
**PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA: A TEORIA DAS
PROBABILIDADES APLICADA À ARTE DA PROBABILIDADE**

***LOSS OF A CHANCE IN MEDICAL FIELD: THE PROBABILITY THEORY
APPLIED TO THE ART OF PROBABILITY***

MARCELO PAULO MAGGIO

Doutor em Ciências pela Faculdade de Saúde Pública Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR. Promotor de Justiça junto à Promotoria de Justiça de Proteção à Saúde Pública de Curitiba-PR.

SUÉLLYN MATTOS DE ARAGÃO

Doutoranda em Direito pela UFPR, Mestre em Saúde Coletiva pela UFPR e Especialista em Medicina do Trabalho pela UFPR com título conferido pela AMB/ANAMT. Médica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pesquisadora associada da Clínica de Direitos Humanos Biotecjus UFPR e do grupo de pesquisa Política, Avaliação e Gestão em Saúde da UFPR. Médica da UFPR, médica do MPPR e médica assistente técnica em Direito Médico e Erro Médico.

RESUMO

Objetivo: O presente estudo tem por objetivo propor reflexões acerca das limitações e controvérsias da aplicação da teoria jurídica da perda de uma chance à seara médica, enquadramento tido como marca do novo paradigma da responsabilidade civil. Para além dos elementos doutrinários, o artigo recorre ao fundamento científico epidemiológico com o propósito de apontar as problemáticas derivadas dessa aplicação. Sobretudo aquelas relacionadas ao aparente desalinho entre as bases da



medicina – tida como a arte da probabilidade –, do raciocínio clínico e os pressupostos da teoria.

Metodologia: Hipotético-dedutivo, com a utilização de técnica de pesquisa bibliográfica incluindo doutrina do direito civil e literatura médica em propedêutica médica e clínica médica.

Resultados: O universo médico e suas áleas, o progresso científico experimentado nesse campo e os instrumentos epidemiológicos disponíveis possuem limitações, em especial, no que se refere à mensuração de probabilidades diagnósticas e terapêuticas, o que dificulta a aplicação da teoria jurídica da perda de uma chance à seara médica. No contraponto, há contextos em que a harmonização da teoria com o exercício da medicina parece amoldar-se de forma mais apropriada, como nos casos de obrigação de resultados, frequentemente atribuíveis aos procedimentos estéticos.

Contribuição: O artigo contribui com o avanço do debate jurídico científico sobre o tema vez que salienta a importância do reconhecimento das características de fortuito e imponderável da ciência médica, reafirmando os entraves faceados para se traduzir em percentuais estatísticos as chances de cura, vida ou morte de pacientes, contexto que reflete, em alguma medida, nas dificuldades de aplicação da teoria da perda da chance a esse universo.

Palavras-chave: perda de uma chance; responsabilidade civil; direito médico.

ABSTRACT

Objective: *The present study aims to propose reflections on the limitations and controversies of the application of the legal theory of losing a chance to the medical field, a framework considered as a mark of the new paradigm of civil liability. In addition to the doctrinal elements, the article uses the epidemiological scientific basis, with the purpose of pointing out the problems derived from this application. Especially those related to the apparent mismatch between the foundations of medicine - regarded as the art of probability - of clinical reasoning and the assumptions of theory.*

Methodology: *Hypothetico-deductive method, using the technique of bibliographical research, including the civil law doctrine and medical literature about propaedeutic (workup) and clinic.*

Results: *The medical universe and its alleys, the scientific progress experimenting in that area, and the epidemiological tools available, all have limits, especially regarding the measure of diagnostic and therapeutic probabilities, making the application of the legal theory called “loss of a chance” even more difficult to the medical field. On the other hand, there are contexts in which the harmonization of theory and medical practice*



seems to be shaping itself around in a more appropriate way, as in those cases of mandatory results, frequently chargeable to cosmetic procedures.

Contribution: *This article adds to the legal scientific discussion on this topic, as it stresses the relevance of the recognition of fortuitous and imponderable characteristics of medical science, reassuring the obstacles that are faced to be translated into statistic percentage of chances of cure, life or death of patients, which reflects, to some extent, the difficulties of the “loss of a chance” theory application to this universe.*

Keywords: *loss of a chance; civil liability; medical law.*

1 INTRODUÇÃO

Evidente mudança de paradigma no âmbito da responsabilidade civil, um dos pilares do direito civil brasileiro, exsurgiu nas últimas décadas, enquanto decorrência das mudanças sociais, ideológicas e econômicas. O contexto diretamente relacionado à transformação do Estado Liberal ao Estado Social importou em ampla e progressiva preservação de valores como o solidarismo e a justiça coletiva nas relações sociais, em especial, quanto à dignidade da pessoa humana e à reparação da vítima.

Especialmente após a Revolução Industrial, experimentou-se verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil: anteriormente, a preocupação era a de encontrar o caráter culposos da conduta do agente, na atualidade, os esforços se concentram em reparar o dano (LIMA, 1999). Também como sinal dos tempos, o conceito de dano reparável foi ampliado a fim de acompanhar a dinamicidade da vida moderna e o novo padrão solidarista do direito: fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha, passaram a ser considerados reparáveis (SILVA, 2013). Estabeleceu-se crescente consciência de que o direito, em razão de tratar de complexos e probabilísticos conflitos dos fenômenos sociais, deve considerar a incerteza com parte integrante das soluções jurídicas (LEVIT, 1992).



Diante dessa perspectiva de modificação e evolução do conceito e aplicação dos requisitos clássicos da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo de causalidade), a teoria da perda da chance constitui-se em um fértil campo de observação para esse novo olhar (SPEAKER, 2002).

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) fundamenta-se na ideia de chance ou oportunidade, séria e real, perdida. O dano a ser reparável e indenizável, nesse caso, é a oportunidade perdida, seja a de alcançar uma vantagem ou a de evitar um prejuízo. Em outros termos, a interrupção do processo aleatório (chance) ou a ocorrência de um fato culposo interruptivo da chance de lucro seriam os próprios prejuízos a serem reparados. Pode ser interpretada como uma classe intermediária, situada entre o dano emergente e o lucro cessante, formas clássicas estabelecidas pelo Código Civil (BRASIL, 2002). Emerge, assim, para muitos, como um novo paradigma para a responsabilização civil, pois alarga seus contornos, objetivando proteger a vítima de um novo tipo de dano, qual seja, a perda de uma chance séria e real de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo (LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2014).

Muito embora as decisões que inauguraram a jurisprudência francesa, tida como berço da Teoria, refiram-se, justamente, a casos relativos à seara médica, a sua aplicação dentro da arte e da ciência médica gera questionamentos e desafios, sejam eles relacionados às áleas próprias da medicina, ao término do processo aleatório (quando o paciente já está morto ou sequelado), à questão da causalidade parcial ou à mensuração do quantum indenizatório (CHABAS, 1973; SAVATIER, 1970).

Nessa sistemática, o presente estudo possui o propósito de expor reflexões acerca das limitações e dissensos da aplicação da teoria da perda de uma chance ao universo das demandas médicas, fornecendo exemplos práticos e elementos objetivos de tais óbices. O artigo será apresentado em três tópicos. No primeiro, serão elencados, de modo sumário, instrutivos gerais sobre a Teoria: conceito, histórico evolutivo, fundamentos, requisitos e pressupostos, doutrina, jurisprudência e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, o segundo



abordará, especificamente, aspectos técnicos e jurídicos limitadores e controvertidos da aplicação da Teoria aos casos médicos. Por sua vez, o terceiro tópico arrematará as ponderações aventadas para explicar os entraves entre a Teoria e o exercício da medicina. Como desfecho, nas considerações finais, serão sintetizadas as reflexões e contrapontos abordados, apresentando ao leitor uma síntese das principais temáticas discutidas.

Ante tais ponderações, pretende-se suscitar o debate a respeito da aparente inconsonância entre a arte médica e as noções de causalidade parcial e de aquilatação das chances perdidas propostas pela Teoria.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 CONCEITO

Etimologicamente, a palavra “chance” deriva do verbo latim *cadere*, aludindo à maneira como caem os dados ao serem lançados. Sob a ótica doutrinária, Sergio Savi assevera que o termo chance, utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. (SAVI, 2012).

Pode-se dizer que a perda da chance consiste na frustração da possibilidade de obtenção de vantagem, uma vez que o processo aleatório no qual a vítima se encontrava é interrompido, ou impedido de acontecer conforme desejado, por intermédio de um fato do agente imputável. No entendimento de Fernando Noronha, a chance diz respeito a situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. (NORONHA, 2003, p. 665).

Nas palavras de Henri e Leon Mazeaud (1947), configura-se a responsabilidade civil pela perda da chance quando o ofensor, por sua conduta, priva a vítima da possibilidade de auferir um benefício ou de evitar uma perda, seja ela patrimonial ou



extrapatrimonial¹. Seria a perda de oportunidade de uma situação mais benéfica ou do alcance de posição mais favorável, apesar do dano injusto sofrido. Hipoteticamente, estaria localizada a meio caminho entre duas formas clássicas de dano: o dano emergente e o lucro cessante.

Em outros termos, o dano injusto restaria configurado quando da ocorrência de um fato que interrompa o curso normal dos acontecimentos antes da concretização da oportunidade (GUIMARÃES, 2009).

O conceito originário da perda de uma chance refere-se, então, à necessidade de reparação por um tolhimento, por parte do responsável pelo dano, da chance do ofendido conseguir algo. O objetivo final da vítima não é alcançado visto que o ofensor, por algum motivo e culpa, impediu-a de até mesmo tentar obter seu desejo (BRAZIL, 2015). Neste sentido, pode-se afirmar que na perda de uma chance não se indeniza a vantagem esperada, até porque esta certamente é dotada de dúvida, mas sim a frustração da oportunidade de obter a vantagem, ou de evitar um prejuízo, ou, como no viés do presente trabalho, de ter perdido a chance de cura ou de sobreviver com mais qualidade. Assim, é necessário que o demandante comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato do ofensor (BRITTO NETO; ARAGÃO, 2013).

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de modo que já não se poderá saber se o afetado, por si mesmo, obteria ou não obteria os ganhos; se evitaria ou não certa vantagem, pois o ofensor impediu-o de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do

¹ Enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Art. 927 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.



sujeito; assim, considera-se o dano, ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa (ROSARIO, 2008).

Conforme leciona Miguel Kfourri Neto (2002), a perda de uma chance é definida como uma:

Modalidade autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda (KFOURI NETO, 2002).

Em síntese, é caracterizada a perda da chance quando o processo aleatório e contingencial que estava a ocorrer em curso normal resta interrompido por uma conduta interferente e ilícita do agente. Todavia, não sendo possível afirmar que o resultado esperado pela vítima necessariamente viria a acontecer. Enfim, subsiste quando a expectativa futura foi ilicitamente ceifada da vítima.

2.2 BREVE HISTÓRICO

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França em meados do século XIX. Posteriormente, espalhou-se por outros países do sistema romano-germânico, como a Itália, pelos países da *common law* e, recentemente, pelo Brasil (LOUREIRO; MARTINS; REIS, 2014). Decorre da própria evolução da responsabilidade civil, ajustada à compreensão de valores maiores (solidariedade e justiça) mais presentes na realidade social.

Originariamente, sua aplicação se dava nos casos em que a oportunidade de obter uma situação futura melhor era tirada da vítima em razão do cometimento de dano injusto por parte do agente. No contexto de seu surgimento, a consolidação da Teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação por falhas médicas, de onde



surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência) (MOTA, 2016).

O exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa refere-se a uma decisão proferida pela Corte de Cassação em 17 de julho de 1889, a qual conferiu indenização pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de uma demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento. Na sequência, principalmente a partir de 1930, os juristas franceses apresentaram um leque de hipóteses bastante variado para sua utilização: perda de uma chance de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva, de ganhar uma demanda judicial devido a falhas de advogados, perda de uma chance em matéria empresarial e pela quebra do dever de informar (SILVA, 2013).

Ao seu turno, a Primeira Câmara da Corte de Cassação adentra na responsabilidade pela perda de uma chance na área médica no ano de 1964. Na ocasião, condenou-se um médico por erro em seu procedimento ao amputar os membros de um bebê a fim de facilitar o parto. Flexibilizou-se a comprovação de nexo de causalidade entre o erro médico e as consequências sofridas pela vítima. Concluiu-se que o médico foi negligente, devendo reparar as chances de cura perdidas pelo seu paciente, vez que o profissional deveria ter agido de modo diverso (PEGAS; SANTANA, 2018).

Na Inglaterra, no sistema da *common law*, a primeira aparição da Teoria ocorreu em 1911, com o caso inglês *Chaplin v. Hicks*, cuja requerente era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual impediu a autora de participar da fase final do concurso que consistia em uma apresentação perante um júri. Um dos juízes de apelação argumentou que, diante da “doutrina das probabilidades”, a candidata teria vinte e cinco por cento (25%) de chances de ganhar um dos prêmios.

Caso clássico inglês discutido na seara médica, o *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, tratou de uma necrose femoral ocorrida após queda de altura e



fratura de quadril de um menino. Os votos de Lorde Bridge e Lorde Ackner defenderam que, nas hipóteses em que o processo aleatório foi até o final, a única opção era utilizar o método *tudo ou nada* (0 ou 100% de chances) de verificação de causalidade. Ou seja, considerou-se que, já no início do processo aleatório a vítima apresentava um número determinado de vasos sanguíneos rompidos/danificados, suficientes ou não para evitar a futura necrose. Assim, a vítima já tinha zero (0%) de chances de evitar a necrose, ou tinha cem por cento (100%) de chances e o dano foi causado pela falha médica (SILVA, 2013).

Na Itália, foi Adriano Cupis, em 1966, o responsável pelo início da correta compreensão da Teoria. Ele conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, além de ter limitado o cabimento da indenização às chances sérias e reais. Nesse país o desenvolvimento da matéria também foi intenso, inclusive em relação à seara médica (SAVI, 2012).

No Brasil, o pioneirismo na aplicação da teoria da perda de uma chance se deu no Rio Grande do Sul, muito por conta da influência da brilhante palestra proferida pelo professor François Chabas, em 23 de maio de 1990, na Universidade Federal daquele Estado (SILVA, 2013). A partir de então, outras unidades da Federação passaram a adotá-la, particularmente no Sul² e Sudeste³. Um dos episódios mais famosos da aplicação da teoria da perda de chances no país, tido como *leading case*, foi a ação do

² Apelação Cível nº 224231-1. Apelante: Eliza Figueiredo Turrisi e outros. Apelado: Unimed de Londrina. Relator: Sérgio Luiz Patittuci., julgado em 22 de maio de 2003; PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação Cível nº 0246761-8. Apelante: Joel Ângelo Brites. Apelado: Danilo César Machado. Relator: Des. Antonio Renato Strapasson, julgado em 13 de fevereiro de 2004; PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná.

³ Apelação Cível nº 2003.001.19138. Apelante: Sebastião Carneiro da Silva. Apelado: Rápido Monteiro Ltda. Relator: Desembargador Ferdinando do Nascimento, julgado em 07 de outubro de 2003, RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 2003.001.16359. Apelante: Francisco Riente. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 22 de julho de 2003, RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2000.001.05364. Apelante: Vinícius Ottoni de Carvalho e outro. Apelada: Polygram do Brasil Ltda. Relator: Des. Severiano Aragão, julgado em 31 de maio de 2000, RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo Regimental nº 4364/SP. Agravante: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Agravado: R. despacho de fls. 135/136. Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 29 de outubro de 1990.



“Show do Milhão”⁴, em que a autora, em dado momento da competição de adivinhações, na “pergunta do milhão”, se deparou com uma questão cuja resposta inexistia. Estava configurada ali a perda da chance de se alcançar o prêmio de 1 milhão de reais.

2.3 COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DOUTRINA BRASILEIRA

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de regramento expresso sobre a responsabilidade pelo dano oriundo da perda de uma chance. Segue os modelos dos Códigos Civis francês e italiano ao utilizar de uma cláusula geral de responsabilidade civil, conforme consta:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, Lei 10.406, 2002, arts. 402 e 403).

Apesar dos arts. 402 e 403 do Código Civil imporem rigoroso critério ao magistrado para reparar apenas danos efetivamente provados, a aceitação da teoria da perda de uma chance se encontra na nova maneira de considerar as possibilidades (SILVA, 2013).

Judith Martins-Costa (2003), ao comentar o art. 403, assevera que o teor do referido dispositivo legal afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda de probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de

⁴ Recurso Especial nº 788.459. Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005. Superior Tribunal de Justiça.



indenizar. Vale lembrar que o nexo deve ser uma condição lógica de vínculo, conexão, liame ou eminente coesão entre a ação e o resultado, ou seja, há de existir ligação e coerência (FRANÇA, 2019).

Na doutrina brasileira, dedicados ao estudo da teoria da perda da chance, figuram autores clássicos como Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Carvalho Santos, Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes. Além dos integrantes da doutrina mais recente, como Judith Martins-Costa, Silvio de Salvo Venosa, Sérgio Cavalieri Filho, Sérgio Novais Dias, Antonio Jeová Santos, Rafael Peteffi da Silva, Fernando Noronha e Sérgio Savi.

Nesta linha, em reflexo a um – tímido, mas significativo – avanço da doutrina, a perda de uma chance passou a povoar os julgados brasileiros com frequência crescente. Apesar de tanto os autores clássicos quanto os contemporâneos claramente reconhecerem a Teoria no direito brasileiro (SAVI, 2012), o que se observa, em geral, é uma aplicação superficial e incipiente de seus preceitos nos tribunais. Inobstante, inegável ascensão paulatina do tema, tanto em propositura de ações quanto em provimento.

Atualmente, em vários casos de responsabilidade civil envolvendo advogados⁵, médicos/serviços hospitalares⁶ e inadimplementos contratuais, a teoria da perda de chances vem sendo aplicada, com tendência notável de um alargamento do seu campo de abrangência.

⁵ Apelação Cível nº 70.005.635.750, 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 17 de novembro de 2003. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.079.185/MG, Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 11 de novembro de 2008. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Apelação Cível n. 200800120957/RJ, Relator: Des. Custódio Tostes TJRJ, julgado em 06 de agosto de 2008. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 17ª Câmara Cível.



2.4 NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS

Há diversas teorias acerca da natureza jurídica da perda de uma chance: teoria da equivalência das condições, da causalidade adequada, do dano direto e imediato, da *causation as fact*, da *proximate cause*, da causalidade alternativa e da perda de uma chance como categoria de dano específico. A posição majoritária defende natureza jurídica única: a noção específica e autônoma de dano (SILVA, 2013).

Há um entendimento pacífico de que a perda de uma chance admite a obrigação de ressarcimento quando há um claro impedimento da oportunidade de se atingir um resultado ou de se evitar um dano. A perda da chance versa, portanto, sobre a reflexão acerca de tudo aquilo que a vítima poderia, supostamente, obter. Pode ser dividida em duas variantes: frustração pela privação da possibilidade de se atingir alguma vantagem e/ou frustração pela privação da possibilidade de se evitar um prejuízo real. Em ambos os casos, o resultado almejado poderia ser alcançado, caso a vítima não tivesse sido tolhida de sua chance no decorrer do processo aleatório.

No que concerne aos seus requisitos e pressupostos, a Teoria encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva (BORÉ, 1974). O dano a ser indenizado deve ser não hipotético, não eventual (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). A chance deve ser séria e real (SAVI, 2012). Nesse sentido, há que se fazer um juízo valorativo, utilizando-se de princípios da proporcionalidade e razoabilidade para avaliar se determinada oportunidade perdida implica, de fato, em dano a ser reparado.

Assim, nas palavras de Roberto de Abreu e Silva (2006):

A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de obtenção de uma vantagem ou de sucesso em pretensão séria assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano, resultando em prejuízo provado ou evidente do fato à pessoa inocente (SILVA, 2006).



Extraí-se daí que a perda da chance deve basear-se em elementos, tanto quanto possíveis, objetivos, palpáveis, estatísticos e plausíveis. Mostrando-se certa a dificuldade de sua fixação nos enunciados médicos.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE À SEARA MÉDICA

Preliminarmente, antes de adentrar, especificamente, na questão da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica, importante discorrer, ainda que de modo abreviado, sobre as bases históricas e técnicas da ciência médica.

No século v a.C., com o surgimento da fase hipocrática na Grécia, a medicina afastou-se paulatinamente da religião, das crenças e do apelo ao sobrenatural. Desde então, por caminhos tortuosos, com avanços e recuos, chegou à Idade Média, quando tiveram início os cursos médicos oficiais (REZENDE, 2009). Nesse contexto, feiticeiros e xamãs primitivos foram sucedidos na arte de curar, na evolução das civilizações, pelos sacerdotes médicos, que apareceram com o agregamento de grupos humanos, representados pelo surgimento das cidades e dos impérios. Por sua vez, os sacerdotes e curandeiros foram substituídos pelos médicos leigos ou profanos no mundo grego. Ao final, médicos sucederam esses sacerdotes. Assim, o paradigma sobrenatural foi substituído, gradativamente, pelo natural. O que não foi pouco. Foi, em verdade, uma transformação qualitativa e autenticamente revolucionária. Nascia ali um novo mundo, o mundo da ciência e da investigação científica (SÁ-JÚNIOR, 2013).

Desde os primórdios, grandes pensadores e estudiosos da ciência médica desenvolveram teorias, pensamentos e práticas que subsidiam, até os dias atuais, o agir médico (LOPES; LICHTENSTEIN, 2007). Hipócrates, Galeno, Leonardo da Vinci, Vesalius, de Harvey, Paracelso, Morgagni, Jenner, Laennec, Pasteur, Fleming, Osler, Oswaldo Cruz e Carlos Chagas estão entre eles.



Algumas concepções, como a da determinação social da saúde, ganharam especial importância no século XX, a partir do momento em que as ciências da saúde começam a ser entendidas como essencialmente sociais. Desde então, o conceito de saúde evoluiu do paradigma biológico para uma compreensão que engloba os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais, não mais apenas os genéticos e biológicos (BUSS; PELLEGRINI FILHO, 2007).

Conquanto tenha havido evolução substancial do ponto de vista técnico-científico em relação ao conhecimento fisiopatológico, ao arsenal propedêutico e terapêutico disponível, a prática clínica, é, ainda hoje, muito dependente da habilidade médica fundamental de elaborar um diagnóstico correto e, a partir deste, definir a melhor conduta aplicável (ALBERT; MUNSON; RESNIK, 1988).

O processo de construção do raciocínio clínico tem sido, continuamente, foco de investigações (SCHMIDT; MAMEDE, 2015). As principais teorias desenvolvidas para explicar o raciocínio clínico e, por conseguinte, a prática médica, são: teoria hipotética dedutiva, também chamada de método analítico; teoria estrutural; teoria da construção dos *scripts* e teoria da carga cognitiva. Cada uma delas possui modelos e sistemas de processos mentais, que se utilizam da memória declarativa e não declarativa; da codificação, classificação, reorganização, recuperação e utilização de informações; da comparação e análise de contrastes; do exame crítico do conhecimento especializado; do uso de qualificadores semânticos; de padrões de reconhecimento e de conceitos de carga cognitiva (NORMAN, 2005; PEIXOTO; SANTOS; FARIA, 2018).

Em nenhuma delas há qualquer espécie de menção a estratégias ou fórmulas probabilísticas e/ou estatísticas. Isto é, o raciocínio médico trabalha com probabilidades – tanto assim que a medicina é descrita por Willian Osler (1892) como ciência de incerteza e arte da probabilidade – todavia, não há, na construção do raciocínio médico, nenhuma alusão a símbolos quantitativos numéricos como forma de quantificação de probabilidades diagnósticas.



Assim, quando um profissional pratica um ato médico o faz, basicamente, por meio de uma série complexa de etapas e funções cognitivas, envolvendo um pensamento altamente especializado para definir os problemas, examinar as evidências e, em seguida, tomar decisões e escolhas para melhorar o estado fisiológico e psicossocial do paciente. As etapas desse processo incluem: geração de hipóteses, refinamento das hipóteses, testes diagnósticos, raciocínio causal e verificação de diagnóstico. A partir dessas fases de ação sistemática, derivam-se hipóteses que vão dirigir e direcionar a tomada de decisão e ordenação de testes específicos e investigações, bem como planejar a gestão e a terapêutica do caso (LATEEF, 2018).

Convém notar que os atos médicos possuem uma tônica dominante: a partir de um conjunto de sintomas (anamnese), sinais (exame físico) e, eventualmente, exames complementares (laboratoriais, de imagem, entre outros), o médico elabora hipóteses diagnósticas. A partir dessas hipóteses, extrai uma considerada como a mais provável, aquela que mais se assemelha ao quadro concreto em análise. Vale destacar que a última classificação internacional de doenças emitida pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2018) contém cerca de 55 mil espécies de lesões, doenças e causas de morte. Some-se a isso as externalidades, as idiosincrasias e as manifestações atípicas, os efeitos adversos, as condições técnicas de trabalho e a interdependência de resultados de outros profissionais da saúde. Reside aí, grande parte das dificuldades dos profissionais médicos.

Tome-se como exemplo ilustrativo um caso em que a clínica (sinais e sintomas) do paciente leva o médico pensar no diagnóstico de uma pneumonia comunitária (não hospitalar). As demais hipóteses aventadas, por também conterem um ou mais aspectos similares ao quadro em análise, constituem o chamado diagnóstico diferencial. Ou seja, elas fazem parte de um grupo de patologias com características sintomatológicas semelhantes àquelas do diagnóstico dito principal, por tal razão, não podem deixar de ser elencadas, também, como prováveis. Ocorre que, para tal distinção (entre diagnóstico principal e diferencial), não há nenhuma fórmula de cálculo,



probabilidade ou precisão estatística. Tal assertiva é cravada com base, puramente, no confronto entre o quadro clínico que se está a vislumbrar e o conhecimento e *expertise* do médico em questão: sua experiência conquistada em outros casos, seu conhecimento técnico, sua capacidade de cognição, memorização, comparação e abstração. No caso de utilização de exames complementares, têm-se, ainda, o agravante da questão da especificidade⁷, sensibilidade⁸, valor preditivo positivo e valor preditivo negativo de cada método (SILVEIRA; ARTMANN, 2009), fatores esses que influenciam, diretamente, no diagnóstico e, por consequência, nos demais passos da cadeia dos processos envolvidos no ato médico.

Indo adiante, definido um diagnóstico, o profissional médico passa à propositura da terapêutica a ser recomendada. Aqui, novamente, na imensa maioria dos casos, a proposta é “empírica”. No caso da pneumonia, em regra, não se aguarda o resultado da cultura de escarro na tentativa de isolar o agente patógeno para, posteriormente, indicar o antibiótico mais recomendado para debelar aquela classe de microorganismo. Isso é, na imensa maioria das vezes, inviável, seja pela baixa sensibilidade e especificidade do exame, por sua indisponibilidade (técnica ou logística nos sistemas de saúde), pela lentidão dos resultados ou mesmo pelo custo. Assim, se propõe, empírica e indutivamente – baseado em experiência e critérios clínicos, evidências epidemiológicas e *guidelines* –, um antibiótico capaz de combater, em tese, o patógeno mais comumente causador de pneumonia para aquele paciente em específico (considerando-se sua idade, comorbidades, histórico mórbido pregresso, características da doença, entre outros). Em exemplo, elenca-se o fármaco amoxicilina ou azitromicina, pensando-se no microorganismo mais frequentemente envolvido na fisiopatologia dessa enfermidade, o *Streptococcus pneumoniae* (CORRÊA, 2018).

Veja-se que não há regra exata ou matemática que norteie o profissional médico a optar por esse ou aquele diagnóstico. Há, tão somente, referenciais clínicos e

⁷ Em epidemiologia, a especificidade refere-se à proporção de pessoas que não possuem a doença ou desfecho de interesse e são identificadas como negativas pelo teste.

⁸ Em epidemiologia, sensibilidade refere-se à proporção de pessoas que apresentam o desfecho de interesse que são classificadas como positivas no teste.



epidemiológicos (COUTINHO; CUNHA, 2005). Depreende-se daí que as definições de “mais provável” na medicina cotidiana, habitualmente, não se baseiam em dados exatos e quantitativos: sabe-se ou têm-se a expectativa de que aquele conjunto de sinais e sintomas possui maior probabilidade de se relacionar a determinada espécie de patologia, inobstante, não há certeza, sequer há uma estimativa numérica de quão forte é essa possibilidade. Em que pese todo avanço científico e as densidades tecnológicas, não há, na atualidade, exame ou estudo que possa indicar ao profissional médico que a probabilidade de acerto diagnóstico seja de 20, 30, 50, 70 ou 90%. A Medicina, de fato, não trabalha com essa minúcia de definição.

No caso ora exemplificado, apesar de todo conjunto clínico apresentado, o diagnóstico pode não ser de pneumonia (e se tratar de um dos diagnósticos diferenciais ou de um quadro clínico atípico de outra doença), o causador pode não ser o *Streptococcus pneumoniae* e sim *Pseudomonas aeruginosa* ou qualquer outro germe, o microorganismo pode não ser sensível àquela classe medicamentosa (germe resistente), a resposta do paciente ao fármaco pode ser adequada ou deficiente. Enfim, nada resta descartado. Não há garantias, há tentativas. Esse raciocínio se aplica para a maioria das atividades e práticas médicas.

Os estudos científicos e epidemiológicos, compostos por etapas consistentes em observação, interpretação, explicação racional, formulação e verificação da hipótese e conclusão se baseiam na correta produção de hipóteses e em rigoroso processo de validação para a resolução de problemas identificados. Incluem estratégias, técnicas e procedimentos estruturados da pesquisa epidemiológica e diversos níveis de evidência – medida da força da evidência científica (BONITA; BEAGLEHOLE; KJELLSTROM, 2010). Todavia, prestam-se a explicar, classificar e, eventualmente, quantificar variáveis (e probabilidades) válidas para aquele grupo de indivíduos em particular, com todas as suas especificidades inerentes: gênero, faixa etária, histórico mórbido pregresso, constituição gênica, determinantes sociais da saúde, entre outros. É bem verdade que determinados estudos científicos possuem maior validade externa, isto é, em alguns



casos, é possível extrapolar os seus resultados, comparando-os com os resultados de grupos assemelhados (BURCHETT; UMOQUIT; DOBROW, 2011). Em geral, quanto mais similar é o paciente em análise do grupo do estudo utilizado, mais válida é a estimativa (FERGUNSON, 2004). Porém, há limites consistentes no intervalo de confiança, na margem de erro aleatório, no viés de seleção/alocação e informação/afecção, nas variáveis de confundimento e nas amostras não randomizadas, elementos dificultadores de todo processo (FLETCHER R; FLETCHER S; FLETCHER G, 2014).

A compreensão dos efeitos – benéficos ou prejudiciais – de uma intervenção terapêutica ou preventiva por meio da análise dos resultados de um ensaio clínico, por exemplo, deve basear-se no que tem sido classicamente designado como medidas de associação. Entre elas, o chamado número de necessário para tratar (NNT). Ele expressa o impacto quantitativo da intervenção terapêutica, ou seja, indica o número de pacientes que deve ser tratado por um período de tempo para obter um evento favorável (em caso de tratamento) ou para prevenir um evento desfavorável (em caso de profilaxia) (CITROME; KETTER, 2013). Por exemplo, se um medicamento tem um NNT igual a cinco, em relação ao evento morte, significa que cinco pacientes devem ser tratados para que uma morte adicional seja evitada. Há, ainda, o NNH, isto é, número necessário para causar dano (*number needed to harm*). É uma medida epidemiológica que indica quantos pacientes precisam ser expostos a um fator de risco ao longo de um período específico para causar danos/efeitos prejudiciais (CITROME; KETTER, 2013). No entanto, há limites inerentes às próprias metodologias dos estudos, seus níveis de evidência e, em especial, à forma com que esses resultados são extrapolados para outros pacientes de forma individualizada (FLETCHER R; FLETCHER S; FLETCHER G, 2014).

Exemplificando: ainda que um estudo científico de máximo nível de evidência (1A⁹) afirme que a taxa de sobrevivência em casos de câncer de pâncreas seja de 5% em

⁹ Segundo a Classificação de Oxford Centre for Evidence-Based Medicine.



cinco anos, essa informação foi verificada para aquele grupo de indivíduos, submetidos àquele espaço temporal e àqueles determinantes sociais de saúde. Complexa e até certo ponto questionável a tarefa de extrapolar essas chances de óbito ou de cura para outros pacientes de forma individuada. Isso porque, as chances de cura e de óbito em cada caso clínico em particular oscilam, em verdade, entre 0 e 100%, vez que cada ser é único em sua individualidade biopsicossocial e há uma infinidade de fatores, intrínsecos e extrínsecos, que concorrem para os resultados alcançados na saúde humana.

O grande desafio na fixação de percentuais de perda de chances em casos de erro médico é encontrar estudos com boa validade externa que incluam casos com o exato perfil do paciente para o qual se está a discutir o aludido erro. Apesar de toda evolução biomédica decorrida até aqui, não há nenhum espécime de método, cálculo, exame ou mecanismo para estimar, com razoável grau de certeza, uma probabilidade individual, para cada paciente, quanto às chances de cura, sequela ou óbito. Não há certezas nem estimativas numéricas individuais, especialmente porque é incomensurável a ordem de fatores, *concausas* e determinantes que influenciam na saúde, na biologia e na fisiologia de cada ser humano. No caso da aproximação de impacto de um tratamento (chances de cura), o que se pode fazer é tentar estabelecer o risco inicial do paciente ou as características prognósticas iniciais para, assim, estimar o NNT e o NNH.

Oportuno registrar que, na literatura médica, a questão da causalidade, é tratada sob a ótica dos critérios de Bradford Hill (1965). Trata-se de critérios utilizados para avaliar a probabilidade de que uma associação seja causal: sequência cronológica, força da associação, relação dose resposta, consistência da associação, plausibilidade da associação, analogia com outras situações, especificidade da associação, coerência e evidência experimental. Ocorre que, em regra, nos escritos que discutem a perda de uma chance na seara médica, não se vê, com grande frequência, aprofundamento das discussões a essas camadas mais subterreais, que tratam dos



indicadores epidemiológicos e dos parâmetros técnicos utilizados para as estimativas. Pouco se apresenta da metodologia adotada para a fixação das ditas chances perdidas e, menos ainda, se discute sobre seu grau de evidência científica.

Parece importante mencionar que o perito nomeado pelo juízo para avaliação de casos de suposto erro médico, por mais qualificado e capacitado, não dispõe de muitos elementos capazes de indicar, com confiável grau de certeza técnica, qual a probabilidade exata ou estimada de cura, seqüela ou óbito de um paciente. Quando o faz, ou enquadra o caso individual em um emaranhado amostral de determinado estudo (por vezes compostos por indivíduos pouco similares ao paciente em discussão), situação não desejável por todas as limitações aqui comentadas, ou estima, por mero intuito e dedução, um percentual, carecendo, também nesse caso, de fundamento técnico sólido e reconhecido para o juízo de probabilidade.

Como contraponto, pode-se dizer que, em algumas circunstâncias específicas, em que o erro é tido como crasso ou inescusável, a Teoria parece melhor amoldar-se à seara médica, com maior propriedade de enquadramento. Por exemplo, em um caso de exérese equivocada de órgão sadio, ao invés do acometido por patologia, por falha no protocolo de lateralidade. Nesse cenário, a chance que o paciente perde de manter-se hígido, com um rim sadio funcionando, por retirada inadvertida, parece situar-se próxima a 100%. Outros exemplos de harmonização da Teoria com o exercício da medicina seriam as situações em que há obrigação de resultado, como na cirurgia plástica estética, nominada cosmética ou embelezadora (*cosmetic surgery*).

Os tribunais têm se mostrado muito exigentes diante do insucesso de tais operações; nesta forma de contrato, os pacientes estão interessados em uma obrigação de resultado, quando este não é conseguido, surgem responsabilidades civis pesadas e de maiores proporções. É que o sucesso é o único resultado almejado, e aí está o que diferencia estas intervenções dos outros ramos da medicina, os quais estão alicerçados no interesse imediato de, no mais das vezes, salvar uma vida (FRANÇA, 2019).



De acordo com Ruy Stoco (2007), no âmbito da medicina cosmetológica, embelezadora e da cirurgia plástica estética, a teoria da perda de uma chance encontra terreno fértil, amplo e plena aplicação.

Com efeito, qual a chance de se evitar um prejuízo estético (inexistente, até o momento do ato operatório), em uma cirurgia plástica cosmética (como por exemplo uma rinoplastia mal sucedida, em que reste perdida a simetria nasal e a harmonia facial)? Em alguns casos, essa percentagem se aproxima de 100%, vez que, não fosse a intervenção médica, muito provavelmente, o paciente não experimentaria aquele dano de forma espontânea.

4 COTEJO ENTRE A TEORIA DA PERDA DA CHANCE E O EXERCÍCIO DA MEDICINA

Após apresentadas algumas peculiaridades da atividade médica no último tópico, voltamos, então, à teoria da perda das chances. Bem, inconteste que há argumentos bastante consistentes para afirmar que, quando juristas se utilizam da Teoria em casos relativos ao universo médico o que se está a fazer é aplicar a teoria da probabilidade sobreposta à ciência da probabilidade. Assim pois, inicialmente, mensuram-se sucessivas etapas com o condão da probabilidade (diagnóstico, terapêutica, resposta do paciente etc.), ainda que nenhuma delas disponha de metodologia padrão ouro (*gold standard*) de medição percentual. Ao final, aplica-se a teoria da probabilidade (perda de uma chance), estimando-se, após todas as etapas percentualmente incalculáveis ora citadas, uma estatística final, de probabilidade de perda da chance de se alcançar um benefício (cura, vida) ou se evitar um dano (sequela, óbito). Têm-se, com a somatória dessas circunstâncias, a probabilidade, da probabilidade, da probabilidade [...]. Esbarra-se, aí, no problema do grau de seriedade, realidade e quantidade dessa suposta chance perdida. Chance essa



cujas própria existência é controvertida, pois o que se está em discussão é a biologia e a fisiologia humana.

Conforme mencionado, não se tem visto, no mais das vezes, esse nível de aprofundamento de discussões nos escritos relativos à aplicação da perda de uma chance nas matérias médicas. Pouco se detalham as ponderações acerca da metodologia utilizada para a fixação matemática das ditas “chances perdidas”, provavelmente porque não há, com efeito, uma metodologia bem definida para tanto.

Frise-se que, ainda que no Direito Civil existam tabelas e escalas cujo propósito final é a uniformização de critérios de quantificação do *quantum doloris* (LABORDA CALVO, 2008), tais instrumentos possuem evidente limitação no que diz respeito à fixação das probabilidades médicas que se está aqui a discutir. Não se destinam a esse fim e não tratam de probabilidades diagnósticas, terapêuticas e curativas.

Assim, é de se dizer que, para além das críticas doutrinárias à aplicação da teoria da perda de uma chance em matéria médica, consistentes nas proposituras de estudiosos como Rene Savatier (1970) e Jean Penneau (1990) – percepção dominante na doutrina francesa –, subsistem as considerações técnicas aqui propostas.

Quanto às ressalvas doutrinárias, os estudiosos alicerçam suas críticas em dois argumentos fundamentais: a) impossibilidade de se perquirirem as chances perdidas ao término do processo aleatório, tendo em vista que, nos casos médicos, o paciente já está morto, sequelado ou inválido e, portanto, o processo já foi até seu último estágio, conhecendo-se o prejuízo final – situação, supostamente, em desalinho com os princípios do direito comum sobre a causalidade e com a própria teoria de perda das chances (casos não clássicos); b) dificuldade em se quantificar o dano (chance); c) relativização do nexos causal ou mitigação da causalidade, com a chamada “causalidade parcial”; d) incerteza de que a falha médica tenha sido uma *conditio sine qua non* à consumação do resultado final; e) o fato de todo procedimento médico apresentar uma certa dose de álea (SILVA, 2013). Essas últimas, justamente, pontos abordados no presente artigo.



Nas palavras de Souza (2015), no enquadramento dos casos médicos à perda de uma chance, ao privilegiar a tutela ao interesse da vítima, restringiu-se a tutela ao interesse do ofensor de não responder por dano em que não houvesse certeza quanto à causalidade.

No Brasil, alguns doutrinadores advertem, inclusive, sobre eventuais riscos que a aplicação da perda de uma chance no âmbito médico pode trazer, principalmente considerando-se a realidade enfrentada pelos profissionais no país. Assim, denota Barros Júnior (2007):

Não é exagero se dizer que, em sendo adotada tal teoria, sem dúvida nenhuma, em pouco tempo, uma série de procedimentos não mais seria realizada devido ao risco de lesões iatrogênicas e ainda haveria o abandono do exercício de várias áreas de especialidade pelo temor de perda econômica. (...) Tal foco da teoria agride os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da valorização do trabalho, do direito à saúde, do interesse público por sobre o particular e principalmente da segurança jurídica. É ilógico que, em razão da limitação da própria Medicina, se responsabilize um profissional por questões que escapam ao seu controle (BARROS JUNIOR, 2007).

Ante essas reflexões, têm-se que, na prática médica, há duas faces da mesma moeda: a) o médico pode falhar e o paciente nunca experimentar um resultado negativo, como sequela ou óbito e b) o médico pode não cometer nenhuma falha e o paciente evoluir em uma condição negativa, de sequela ou óbito. Assim, pois a saúde humana, como dito, depende de uma infinidade de fatores que extrapolam, em muito, o grau de compreensão e entendimento científico que alcançamos até o momento. Quando um caso clínico se instala, o paciente possui algo entre 0 e 100% de chances de cura e, em mesmo tempo, de óbito, isso antes mesmo de qualquer intervenção médica. O que a conduta médica faz é, ante suas interferências, ir modificando esses percentuais, simplesmente por ter alterado o processo aleatório que estava em curso. Que o tratamento oferecido pelo médico ao paciente ingressa, nesses casos, na cadeia causal que produziu o dano, já se sabe. Nada obstante, não é possível afirmar, de fato, o quão exatamente essa intervenção foi benéfica ou maléfica. As reações fisiológicas



são, muitas vezes, imprevisíveis, idiossincrásicas. Há, apenas, campo de suposições, conjecturas e possibilidades, decorrentes de comparações com evidências científicas válidas para amostras ou populações outras.

Isto é, o problema da aplicação da Teoria ao caso da medicina está no fato de que nem o juízo de causalidade nem a identificação de um suposto dano autônomo permitem, isoladamente, fazer qualquer consideração quanto à culpa do médico (SOUZA, 2015).

Note-se mais um exemplo prático. Um paciente diagnosticado com infecção urinária alta (pielonefrite aguda) é internado para fazer antibioticoterapia endovenosa e, no decorrer da internação, é acometido por uma infecção relacionada à assistência a saúde (a chamada infecção hospitalar), evoluindo em óbito. Qual chance apresentava esse indivíduo de permanecer vivo quando se iniciou o processo aleatório (início da pielonefrite)? Qual a chance de permanecer vivo caso fosse tratado por via ambulatorial (sem internação)? Qual a chance de permanecer vivo caso fosse tratado, como o foi, por via hospitalar? Qual a chance de permanecer vivo caso simplesmente não recebesse nenhuma intervenção médica? A qual grau de interferência a conduta médica deu cabo? Nenhuma das indagações possui resposta, apenas suposições baseadas em extrapolação de comparação com resultados de estudos técnicos realizados com outros grupos de indivíduos, de outra constituição gênica, submetidos a outros determinantes sociais da saúde. A medicina é, ainda hoje, arte despida de precisão matemática. Nas palavras de França (2019), a medicina nada mais é do que uma sucessão de riscos.

De fato, face tal argumentação técnica, a aplicação da teoria da perda de uma chance em temas afetos à saúde humana parece relacionar-se com a necessidade, por parte da jurisprudência, de imputar ao profissional não apenas o dever de reparar, mas também uma ameaça preventiva. Trata-se, em outros termos, do chamado caráter punitivo, pedagógico ou exemplar da responsabilidade civil, amplamente difundido em nossos tribunais, mas repellido pela melhor doutrina, que reconhece não ser essa a



verdadeira função da reparação civil (SOUZA, 2015). A exceção, como já dito, fica por conta dos casos relativos à obrigação de resultados, envolvendo procedimentos estéticos e cosméticos, nos quais a Teoria parece amoldar-se de forma mais adequada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Originada na doutrina e jurisprudência francesa, a teoria da perda de uma chance constitui um novo mote da responsabilidade civil, alargando e ampliando seus contornos, em consonância com o novo Direito das relações sociais e com as possibilidades de reparação de dano injusto.

Assim, os ares da modernidade, as mudanças sociais, tecnológicas, ideológicas e econômicas transformaram o conceito da responsabilidade civil. A concepção passou a ser solidarista, o foco passou a ser a reparação vítima lesada, não mais apenas a punição do agente causador. Passou-se a admitir e a outorgar reparações de causas intangíveis, extrapatrimoniais e, no ponto que interessa a esse estudo, prováveis. A perda de uma chance carrega a marca desse novo paradigma.

Muito embora a Teoria disponha de vasto substrato doutrinário e jurisprudencial, diversos autores têm lançado críticas à sua aplicação em temas afetos à seara médica, justamente em razão da dificuldade de apreciação das áleas características da medicina, o que repercute na questão da ausência de *conditio sine qua non* e da fragilidade da causalidade parcial.

Para além das questões doutrinárias, o presente estudo apresentou elementos para uma conscienciosa e crítica reflexão acerca dos limites técnicos da aplicação da teoria da perda das chances ao exercício da ciência médica, expondo indicativos do conflito entre as bases da medicina, do raciocínio clínico e a Teoria: em última análise, quando a Teoria é aplicada à seara médica o que se tem é uma mensuração, por vezes não bem esclarecida do ponto de vista científico, de uma suposta chance da qual nem se sabe se o paciente dispunha. Uma verdadeira cascata de sequências de processos



e eventos probabilísticos (diagnóstico e intervenções propostas) submetida, ao final, a mais uma mensuração probabilística. Isto é, a teoria das probabilidades aplicada à arte da probabilidade.

Ainda que existam instrumentos técnicos, como estudos epidemiológicos e medidas de associação que estimem, em alguns casos, as chances de cura e de óbitos de pacientes, se vislumbram dificuldades nessa fixação, relacionadas aos próprios limites metodológicos, ao nível de evidência desses instrumentos e à extrapolação dos resultados para casos individuais. Sabidos são os problemas acerca da quantificação e seriedade das ditas chances perdidas. Ainda que não haja mitigação donexo causal e a perda da chance (de cura, convalescença ou vida) seja encarada como uma modalidade autônoma de dano – passível de indenização, portanto –, limitados são os elementos técnicos que possuem o condão de indicar, em cada caso, se a chance de convalescença ou de vida, de fato, existia e, caso existisse, qual era o seu percentual, com e sem a intervenção médica.

Por tais razões, parece procedente o entendimento da corrente que afirma que a Teoria não deva ser adotada como regra para os casos médicos, mas sim, com prudência, em casos bastante particulares, como nas atividades e procedimentos de obrigação de resultados (cirurgia estética, embelezadora ou cosmética) e nos erros ditos crassos ou inescusáveis, em que a estimativa da perda da chance é mais evidente e, portanto, mais facilmente firmada.

A medicina é feita de verdades provisórias, álea, fortuito, imponderável, imprevisível, idiossincrasia, peculiaridade. É, a um só tempo, ciência dogmática e arte. Convém ponderar que não há, ao menos até o presente, em que pese todo progresso científico e o evoluir histórico observado até aqui, uma forma científica indene e livre de vieses de se traduzir em percentuais estatísticos a chance de cura, vida ou morte de um paciente, considerando-o como sujeito único em toda sua individualidade biopsicossocial.



REFERÊNCIAS

ALBERT, Daniel; MUNSON, Ronald; RESNIK, Michael. *Reasoning in medicine: An introduction to clinical inference*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1988.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Atlas, 2007.

BONITA Ruth, BEAGLEHOLE Robert, KJELLSTROM Tord. **Epidemiologia Básica**. 2ª ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional; 2010.

BORÉ, Jacques. *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*. JCP., 1974. I. 2620.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRAZIL, Marcelo Pasquini. **LA THÉORIE DE LA PERTE D'UNE CHANCE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO**. Direito UNIFACS, v. 176, 2015.

BRITTO NETO, José Gomes de; ARAGAO, Alisson Fontes de. O erro médico e a teoria da perda de uma chance como modalidade autônoma de indenização. In: Luciana Costa Poli; César Augusto de Castro Fiuza. (Org.). **Direito Civil**. 1ed. Florianópolis: Funjab, 2013.

BURCHETT, Helen; UMOQUIT, Muriah ; DOBROW, Mark. *How do we know when research from one setting can be useful in another?: A review of external validity, applicability and transferability frameworks*. J Health Serv Res Policy, 2011.

BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. A saúde e seus determinantes. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007.

CHABAS, François. *Vers un changement de nature d l'obligation medicale*. J.C.P., 1973. I. 2541.

CITROME, Leslie; KETTER, Terence A. *When does a difference make a difference?* Interpretation of number needed to treat, number needed to harm, and likelihood to be helped or harmed. Int J Clin Pract 2013; 67: 407–11.

CORREA, Ricardo de Amorim et al. **Recomendações para o manejo da pneumonia adquirida na comunidade 2018**. Jornal brasileiro de pneumologia, São Paulo, v. 44, n. 5, p. 405-423, Oct. 2018.



COUTINHO, Evandro Silva Freire; CUNHA, Geraldo Marcelo da. **Conceitos básicos de epidemiologia e estatística para a leitura de ensaios clínicos controlados**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 146-151, June 2005 .

FERGUNSON, Linda. **External validity, generalizability, and knowledge utilization**. Journal of Nursing Scholarship, 2004.

FLETCHER, Robert H.; FLETCHER, Suzanne W.; FLETCHER, Grant S. **Epidemiologia clínica**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Perda de uma Chance**: Considerações acerca de uma teoria. Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas, Jurisprudência Comentada. São Paulo, n 7, jul. 2009.

HILL, Austin Bradford. **The environment and disease: association or causation?** Proc R Soc Med, 1965.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil e pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

LABORDA CALVO Eugênio. **Quantum Doloris**. Aspectos práticos da avaliação do dano Corporal em Direito Civ. 2008.

LATEEF Fatimah. **Clinical Reasoning**: The Core of Medical Education and Practice. Int J Intern Emerg Med, 2018.

LEVIT, Nancy. **Ethereal Torts**. George Washington Law Review, v. 61, 1992.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

LOPES, Anselmo Dantas, LICHTENSTEIN Arnaldo. William Osler. **Rev Med** (São Paulo), 2007.

LOUREIRO, Cíntia Ayres Holanda; MARTINS, Cláudia Laíse Reis; REIS, Maria Clara Simeão. **A teoria da perda de uma chance de cura e sua aplicação na seara médica**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa (FAETE), v. ano 11, 2014.



MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do inadimplemento das obrigações: (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZEAUD, Henry.; MAZEAUD, Leon. **Traité Théorique e pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MELLO, Fabiano de. A teoria da perda de uma chance. **Revista Prática Jurídica, Brasília**, ano X, n. 110, 2011.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO**. DE JURE (BELO HORIZONTE), v. 15, 2016.

NORMAN, Geoffrey. (2005). **Research in clinical reasoning**: Past history and current trends. Medical education, 2005

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: Introdução à responsabilidade civil, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **CID – 11 Classificação Internacional das Doenças** (CID). 11ª revisão. Disponível em: <https://icd.who.int/en/>.

OSLER William. Chronic tonsillitis. In: **The principles and practice of medicine**. New York, 1892.

PEGAS, Rosangela da Silva; SANTANA, Hector Valverde. Teoria da perda de uma chance: análise histórica, doutrinária e jurisprudencial. **REVISTA DE ESTUDOS E PESQUISAS AVANÇADAS DO TERCEIRO SETOR**, v. 5, 2018.

PEIXOTO, José Maria; SANTOS, Silvana Maria Elói; FARIA, Rosa Madalena Delbone de. Processos de Desenvolvimento do Raciocínio Clínico em Estudantes de Medicina. **REVISTA BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO MÉDICA** (ONLINE), v. 42, 2018.

PENNEAU, Jean. *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1990.

REZENDE, Joffre Marcondes. **À sombra do plátano**: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009.

ROSÁRIO, Grácia Crsitina Moreira do. **A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica**, Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008.



SÁ-JÚNIOR, Luiz Salvador de Miranda. **Uma introdução à medicina: Volume I – O médico.** Brasília, 2013.

SAVATIER, René. Une faute peut-elle engendrer la responsabilité, d'un dommage sans l'avoir causé ?, in **Recueil Dalloz Sirey**, 1970.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHMIDT Henk G; MAMEDE Silvia. **How to improve the teaching of clinical reasoning: a narrative review and a proposal.** Medical Education, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Roberto de Abreu e. A Teoria da Perda de uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil: *Revista da Emerj.* Rio de Janeiro, n. 36, 2006.

SILVEIRA, Daniele Pinto; ARTMANN, Elizabeth. Acurácia do Método de Relacionamento Probabilístico de Base de Dados em Saúde: Revisão Sistemática de Literatura. **Revista de Saúde Pública** (USP. Impresso), v. 43, 2009.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico.** Pensar (UNIFOR), v. 20, 2015.

SPEAKER, Paul. *The applications of the loss of a chance doctrine in class actions.* **Review of Litigation**, Spring, 2002.

STOCCO, Ruy. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

