhe maiores chances de preservação da vida, impõe o reconhecimento do dano moral suportado pela esposa que, durante 3 (três) meses, viu minguar a esperança de recuperação do marido, internado em estado gravíssimo, com risco (ao final consumado) de morte, lapso em que é evidente o intenso abalo emocional e psicológico sofrido.

E aqui incide nossa crítica à parte decisória. Acreditamos que a perda de uma chance é uma categoria autônoma de dano, que não se confunde com o dano emergente, o lucro cessante, assim como distinta do dano moral e do dano patrimonial. A perda de uma chance terá repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais. Em regra, tal como ocorre com danos emergentes ou lucros cessantes, as consequências serão econômicas. Porém, eventualmente, a privação da oportunidade repercutirá em situações jurídicas existenciais do ofendido, tais como o sofrimento e aflição. Todavia, se constatado o dano moral, será uma eventual consequência do dano econômico, a ele se agregando.

Por vezes, o fato que a vítima reconhece como perda de uma chance não resultará no reconhecimento do dano patrimonial, por não se reputar demonstrado algum dos requisitos de sua aplicação — por exemplo, exiguidade das possibilidades de êxito do ofendido, se não houvesse a intervenção do fato jurídico danoso. Ainda assim, aquele fato poderá impactar em uma ofensa a sua dignidade, gerando dano moral. Basta pensarmos na hipótese de um recurso inadmitido por extemporaneidade em razão de falha do serviço postal. Se o recurso perdido tinha poucas possibilidades de acolhimento, não caberá a indenização pela perda de uma chance.

Porém, a perda de prazo poderá impactar na honra e credibilidade de um advogado perante o meio profissional, pois lhe sugere a pecha de relapso.¹³ Imprescindível será compreender que esse dano moral não representa a perda de uma chance. Simplesmente será um dano à honra, isto é, não se pode admitir que a perda de uma chance seja classificada como um dano exclusivamente moral.

Por isso, reputamos como incorreto o Enunciado n. 444 do Conselho de Justiça Federal: *“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. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”*. A perda de uma chance pode repercutir em termos de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, quando representada pela ofensa a qualquer bem jurídico existencial que traduza um *plus* à privação econômica da oportunidade.

¹³ “Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita. 5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável” (BRASIL, 2013b).

Outra interessante indagação diz respeito às repercussões patrimoniais da perda de uma chance: estaríamos diante de um *tertium genus*, ou de uma espécie de dano emergente? Sendo a perda de uma chance uma técnica decisória concebida para superar as insuficiências da responsabilidade civil, diante de lesões a interesses aleatórios, necessária se faz uma aproximação as espécies clássicas de ofensas econômicas.

Sedutora revela-se a possibilidade de autonomizar a perda de uma chance dos danos emergentes e lucros cessantes, de forma a valorizar a sua autonomia na dogmática de responsabilidade civil. Aliás, trata-se mesmo de uma forma natural de situar esse modelo jurídico, pois, como o visto, a perda de uma chance detém requisitos que lhe garantem um espaço próprio entre os interesses econômicos merecedores de tutela.¹⁴

Se compararmos a perda de uma chance com os lucros cessantes, veremos, de forma clara, a distinção entre as suas premissas: nos lucros cessantes, o ofendido pleiteará valores que traduzem uma probabilidade de privação de ganhos que se revela certa, de acordo com aquilo que normalmente acontece pelas regras de experiência. Contudo, o vocábulo *certeza* não é apropriado para a perda de uma chance, uma vez que a vantagem esperada é sempre incerta e aleatória. Há somente uma possibilidade quanto à eclosão do benefício esperado, se o evento lesivo não houvesse ocorrido.¹⁵

¹⁴ No julgamento do REsp 1.540.153, o STJ considerou que “na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará 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”. (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4. T.).

¹⁵ Nessa linha, Mariano Yzquierdo Tolsada (2015, p. 193) pontua que, se, no lucro cessante estamos diante de situação juridicamente idônea, por parte do sujeito que esperava ganhos futuros (e acaso no presente), na perda de chances, se dá a ausência de certezas.

Prosseguindo, no cotejo da perda de uma chance com os danos emergentes, as extremas não se revelam tão nítidas. Sabemos que os danos emergentes correspondem ao montante indispensável para eliminar as perdas econômicas efetivamente decorrentes da lesão, reequilibrando assim o patrimônio da vítima. Configuram os prejuízos necessariamente nascidos da ação ou omissão danosa. Ilustrativamente, a destruição de meu veículo, a subtração de meu relógio e os gastos médicos efetuados com a recomposição de minha integridade psicofísica. Todos são danos emergentes e todos significam, em maior ou menor grau, aquilo que estatui o art. 402 do Código Civil, em relação à pessoa do credor, como *“o que ele efetivamente perdeu”*.

Pois bem, cientes os estudiosos da responsabilidade civil que o mencionado art. 402 é uma cláusula geral de danos e, portanto, não pode ser lida a partir de uma postura redutora ao binômio danos emergentes/lucros cessantes, devemos extrair do seu texto normativo todas as possibilidades valorativas. A hermenêutica do enunciado se faz com os olhos voltados à mais ampla proteção à integridade dos bens jurídicos patrimoniais da vítima.

Sendo assim, em comum, não apenas o dano emergente, mas também a indenização pela perda de uma chance refere-se a um bem jurídico que o credor *“efetivamente perdeu”*. A chance — quando séria e concreta — detém conteúdo patrimonial que já se encontra na órbita econômica da pessoa. Trata-se de um dano autônomo a um bem imaterial titularizado pelo ofendido ao momento do dano que a suprime. Tal e qual um direito autoral, ou uma patente, a chance insere-se, entre o nosso rol de bens imateriais, como um direito expectativo paulatinamente consolidado por seu titular. O valor econômico dessa chance será indenizado como uma

espécie de dano emergente, afinal, ele “efetivamente perdeu (a chance)”.

Se, por um lado, o acórdão bem extraiu a teoria da perda de uma chance, a partir de uma omissão dos poderes públicos, lado outro descurou em aferir as repercussões patrimoniais do dano injusto.¹⁶ Pelo contrário, aprioristicamente denegou a pretensão de pensionamento vitalício, sob o fundamento de que “eventual condenação a esse título corresponderia à responsabilização dos demandados pelo resultado favorável desejado, em face do qual não se vislumbra o necessário nexo de causalidade”.

A nosso viso, o procedimento correto consistiria na admissão da indenização pelo dano patrimonial, sendo certo que, na estipulação do *quantum*, caberia 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, parte da reparação a que faria jus a vítima, considerado o dano final; d) sopesar sempre o grau de culpa do ofensor, ao omitir a providência que, hipoteticamente, poderia ter evitado o prejuízo final — dúvida intransponível e elementar a perda de uma chance.

3 CONCLUSÃO

Há flagrante inquietação no tocante à qualificação da perda de uma chance. Ela se situa na zona *gris*, entre uma espécie de dano e uma nova forma de presunção de causalidade. Essa hesitação

¹⁶ “Importante distinguir as três espécies de dano patrimonial: danos emergentes, lucros cessantes e perda de uma chance, as quais têm em comum o fato de que a estimativa definida para fins de reparação de danos sempre envolverá a apreciação de relações econômicas do indivíduo, e terá uma função indenizatória ou ressarcitória.” (ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2023, p. 1.412).

é em grande parte fruto da dificuldade probatória de avaliar as probabilidades quanto a um juízo de verossimilhança das chances frustradas pelo evento lesivo. Quando se trata de oportunidade perdida de tratamento de saúde, apto a sustar processo danoso em andamento, que conduza paciente a óbito, a extensão do dano já está demarcada, sobejando definir como concausa a conduta do demandado. Daí o relevo da tese de ausência de nexo causal, uma vez que a conduta do ofensor não provocou a doença, mas frustrou a oportunidade de uma cura ou da sobrevida. Surge um confronto com o art. 403 do CC/02, que obstaculiza a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Em sentido oposto, a doutrina favorável à autonomia da perda da oportunidade rejeita a indenização pelo dano final, fixando a equidade como fator de atribuição de um ressarcimento, tendo por referência a medida de probabilidade se o dano tivesse sido evitado pelo comportamento exigível do lesante. A perda da chance, como modalidade autônoma de indenização, faz-se presente mesmo nos casos em que não se afirme a responsabilidade direta do agente pelo dano final. O demandado não será responsabilizado pelo resultado para o qual o seu comportamento eventualmente tenha contribuído, porém pela chance de que ele privou a vítima. Assim, elide-se o resultado gerado pela aferição do nexo causal que, se prevalecesse, entronizaria o fator aleatório em um processo de mitigação do nexo causal, no qual, sem demonstração evidente de que um certo resultado adveio da conduta do agente, dificilmente seria obrigado a indenizar.

A par do dissenso doutrinário, cabe aos nossos tribunais a tarefa de conferir proporcionalização às decisões que apliquem a teoria da perda de uma chance, tanto no que tange às repercussões patrimoniais como existenciais do dano injustificado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo*, Brasília, DF, n. 513, 6 mar. 2013a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo*, Brasília, DF, n. 549, 5 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.210.732-SC. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *DJe*, Brasília, DF, 15 mar. 2013b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.662.338/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *DJe*, Brasília, DF, 2 fev. 2018.

ENZWEILER, Romano José. *Teorias causais e meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. In: GUERRA, Alexandre *et al.* (Coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

KONDER, Carlos Nelson; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Questões atuais da responsabilidade civil médica e hospitalar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MINAS GERAIS. Processo nº 1.0000.21.070243-7/002. Relator: Des. Afrânio Vilela. *DJe*, Belo Horizonte, 24 jan. 2023.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil comentado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade civil objetiva*. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2022.

VINEY, Geneviève. *Les obligations: la responsabilité: effets*. Paris: LGDJ, 1988.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual: Parte General*. Madrid: Dykinson. 2015.