

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

BIANCA MARIA DE SOUZA PIRES ANDREASSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DA CHANCE DE CURA DO
PACIENTE ONCOLÓGICO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÃO PAULO

2020

BIANCA MARIA DE SOUZA PIRES ANDREASSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DA CHANCE DE CURA DO
PACIENTE ONCOLÓGICO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getulio Vargas como
requisito para obtenção do título de mestre em
Direito

Área de concentração: Direito dos Negócios

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa

SÃO PAULO

2020

Andreassa, Bianca Maria de Souza Pires.

Responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura do paciente oncológico : uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça / Bianca Maria de Souza Pires Andreassa. - 2020.

110 f.

Orientador: André Rodrigues Corrêa.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Medicina - Brasil - Legislação. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Indenização por responsabilidade. 4. Oncologia. 5. Danos (Direito). I. Corrêa, André Rodrigues. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 340.6(81)

BIANCA MARIA DE SOUZA PIRES ANDREASSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA PERDA DA CHANCE DE CURA DO
PACIENTE ONCOLÓGICO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getulio Vargas como
requisito para obtenção do título de mestre em
Direito

Área de concentração: Direito dos Negócios

Data de aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa (Orientador)
FGV DIREITO SP

Profa. Dra. Flavia Püschell
FGV DIREITO SP

Prof. Dr. Francisco Paulo de Crescenzo Marino
DIREITO USP

À Nancy, ao Ricardo e ao Francisco — meu começo,
meu meio e meu tudo

AGRADECIMENTOS

À Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, especialmente à equipe do Mestrado Profissional em Direito dos Negócios, que me proporcionou esta enriquecedora experiência.

Ao meu orientador, André Correa, você me trouxe ânimo em um momento difícil e me fez acreditar que eu seria capaz. Sua sabedoria, didatismo e entusiasmo com meu projeto foram inspiradores.

À banca examinadora, agradeço pela disponibilidade, pelas orientações e pela rica troca de conhecimento.

À minha mãe, que me ensinou que o estudo transforma e me mostrou, ao mudar de vida e se realizar profissionalmente depois dos 50 anos de idade, que nunca é tarde para perseguirmos nossos sonhos e nos tornarmos mulheres independentes. Que essa minha conquista lhe seja um motivo de felicidade em meio a dor da perda de nossa amada Ana.

Ao Francisco, que já existia, sem eu sequer saber, quando essa longa jornada acadêmica começou. Desenvolveu-se ao longo das aulas, nasceu e me acompanhou, na barriga ou no colo, em tantas horas de estudo e escrita. Que essa nossa jornada juntos seja inspiração para você no futuro.

Ao Ricardo, meu marido e grande amigo, pela compreensão nos momentos de ausência e cumplicidade, me apoiando e suprimindo minha falta com nosso bebê para que eu pudesse me dedicar a esse trabalho.

À minha irmã Alessandra, meus sobrinhos Victor e Arthur, por sempre me apoiarem e torcerem por mim. Especialmente ao Thomas, é muito bom poder já trocar tantas ideias com nosso futuro médico.

Ao Villemor Amaral, por investir em meu projeto. É um prazer trabalhar com pessoas que nos estimulam a crescer.

Ao meu grande amigo, compadre e colega de trabalho, Vitor Lopes, agradeço por me encorajar, pelo exemplo, pela generosidade e companheirismo ao longo desses anos de estudo. Sem você, não teria embarcado nessa viagem.

Ao Fernando Lima, meu companheiro de jornada, sou grata pelos conselhos e pelo pontapé inicial que me faltava.

À minha querida equipe de trabalho, só tenho a agradecer pelo apoio irrestrito, sobretudo nos momentos de ausência.

Ao Jonas Pulcheri e ao Breno Vasconcellos, obrigada pela disponibilidade, pelas orientações e pelo incentivo.

RESUMO

A presente dissertação aborda a aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito Médico, especialmente na área da oncologia, tentando conciliar as visões das ciências médica e jurídica sobre o tema. Para tanto, no primeiro capítulo analisa-se a aplicação da teoria da perda da chance de acordo com os estágios do tratamento do câncer, desde o diagnóstico até a remissão, por meio das características próprias de cada uma dessas etapas, também sob a ótica da seriedade da chance perdida, cotejando, por fim, o conceito de “melhor tratamento de acordo com o atual estágio da ciência”, consagrado pela jurisprudência brasileira perante as diferenças de estruturas e condições entre as diversas medicinas que convivem no Brasil. No segundo capítulo, aborda-se a questão da natureza da chance perdida como espécie de dano e propõe-se critérios para a quantificação objetiva das chances perdidas. As análises desenvolvidas ao longo de todo o trabalho pretendem permear a jurisprudência brasileira sobre o tema, sobretudo a do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito médico. Responsabilidade civil. Teoria da perda da chance de cura. Oncologia. Dano indenizável.

ABSTRACT

This dissertation addresses the application of the loss-of-chance doctrine within the framework of Medical Law, especially in the area of oncology, attempting to conciliate medical and legal sciences viewpoints on the subject. For this purpose, the first chapter analyzes the application of the loss-of-chance doctrine according to the stages of cancer treatment, from diagnosis to remission, by means of the characteristics of each of the stages, and also from the perspective of the seriousness of the lost chance; finally, comparing the concept of “best treatment according to the current stage of science” well established by the Brazilian jurisprudence in view of the differences in structures and conditions among the various medicines that live in harmony in Brazil. In the second chapter, the nature of lost chance as a kind of damage is addressed and criteria for an objective quantification of lost chances is proposed. The analyses developed throughout the study intend to pervade Brazilian jurisprudence on the subject, especially for the Superior Court of Justice.

Keywords: Medical Law. Tort Law. Loss-of-chance of cure doctrine. Oncology. Indemnifiable damages.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APAC	Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade
CACON	Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ICESP	Instituto do Câncer do Estado de São Paulo Otávio Frias de Oliveira
INCA	Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva
SARA	Síndrome da Angústia Respiratória Aguda
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ/MS	Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
TJ/PR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJ/RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
UNACON	Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
VCHM	Variação de custos médico-hospitalares

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PERDA DA CHANCE DE CURA E SOBREVIVÊNCIA E OS ESTÁGIOS DO TRATAMENTO ONCOLÓGICO	15
1.1 Diagnóstico complexo, diagnóstico evidente e o erro crasso	16
1.2 O diagnóstico complexo e a análise da seriedade da chance perdida	21
1.3 Omissão e imperícia médica e tempo excessivo para conclusão diagnóstica.....	32
1.4 Demora diagnóstica pela falta de meios adequados	39
1.5 Tratamento oncológico: melhor escolha de acordo com o atual estágio da ciência	46
1.6 Não emprego do melhor tratamento por indisponibilidade de recursos	57
1.7 O período de remissão da doença e a omissão médica	60
2 VALORAÇÃO DE CHANCE PERDIDA DE CURA OU SOBREVIDA.....	70
2.1 Chance de cura como espécie de dano.....	70
2.2 Necessidade de fixação do valor da chance perdida de acordo com critérios objetivos.	80
CONCLUSÃO: “TERAPÊUTICA” AO JUDICIÁRIO E “PROFILAXIA” AOS MÉDICOS	92
Sugestão “terapêutica” para os Tribunais	92
Sugestão “profilática” para os oncologistas.....	95
REFERÊNCIAS	97
APÊNDICES	105
APÊNDICE A – Distribuição de UNACONs e CACONs pelo país	105
APÊNDICE B – Termo de Autorização de Uso e Confidencialidade.....	110

INTRODUÇÃO

Se o julgamento do caso do “Show do Milhão” pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ),¹ em novembro de 2005, teve indiscutível importância na sedimentação e unificação da admissão pela jurisprudência brasileira da teoria da perda da chance para análise dos casos ditos “clássicos”,² por sua vez, a aplicação da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência ao direito médico ganhou relevância em âmbito nacional apenas a partir da decisão do Recurso Especial n. 1.254.141/PR,³ em dezembro de 2012.⁴

Naquela oportunidade, a Ministra Nancy Andrighi foi a relatora do voto que veio a se tornar o mais importante precedente daquela Corte quanto à uniformização da admissão e aplicação da teoria da perda da chance aos casos e responsabilidade civil médica. Por meio de seu voto condutor, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso interposto pelo médico demandado por erro no diagnóstico, tratamento e acompanhamento pós-cirúrgico dispensado a uma paciente com câncer de mama, que veio a falecer.

Apesar de mantida a condenação do médico, a Terceira Turma entendeu não haver nexo causal direto entre a sua conduta e a morte da paciente em decorrência de um câncer, mas apenas com a chance perdida de sobrevivência por suposto erro de diagnóstico, razão pela qual merecia redução a condenação pecuniária fixada pelo tribunal de origem a 80% (oitenta por cento) do valor original — o conteúdo econômico da chance perdida.⁵

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788.459/BA**. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves, p. 11 set. 2006.

² A expressão “casos clássicos” é usualmente utilizada na doutrina para diferenciar os casos em que há perquirição das chances perdidas antes do término do processo aleatório, nos quais há o desaparecimento de uma oportunidade de ganho, em relação àqueles de responsabilidade civil médica, em que, como será visto adiante, busca-se as chances perdidas após o fim do processo aleatório. São os casos referência à aplicação da teoria, como do advogado que perde o prazo para defesa ou recurso, os concorrentes impedidos de participarem de competições (seja corrida de cavalos, concurso para emprego, competição esportiva, dentre outros). No Brasil, utilizam o termo, dentre outros: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013; KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

⁴ AGUIAR, Adriana. Teoria de perda de chance é aplicada a erro médico. **Valor Econômico**, 17 dez. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2941916/teoria-de-perda-de-chance-e-aplicada-erro-medico>. Acesso em: 15 fev. 2019; COSTA, Gislene Barbosa da. STJ adota teoria da perda da chance em erro médico. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-21/gislene-costa-stj-adota-teoria-perda-chance-erro-medico>. Acesso em: 15 fev. 2019.

⁵ Em razão de sua relevância para o tema deste trabalho, este julgado será retomado em diversos outros momentos ao longo do texto. Os detalhes fáticos do caso serão pormenorizadamente expostos no capítulo 2.

O ineditismo da aplicação da teoria a casos de natureza médica foi registrado logo no início do acórdão, ressaltando a relatora que a argumentação bem desenvolvida pelo médico recorrente dava àquela Corte a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da perda da chance sob um novo enfoque: “até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma oportunidade de ganho em favor do lesado, a chamada perda da chance clássica.”⁶

Não por acaso, a controvérsia fática analisada naquele recurso versava sobre erro no diagnóstico e na condução de um tratamento oncológico, como será mais bem detalhado ao longo deste trabalho. Também não parece coincidência o fato de que, a partir daquele caso, grande parte dos últimos acórdãos proferidos pelo STJ acerca da aplicação da perda da chance de cura e sobrevivência versa sobre a responsabilidade civil médica no diagnóstico e tratamento do câncer.

Isso porque a teoria da perda da chance de cura e sobrevivência encontra o seu ambiente propício de aplicação justamente nos casos em que o paciente padecia de grave mal que já colocava em risco sua cura e sobrevida — como é o câncer.

A razão aparenta ser razoavelmente simples. Nos casos em que o paciente é acometido por uma doença de baixa gravidade ou se submete a um procedimento cirúrgico de baixa complexidade e risco, as causas pelo desdobramento desfavorável daquele tratamento costumam ser mais facilmente identificáveis, seja a culpa do médico, uma intercorrência, ou mesmo a ação conjunta de uma comorbidade que já atuava como um complicador na plena recuperação daquele paciente.⁷

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

⁷ Como é possível observar nos exemplos abaixo, a teoria da perda da chance sequer chega a ser aventada pelas partes ou mesmo pelos Tribunais, resolvendo-se a questão no nexo de causalidade entre a conduta do médico e o resultado danoso final: “Apelação. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Erro médico. Apelada que se submeteu à cirurgias para tratamento de sudorese excessiva e deformidade nasal. Procedimentos com finalidade estética e reparadora. Obrigação de natureza mista (de meio e resultado). Laudo pericial e demais provas carreadas aos autos que não deixam dúvidas acerca do resultado insatisfatório das intervenções realizadas. Cirurgias que não atingiram o objetivo esperado, resultando em deformidades no corpo da paciente. Falha na prestação do serviço incontroversa. Dever de indenizar caracterizado. Dano moral. Ocorrência. Evidente a lesão aos direitos de personalidade da apelada, diante da dor e angústia vivenciada pelo insucesso dos procedimentos a que se submeteu, assim como pela frustração da razoável expectativa que tinha de obter uma melhora da sua aparência e da sua qualidade de vida. Dano estético. Ocorrência. Existência de cicatrizes grosseiras e visíveis na região das axilas, além de perceptível deformidade no nariz. Possibilidade de cumulação de indenização por dano estético e moral. Inteligência da Súmula 387 do STJ. Quantum indenizatório. Redução para R\$ 60.000,00, cujo montante se afigura suficiente para reparar os prejuízos estéticos e extrapatrimoniais causados à apelada. Sentença reformada neste ponto. Sucumbência. Ônus que deverá ser suportado exclusivamente pelos apelantes, a teor da Súmula 326 do STJ. Recurso parcialmente provido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1017241-68.2017.8.26.0003**. 2ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Rosângela Telles, p. 04 fev. 2019). No mesmo sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 004460-03.2012.8.26.0457**. 4ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Maia da Cunha, p.

Diferentemente, porém, ocorre nos casos de pacientes acometidos por graves doenças, em que há uma natural dificuldade de se firmar o nexo causal direto entre erro do médico e a morte ou as sequelas em razão da agressividade da doença.

Infelizmente, contra o paciente oncológico há, desde o início da doença, uma razoável estatística de falecimento que pode ser maior ou menor a depender do tipo do câncer e do estágio de seu diagnóstico. Iniciado o tratamento, outros fatores estatísticos se somam aos primeiros e, mesmo ao final da terapia, há ainda as chances de recidiva da doença.

Nesse contexto, torna-se muito difícil atribuir unicamente ao médico, mesmo que comprovadamente negligente, imprudente ou imperito, a evolução fatal ou desfavorável da doença. Por essa razão, tem se fortalecido a aplicação jurisprudencial da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência nesses casos em que resta à vítima comprovar o percentual de participação da conduta omissiva ou comissiva do médico na frustração da chance — real e séria — de se ver curado.

Este trabalho se concentrará, assim, na análise crítica de sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, notadamente no pioneiro Recurso Especial n. 1.254.141/PR, já citado,⁸ bem como nos demais acórdãos que o sucederam naquela Corte, sem deixar de lado alguns acórdãos proferidos em Tribunais de Justiça Estaduais e Federais cujos conteúdos se coadunam com o tema ora tratado.

Para tanto, pesquisamos os termos “perda” e “chance” e “cura” e “sobrevivência” e “câncer” e “oncologia”, concomitante ou alternadamente, no STJ e no STF, bem como em todos os tribunais estaduais e federais do país, por meio de seus respectivos sistemas de pesquisa online disponíveis em seus sítios eletrônicos.

A pesquisa identificou treze precedentes perante o Superior Tribunal de Justiça, dos quais dois não se referem à área médica;⁹ oito têm relação com a responsabilidade civil médica, porém não com a oncologia;¹⁰ e três relacionam-se à responsabilidade civil médica na área

28 nov. 2018; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0015086-77.2008.8.19.0211**. 25ª C. Cível. Rel. Des. JDS Isabela Pessanha Chagas, p. 14 dez. 2017; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0285220-91.2011.8.19.0001**. 13ª C. Cível. Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, p. 21 set. 2015.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.220.911/RS**. 2ª T. Rel. Min. Castro Meira, j. 17 mar. 2011; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.591.178/RJ**. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25 abr. 2017.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.184.128/MS**. 3ª T. Rel. Min. Sidney Beneti, j. 08 jun. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.104.665/RS**. 3ª T. Rel. Min. Masami Uyeda, j. 09 jun. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 153.098/PE**. 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins, j. 29 maio 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 553.104/RS**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01 dez. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de

oncológica.¹¹ Diante do escopo da pesquisa, priorizamos a abordagem dos precedentes jurisprudenciais do STJ que tenham se aprofundado na discussão da Teoria da Perda da Chance nos casos de responsabilidade civil médica oncológica.

Além desses, foram citados outros precedentes da corte superior que não se pautam na perda da chance da responsabilidade civil médica oncológica, porém tratam de questões relevantes a pontos abordados nesta pesquisa.

Ainda foram identificados 56 acórdãos proferidos nos Tribunais de Justiça Estaduais e nos Tribunais Regionais Federais que mencionavam os termos pesquisados, dos quais 16 referiam-se à especialidade médica da Oncologia.

Desses, utilizamo-nos dos julgados que consideramos mais pertinentes para a discussão dos temas abordados e para ilustrar as ideias apresentadas, buscando também com isso que o texto não se estendesse por demasiado na citação de um número excessivo de precedentes jurisprudenciais.

Cabe destacar que não pretende a pesquisa se aprofundar no acalorado debate doutrinário que antecede a aplicação da teoria da perda da chance na seara médica, permeado por questões como o encerramento do processo aleatório no momento da perquirição da responsabilidade do médico e pelo fato de que, em razão disso, a aplicação da teoria representar um artifício apto a ensejar um indevido elastecimento do conceito de nexo de causalidade.

A pretensão concentra-se em conectar a ciência médica com o acervo jurisprudencial existente sobre o tema, analisando os critérios da aplicação da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência aos casos oncológicos com base nas características dos processos de diagnóstico, de tratamento e do período de remissão, por meio da abordagem do diagnóstico difícil, da demora diagnóstica injustificada, do que se compreende como tratamento correto de acordo com o atual estágio da ciência e de como a diferença de estruturas e condições entre as diversas medicinas que convivem no Brasil pode influenciar nas chances de cura e sobrevida do paciente.

Justiça. **Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 909.233/PR**. 3ª T. Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16 maio 2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 832.397/ES**. 3ª T. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10 abr. 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.338/SP**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12 dez. 2017; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 140.251/MS**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03 ago. 2017.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04 dez. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.677.083/SP**. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 14 nov. 2017.

O trabalho não se furtará, porém, do intenso debate acerca da natureza jurídica da chance perdida de cura e sobrevivência e dos danos dela oriundos — se materiais, extrapatrimoniais ou ambos —, tampouco da abordagem da seriedade da chance perdida, o que, no campo do direito médico, ganha contornos interessantes justamente em razão da aparente incompatibilidade com a objetividade matemática pertinente à questão.

Por fim, será abordada a questão, talvez mais tormentosa, que é a valoração da indenização pela chance perdida. Diz-se tormentosa porque, a despeito de haver consenso de que a indenização pela chance perdida deve ser, necessariamente, inferior ao objetivo frustrado, há diferenças substanciais entre a valoração da perda da chance de obter ganhos ou evitar prejuízos econômicos nos casos “clássicos” de sua aplicação e a frustração da chance de evitar um dano pessoal à saúde, mesmo que ele tenha repercussões materiais.

A extrapatrimonialidade dos bens jurídicos tutelados — a saúde e a vida — parece, *a priori*, incompatível com o cômputo da valoração do dano oriundo da perda da chance de cura e sobrevivência de acordo com a regra geral de fazê-lo sempre em patamar inferior ao objetivo frustrado. E essa aparência tem levado parte considerável da jurisprudência a uma direção errônea de desvirtuar a natureza jurídica dos danos decorrentes da chance perdida, desmaterializando-os, e concedendo às vítimas apenas indenizações por danos morais.

Todo o caminho acima exposto será percorrido, como já dito, a partir da análise crítica dos julgados do STJ e demais Tribunais acerca da matéria, objetivando, diante deste cenário hoje encontrado, a elaboração de proposições “terapêuticas” para a aplicação da teoria aos casos de responsabilidade civil em oncologia pelo Tribunais e “profilática” para os oncologistas.

1 PERDA DA CHANCE DE CURA E SOBREVIVÊNCIA E OS ESTÁGIOS DO TRATAMENTO ONCOLÓGICO

A partir do estudo da jurisprudência pátria sobre a perda da chance de cura e sobrevivência na área oncológica, sobretudo a capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça,¹² foi possível separar os julgados em três grandes grupos temáticos relacionados aos momentos do tratamento:

- Diagnóstico;
- Terapia;
- Acompanhamento no período de remissão (acompanhamento de eventual evolução da doença).

Tal tricotomia de nossa jurisprudência se aproxima das lições de Bilancetti,¹³ para quem a culpa do médico poderá ser identificada nas seguintes fases da atividade médica: **diagnóstico, prognóstico e execução da terapia**. A partir disso, poderá ocorrer:

- Diagnóstico errado e consequente terapia errada;
- Diagnóstico correto e escolha equivocada da terapia;
- Diagnóstico correto, escolha adequada da terapia, mas execução errada do tratamento;
- Terapia inadequada por prognóstico equivocado.

Passa-se agora a apresentar os conceitos de “diagnóstico”, “terapia” e “período de remissão oncológica” para balizar o estudo do posicionamento atual dos tribunais brasileiros.

As análises que serão feitas nas próximas seções referem-se às etapas do tratamento oncológico em condições estruturais e humanas adequadas ao exercício da atividade médica e, em algumas oportunidades, será possível abordar como o impacto da falta de oportunidades de acesso aos recursos e tratamentos pode influenciar o insucesso do tratamento oncológico.

¹² Pesquisamos os termos “perda” e “chance” e “cura” e “sobrevivência” e “câncer” e “oncologia”, concomitante ou alternadamente, em todos os tribunais estaduais e federais do país, além do STJ e do STF, por meio de seus respectivos sistemas de pesquisa online disponíveis em seus sítios eletrônicos.

¹³ BILANCETTI, Mauro. **Responsabilità penale e civile del medico**. 2. ed. Pádua: Cedam, 1996, p. 228; p. 331, apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: código civil e código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 190.

1.1 Diagnóstico complexo, diagnóstico evidente e o erro crasso

Diagnóstico, segundo a literatura médica especializada,

é uma operação intelectual que, elaborando dados clínicos e de auxílio diagnóstico (exames complementares tais como de análises clínicas, raio-x, ultra-sonografia, ecocardiografia, entre outros), permite reconhecer uma doença específica, num paciente individualizado.¹⁴

No campo do direito, Miguel Kfoury Neto define diagnóstico como o “conjunto de atos médicos com a finalidade de reconhecer, identificar e interpretar sinais característicos da doença, para estabelecer a terapêutica adequada e necessária à obtenção da cura”.¹⁵

No mesmo sentido, Grácia Cristina Moreira do Rosário afirma que “o diagnóstico pode ser definido como a apreciação do médico sobre o estado atual do paciente ou sobre seu futuro. É a ação de determinar uma doença a partir de seus sintomas”.¹⁶

É, portanto, por meio desse processo investigativo, calcado primordialmente, no relato do paciente ou seu responsável (anamnese) acerca dos sintomas, exames físicos, clínicos e, se necessário, exames complementares, como laboratoriais e de imagem, que o médico optará, dentre todos os tratamentos viáveis, por qual caminho irá seguir. E essa escolha será feita com base tanto em seus conhecimentos científicos, como na sua experiência.

Trata-se, assim, não de um simples ato isolado, mas de um processo complexo a ser percorrido pelo médico até alcance do diagnóstico final.

Por essas razões, quando a gravidade do quadro clínico do paciente exige, o médico inicia o tratamento antes mesmo de concluída a investigação diagnóstica; em outras vezes, o médico pode ter chegado a um diagnóstico inicial, mas, no curso do tratamento, conclui por outra moléstia em razão de novos sintomas que vão surgindo.

No curso desse processo, não raramente, o médico compelido a diagnosticar se depara com sintomas inespecíficos, relatos inexatos de pacientes, doenças assintomáticas ou

¹⁴ PORTO, N. **Diagnóstico pneumológico**: diagnóstico e doença. In: SILVA, L. C. C. *Condutas em pneumologia*. Rio de Janeiro: Revinter, 2001, v. 1, p. 47-49, apud STAMM, Ana Maria Nunes de Faria. **Raciocínio clínico no diagnóstico médico**. 2007. 227 p. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 28.

¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189.

¹⁶ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136.

mascaradas por sintomas claros de outras patologias que nem os exames complementares são capazes de evidenciar.

Isso porque a medicina não é uma ciência exata e, como ensina Prevot, “provar a existência da culpa médica é sempre tarefa difícil: a Medicina é ciência complexa com resultados aleatórios”.¹⁷ A verdade é que, em nenhuma outra atividade o êxito estará sujeito a tantos fatores que refogem por inteiro ao controle do profissional quanto na medicina.¹⁸

E é justamente por essas razões que a doutrina e a jurisprudência se firmaram no sentido de que **o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável**, sendo condenável apenas o **erro crasso**.

Fabio Zamproga Matielo leciona, nesse sentido, que

diagnóstico equivocado, exceto quando resultante de culpa grosseira ou leviandade não poderá ser argumento suficiente para condenar o médico a indenizar, porque se constitui em procedimento onde prevalecem dados que frequentemente mascaram outra realidade que não aquela verificável de imediato. Às vezes o próprio paciente fornece dados distorcidos, ou oculta informações importantes, induzindo em erro o profissional.¹⁹

Do médico é esperado que depreenda o que é razoavelmente perceptível do quadro clínico que se lhe apresenta, não lhe sendo exigível que desmascare sinais que muitas vezes ocultam a real moléstia que acomete o paciente ou anteveja evoluções desfavoráveis não esperadas para determinada doença, desde que, para isso, lance mão de conhecimentos, recursos e técnicas adequados ao atual estágio da ciência médica. E, especialmente no caso do câncer, soma-se a tudo isso a necessidade de celeridade diagnóstica.

Nesse contexto, não é exatamente o erro de diagnóstico que se coloca sob exame, mas, sim, a conduta do médico no desenrolar da atividade diagnóstica, se ele atuou de forma diligente e prudente empregando todos os meios que estavam ao seu alcance para concluir o diagnóstico.

Para Miguel Kfoury Neto,

não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa pelo modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais — tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais [...]. O médico,

¹⁷ PREVOT, Juan Manuel. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

¹⁹ MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998, p. 97.

portanto, que não revela o cuidado exigível na conduta diagnóstica, certamente incorrerá em responsabilidade civil.²⁰

Guy Nicolas expõe que

Quando abandonamos o terreno do acto cirúrgico, o problema torna-se mais complexo, pois coloca-se então a questão do erro de diagnóstico, que pode acarretar um erro terapêutico, tendo, por vezes, graves consequências para o doente. Este tema foi muito debatido no passado e a questão de saber se o erro de diagnóstico constitui ou não um erro mantém a atualidade. Também aqui, é impossível responder de forma simplista com sim ou não. Todo médico cometeu erros de diagnóstico, enganado, por vezes por sintomas atípicos ou falsamente tranquilizadores, desconcertado por uma evolução imprevisível, surpreendido por uma reacção desusada, ou ainda enganado pelo resultado errôneo de um exame complementar. Quando se examina o *dossier a posteriori*, o erro parece muitas vezes evidente, mas é compreensível e, sobretudo, reconhece-se uma lógica total na diligência seguida pelo médico. Nada lhe podemos censurar, a não ser um erro de apreciação ou de interpretação. Neste tipo de situação, não existe erro, os cuidados permaneceram vigilantes, atentos, conscienciosos.

Prossegue o autor, porém, com uma relevante distinção entre diagnóstico como uma atividade complexa e o erro profissional:

Muito diferente é o caso em que o erro é consequência de uma negligência ou de um desconhecimento caracterizado da doença. Não examinar o doente, desdenhar sintoma evidente, não requerer o exame complementar que o estado clínico impõe, negligenciar o respeito de uma contra-indicação à prescrição de medicamento ou não ter em conta uma reacção aquando da primeira toma, em todos esses casos já não se trata de um erro desculpável, compreensível, mas de um erro inadmissível.²¹

Mais uma vez, Miguel Kfourì Neto, ao tratar da perda da chance em razão do erro de diagnóstico do câncer, valendo-se dos ensinamentos de Alfredo Achával, leciona que o diagnóstico é o resultado de um juízo elaborado a partir de informações sobre os sintomas, sinais, e indícios necessários para o caso em estudo. E, a partir da ideia do diagnóstico como um processo, essas informações continuam a fluir de modo contínuo durante o lapso temporal em que a enfermidade não se agrava. O tempo é breve — tanto menor quanto maior o risco à saúde ou à vida do paciente — e, durante esse interregno, a atitude do médico não deve ser passiva. Ao profissional incumbe acompanhar atentamente a evolução do tratamento. A culpa começa quando terminam as discussões científicas.²²

Tem o médico, então, a obrigação de utilizar-se de todos os meios técnicos e intelectuais que são usualmente acionados por profissionais competentes e diligentes. É, como já

²⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 76-77.

²¹ NICOLAS, Guy. **A responsabilidade médica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 29-30.

²² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: código civil e código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 258.

sacramentado pela doutrina²³ e pela jurisprudência,²⁴ uma obrigação de meio e não de resultado. Desta feita, o mero fato de haver um diagnóstico equivocado ou a demora na obtenção de um diagnóstico definitivo não significa, por si só, erro indenizável. Caberá, em caso de responsabilização do médico por erro ou demora no diagnóstico, a prova de que ele não se utilizou dos meios adequados, de acordo com a ciência, para conclusão do correto diagnóstico ou para a sua conclusão em tempo razoável. E, nesse contexto, a distinção entre diagnóstico complexo e diagnóstico evidente ganha relevância.

“É preciso deixar claro que atualmente a jurisprudência distingue o diagnóstico evidente, sobre o qual o erro constituiria uma falta, do diagnóstico delicado e difícil, que não é considerado erro.”²⁵

E, nesse contexto, o diagnóstico do câncer é, não apenas na vida real, mas também no direito, o exemplo mais recorrente do diagnóstico difícil, por diversas razões. A uma porque o diagnóstico do câncer é uma “corrida contra o relógio”. A duas porque o primeiro médico que pode vir a suspeitar de um câncer em seu paciente não é o oncologista, razão pela qual, se os outros profissionais, como ginecologistas, urologistas, ortopedistas, não tiverem o devido preparo e conhecimento, o diagnóstico precoce do câncer pode ser prejudicado. A três porque, em razão da complexidade e gravidade da doença, o câncer não costuma ser a primeira hipótese aventada pelo médico. A quatro porque demanda uma série de exames de alta complexidade aos quais boa parte da população e dos médicos não tem fácil acesso. E, por fim, porque, a depender do tipo de câncer, sua evolução pode ser mascarada ou se dar de forma mais rápida do que o próprio processo diagnóstico.

²³ Ensina Arnaldo Rizzardo que “para que emerga a responsabilidade por dano causado a paciente em consequência de atuação profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de imprudência, negligência, imperícia, que conduza a estampar o erro grosseiro de sua parte. Essa prova é ônus do paciente, como reconhece Humberto Theodoro Junior: ‘O autor da ação indenizatória tem o ônus de provar qual foi efetivamente o dano que o erro médico culposos lhe acarretou, sob pena de decair de sua pretensão’.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 323).

²⁴ O STJ tem entendimento pacificado nesse sentido, reproduzido de forma cristalina no acórdão em que, inclusive, resta consignada a posição do tribunal quanto à responsabilidade subjetiva também dos hospitais pelos atos médicos praticados em suas dependências: “[...] na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual — vínculo estabelecido entre médico e paciente — refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional — teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado — daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 351.178/SP**. 4ª T. Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 24 jun. 2008).

²⁵ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136.

Não é por outra razão que boa parte dos exemplos doutrinários e casos na jurisprudência brasileira que envolvem a aplicação da teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência cingem-se ao erro ou demora injustificada de diagnóstico oncológico.

Grácia Cristina Moreira do Rosário, ao tratar da perda da chance de cura, leciona que

exemplo clássico na doutrina é o do profissional médico que não diagnostica um câncer no seu paciente, que vem a ser descoberto mais tarde por outro médico. Nesse caso, tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta a doença no início, a imperícia do profissional resulta por eliminar as possibilidades de sobrevivência do doente.²⁶

E completa “se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está constituída uma perda de chance que também constitui um dano em si mesma”.²⁷

Soma-se a isso, portanto, o consenso científico de que o tempo até a conclusão diagnóstica e a decisão terapêutica são fundamentais para o sucesso do tratamento do câncer. Não é por outra razão que o atraso injustificado na conclusão diagnóstica é um dos fatores mais comuns do erro crasso ensejador da responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou, ao menos, da chance de seu paciente se submeter a um tratamento menos gravoso da doença em estágio inicial.

Luiz Paulo Kowalski, cirurgião oncologista e diretor do Departamento de Cirurgia de Cabeça e Pescoço e Otorrinolaringologia do A.C. Camargo Cancer Center, esclarece que a prevenção e o diagnóstico precoce são as estratégias mais eficazes de combate ao câncer, inclusive com potencial de cura maior do que o melhor tratamento. Explica o oncologista que:

Diagnosticar o câncer em fases avançadas é fácil, mas tratar é difícil e curar mais difícil ainda. A prevenção e o diagnóstico precoce são as estratégias mais eficazes de combate à doença. Seu potencial é maior do que o maior avanço que possa haver em cirurgia, radioterapia, quimioterapia, terapias-alvo ou até mesmo na moderna imunoterapia.

Quando o câncer é descoberto cedo, o paciente geralmente é tratado em um curto período por uma única modalidade de tratamento e com propósito curativo. Pensando nas modalidades terapêuticas tradicionais, a cirurgia geralmente é minimamente invasiva. Se a opção for por radioterapia, geralmente a área tratada pode ser bem limitada, preservando-se os tecidos saudáveis, diminuindo os efeitos colaterais e oferecendo melhor qualidade de vida para o paciente.

²⁶ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 134.

²⁷ DÍAZ, Julio Alberto. **Do dogma da causalidade à causalidade suposta: a responsabilidade coletiva**. 1995. 187 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) — Universidade de Minas Gerais, Minas Gerais, 1995, p. 19, apud ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 134.

A doença avançada, mesmo que ainda não disseminada (metástase), resulta na necessidade de uma abordagem mais invasiva, combinando-se duas ou três modalidades de tratamento, com maior risco de complicações e custo. E por mais que hoje tenhamos recursos melhores que no passado, como algumas drogas especialmente desenhadas para determinado perfil de tumor, o resultado ainda é considerado insatisfatório.²⁸

Também de acordo com o Oncologista entrevistado,²⁹

o tempo de diagnóstico e decisão terapêutica no câncer é fundamental. O conceito que vige hoje nos centros de excelência do tratamento do câncer é “resolutividade”. O bom profissional vai acelerar as etapas do processo diagnóstico para concluí-la o quanto antes, mas ele é treinado e capacitado para isso e sabe a diferença que faz o tempo na evolução da doença.³⁰

A grande questão que surge, nesses casos, é diferenciar, portanto, a ausência do diagnóstico precoce por negligência ou desconhecimento científico do médico daqueles casos complexos em que, por exemplo, o médico emprega as técnicas e conhecimentos de forma adequada e diligente, mas a doença não emite sinais exuberantes.

1.2 O diagnóstico complexo e a análise da seriedade da chance perdida

Ao longo da história da criação e aplicação da teoria da perda de uma chance, doutrinadores e jurisprudência se desdobram em esforços para o apontamento de elementos objetivos aptos a norteá-los na identificação da chance indenizável.

O grande problema em relação ao estudo da seriedade da chance perdida é justamente seu caráter subjetivo e abstrato. A chance se confunde, na esfera particular do ofendido, com expectativa. Expectativa de obtenção de um novo emprego, expectativa de ver seu filho conquistando um futuro profissional brilhante, expectativa de sagrar-se vitorioso em uma competição, expectativa de receber um rápido e preciso diagnóstico, expectativa de ver-se curado de uma doença.

No entanto, para que a pretensão do ofendido seja acolhida, a chance perdida deve representar muito mais do que uma mera esperança subjetiva, revestindo-se do caráter de certeza. Rafael Peteffi traz exemplo apontado por Jacques Boré que muito se coaduna com o

²⁸ KOWALSKI, Luiz Paulo. Câncer: o diagnóstico precoce é o melhor tratamento. **Revista Veja**. 02 fev. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/cancer-o-diagnostico-precoce-e-o-melhor-tratamento>. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁹ Foi entrevistado médico oncologista com a finalidade de subsidiar este trabalho com informações técnicas e da prática oncológica.

³⁰ Informação verbal. Ver apêndice 2.

escopo deste trabalho: pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura.³¹

Mas o que ocorre quando essa expectativa é frustrada por um ato de terceiro? Quais são os critérios aptos a nortear o aplicador do direito na separação daquelas situações que encerravam meras expectativas abstratas, esperanças, verdadeiros sonhos, daquelas em que a vítima realmente tinha reais oportunidades de concretizar?

Uma solução bastante simplista encontrada pela Jurisprudência italiana foi a adoção de patamares de percentuais mínimos abaixo dos quais um interesse não seria juridicamente relevante. Para os Tribunais italianos, em alguns julgados, a oportunidade perdida não merece tutela do direito se representar menos de 50% de chances totais de obtenção do resultado favorável.³²

No Brasil, esta técnica encontra guarida na doutrina de Grácia Cristina Moreira do Rosário, para quem, “na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 40%”.³³

Também Sérgio Savi afirma que a teoria se aplica “apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% de obtenção do resultado esperado [...]”.³⁴

No âmbito da *common law*, os critérios percentuais também aparecem em alguns julgados. Em *Hotson v. Fitzgerald*, a corte inglesa, ao reafirmar o conceito de chances reais e sérias, dispôs que as demandas de vítimas que perderam menos de 25% de chances de auferir a vantagem esperada devem ser apreciadas com cautela, pois os Tribunais não devem encorajar demandas especulativas.³⁵

³¹ BORÉ, Jacques. **L'indemnisation pour les chances perdus**: une forme d'appréciation quantitative de la causalité, d'un fait dommageable. J.C.P., 1974. I. 2620, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

³² CHINDEMI, Domenico. **Il danno da perdita di chance**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2010, p. 40-41, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.

³³ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 11, n. 43, p. 167-186, 2008, p. 181.

³⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60-61.

³⁵ No caso em concreto, em 1977, Hotson, então com 13 anos de idade, foi vítima de um acidente na escola ao cair sentado de um balanço de corda a quatro metros de altura, sofrendo uma fratura da epífise femoral esquerda. Ao ser levado ao hospital St. Luke's, teve seu joelho esquerdo radiografado, ocasião em que foi dispensado sem diagnóstico de fratura, apenas com uma bandagem elástica no joelho e orientação de retorno em dez dias, se necessário. Ainda com dores, foi levado por seu pai ao consultório de um clínico geral, que apenas lhe prescreveu comprimidos. Após cinco dias sentindo fortes dores, foi novamente encaminhado ao mesmo hospital, quando foi diagnosticada fratura em seu quadril. A fratura foi tratada com redução cirúrgica e fixação por três pinos. Àquela altura, já havia um processo de necrose vascular que acarretou deformidade crescente do quadril esquerdo e

Já a Suprema Corte de Nevada, em *Perez v. Las Vegas Med. Ctr.*, apesar de não fixar um percentual rígido para a seriedade das chances, entendeu que uma chance que represente uma possibilidade inferior a 10% de alcançar determinada vantagem não se revestiria da seriedade mínima a ensejar a reparação à vítima.³⁶

Ainda sobre a *common law*, Rafael Peteffi traz interessante observação a respeito do sistema causal norte-americano, que,

principalmente nos casos de responsabilidade pela perda de uma chance na seara médica, aplicam o padrão “*more likely than not*”. Pela aplicação do referido padrão de causalidade, caso um procedimento médico retire 51% das chances de um paciente sobreviver, estaria identificada a existência do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada) sofrido pela vítima, tornando inaplicável, portanto, a utilização da teoria da perda de uma chance. Assim, somente são verificadas ações julgadas de acordo com o modelo da teoria da perda de uma chance quando o ato do agente retira menos de 50% das chances da vítima auferir a vantagem esperada.³⁷

Se a hipótese, portanto, se enquadrar no padrão *more likely than not*, ou seja, se for identificado que a conduta médica retirou do paciente mais de 51% de chances de se curar, será reconhecido o nexo de causalidade com o dano final (e não com a chance perdida) e a indenização também a ele corresponderá.

Este critério puramente percentual, contudo, parece criar distorções ao próprio espírito da doutrina. Isso porque o conceito de relevância da chance não necessariamente se liga unicamente ao conceito de probabilidade matemática de ela ser implementada, sobretudo em situações que envolvam responsabilidade civil médica.

encurtamento e fraqueza da perna esquerda. Hotson ajuizou ação por negligência médica (*Hotson v Fitzgerald* (1985) 1 WLR 1036) alegando em juízo que o atraso em seu diagnóstico teria sido a causa da evolução desfavorável de seu quadro e das sequelas que lhe acometeram. A autoridade de saúde demandada, apesar de reconhecer ter havido atraso injustificado em seu diagnóstico, negou que isso teria sido a causa da necrose e das sequelas que se seguiram, por duas principais razões: 1) o ferimento era tão grave que a necrose era inevitável; 2) que, de acordo com a literatura médica, o atraso diagnóstico não contribuiria para o agravamento do quadro de necrose. O juízo decidiu então que: (i) mesmo que os médicos tivessem diagnosticado e tratado Hotson no dia do acidente, haveria 75% de chances de que a doença de Hotson seguiria o mesmo curso que efetivamente seguiu, ou seja, ele teria desenvolvido necrose vascular na cabeça femoral, enfrentando as mesmas consequências e sequelas; (ii) no entanto, o atraso no diagnóstico afastou os 25% de chances que Hotson tinha de, se diagnosticado de forma correta, não desenvolver necrose vascular na cabeça femoral; (iii) se não tivesse tido necrose, Hotson provavelmente teria tido uma recuperação completa. O juízo, então, entendeu por condenar a Health Authority a indenizá-lo em 25% de todos os danos decorrentes do evento. (STAUTON, Patricia; CHIARELLA, Mary. **Law for Nurses and Midwives**. 7. ed. New South Wales (Australia): Churchill Livingstone; Elsevier, 2012. [Kindle]).

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Nevada. **Perez v. Las Vegas Medical Center**, 805 P. 22d 589 (Nev. 1991), apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 139.

³⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.

Vale observar que o uso dos critérios percentuais apriorísticos para análise da seriedade da chance foi, inclusive, rechaçado pelo Enunciado n. 444 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.**³⁸ [grifo nosso]

Um exemplo emblemático da insuficiência do critério percentual está no julgamento do Recurso Especial 788.459/BA,³⁹ conhecido como o “Caso do Show do Milhão”, responsável por dar notoriedade à teoria da perda de uma chance em cenário nacional. Após ser bem sucedida em responder de forma correta todas as perguntas das etapas anteriores de popular programa televisivo, a participante deixou de responder à pergunta que lhe concederia o prêmio máximo do programa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Irresignada, propôs ação indenizatória pela perda da chance de obter o prêmio porque todas as quatro opções de respostas que lhe foram apresentadas estavam equivocadas.

Assim, após reconhecer o direito da participante do programa televisivo de ser ressarcida pela chance perdida de tornar-se milionária ao deparar-se com quatro opções equivocadas de resposta à pergunta do Milhão, o i. Ministro Relator Fernando Gonçalves teve de se debruçar sobre a questão do *quantum* indenizatório de acordo com o percentual de chances que entendia perdido naquele caso.

A participante do programa requeria a condenação da emissora televisiva ao pagamento de indenização no patamar de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quantia exata que ela deixara de ganhar ao não responder à pergunta do milhão. Por sua vez, a emissora de televisão demandada sugeria o patamar indenizatório em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), equivalente a um quarto do valor do prêmio final, por representar a “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, o que foi acolhido pelo Tribunal Superior.⁴⁰

Essa solução sofreu críticas por parte da doutrina, porque, ao julgarem apenas com base no critério matemático percentual, o STJ desprezou o interesse, esforço e investimento daquela participante para alcançar aquela vantagem.

³⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornada de Direito Civil, 5. **Enunciado n. 444**. 2012.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788.459/BA**. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves, p. 11 set. 2006.

⁴⁰ Ibidem.

Paulo Maximilian W. Mendlowicz afirma que

desprezaram, portanto, os julgadores qualquer fator existente (conhecimento acumulado, mérito de ter chegado naquela fase do programa, etc.) que diferenciase a participante da última fase de outro concorrente, de uma criança ou de um animal adestrado, capaz de escolher uma alternativa (ou apontar uma resposta). Entende-se que o mais adequado seria — em adoção à teoria da perda de uma chance — reconhecer a possibilidade (oportunidade) de acerto e, por ser esta maior do que a fórmula matemática de 1 para 4, indenizar a demandante no valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), equivalente a 50% (cinquenta por cento) das chances de acertar a questão.⁴¹

No entanto, o afastamento do critério apenas matemático para análise da seriedade da chance perdida, a nosso ver depende da prova de que, no caso concreto, a vítima ou mesmo o contexto fático influenciariam no seu incremento ou decréscimo.

No caso ora discutido, por exemplo, a adoção pelo STJ de um percentual indenizatório superior puramente matemático de 25% (vinte e cinco por cento) dependeria da comprovação, pela parte autora da ação, de que dispunha dessas chances superiores, por exemplo, resgatando respostas acertadas em questões que lhe foram postas no curso do programa em temas próximos ou similares ao que fora objeto da “pergunta do milhão”, ou por meio de prova documental ou testemunhal que de alguma forma demonstrasse que o tema teria sido objeto de seu estudo prévio ao programa.

Por outro lado, poderia também o réu comprovar que a área de conhecimento abordada na “pergunta do milhão” fugia do espectro de conhecimento apresentado pela autora ao longo do programa, por meio, por exemplo, da demonstração de que ela teria se valido de recursos existentes na regra do programa (como deixar de responder perguntas do tema ou valer-se de ajuda de estudantes universitários), para buscar a redução daquele percentual puramente matemático.

A jurisprudência francesa, por sua vez, optou por adotar critérios adaptados às ponderações exigidas pela casuística que envolve o instituto para identificação das chances reais e sérias.

Ao analisar julgados da Corte de Cassação Francesa, Daniel Amaral Carnaúba aponta dois elementos que são levados em consideração nesse exercício de análise da seriedade das

⁴¹ SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável: pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão? **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 12, n. 48, p. 87-101, 2009, p. 99.

chances perdidas: **as probabilidades envolvidas no caso e a prova de que a chance em questão interessava concretamente seu beneficiário.**^{42, 43}

Quanto à prova de que a chance em questão interessava concretamente a seu beneficiário, a princípio, todo ser humano, em condições normais, deseja ver-se curado de uma grave doença, razão pela qual, a nosso ver, esse critério não teria maior relevância na seara da perquirição da seriedade da chance de cura e sobrevivência.

Excepcionalmente, naqueles casos em que o paciente age sem o cuidado necessário ou omite-se em relação a partes do tratamento que dependem exclusivamente dele — como no caso do paciente que não retorna ou demora mais do que o recomendado a retornar à consulta com seu médico com o resultado de exames diagnósticos, ou do paciente que não toma a medicação prescrita pelo seu médico ou mesmo que não segue recomendações relevantes ao tratamento, como, por exemplo, o paciente acometido por câncer de pulmão que não deixa de fumar cigarros — haveria inevitavelmente a redução dos percentuais das chances de cura e sobrevivência, podendo até afetar a sua seriedade

Em relação às probabilidades, longe de se pretender adotar fórmulas matemáticas despersonalizadas, a análise se restringe efetivamente à força dessas probabilidades de se concretizarem.

Na Oncologia, é sabido que alguns tipos de câncer têm maiores percentuais de cura se diagnosticados precocemente, e que tais percentuais podem ir decaindo com o passar do tempo. Por outro lado, há alguns tipos de câncer que são tidos como incuráveis, cabendo à medicina, nesses casos, apenas administrar a qualidade de sobrevivência do paciente.

⁴² CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 139, ago. 2012.

⁴³ Daniel Amaral Carnaúba traz alguns julgados da jurisprudência francesa que, segundo o autor, evidenciam a investigação severa do real esforço da vítima para obtenção da vantagem pretendida como critério apto a reconhecer seu direito a ser indenizado pela chance perdida. Em um julgado proferido pela Segunda Câmara Civil da Corte de Cassação francesa, em 12 de maio de 1966, foi negada indenização a uma jovem que sustentava ter perdido a chance de tornar-se farmacêutica, pois, segundo a Corte, a demandante “não havia empreendido qualquer estudo especial que poderia garantir seu acesso à profissão em questão e por isto não poderia se queixar da privação das vantagens da carreira, que eram puramente hipotéticas”. (FRANÇA. Civ. 2ª Seção. 12 maio 1966, D. 1967, p. 3, apud CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 139. Ver também: FRANÇA. Civ. 2ª Seção, 10 out. 1973, Bull. cov. II, n. 254, p. 203, apud CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 139). Por outro lado, os tribunais franceses reconheceram o direito de outra jovem de, em razão de um acidente, ser reparada pela perda da chance de tornar-se comissária de bordo. Naquele caso, apesar de a jovem ainda não exercer a profissão efetivamente à época do acidente, a Corte considerou em sua decisão que “ela acabara de concluir estudos específicos e de realizar uma viagem à Inglaterra para melhorar seus conhecimentos em inglês com o objetivo de se preparar para a profissão de comissária de bordo” e que, dessa forma, o acidente a havia “impedido de aproveitar sua aptidão para o emprego em questão, aptidão esta obtida com seu trabalho especialmente realizado para tanto e pelas despesas que incorreu em sua preparação”. (FRANÇA. Civ. 2ª Seção, 17 fev. 1961, Gaz. Pal. 1961, I, p. 400, apud CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 139).

O Ministério da Saúde editou em 2014 um compilado de Protocolos e Diretrizes em Oncologia,⁴⁴ a fim de proporcionar aos médicos critérios, parâmetros e padrões — nos casos dos tipos de câncer que permitam a elaboração de Protocolos (PCDT) — e, na impossibilidade, pela multiplicidade de opções, Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas (DDT) para orientar o que é válido e não válido técnico-cientificamente e, com isso, orientar condutas e protocolos institucionais.

Trata-se, ali, de diversos tipos de câncer e, dentre outros pontos que serão expostos no decorrer deste trabalho, o documento aponta informações importantes para a análise que ora se desenvolve.

Ao abordar o carcinoma de mama, por exemplo, evidencia que

É considerado um câncer de relativo bom prognóstico, quando diagnosticado e tratado precocemente. No entanto, quando diagnosticado em estágios avançados, com metástases sistêmicas, a cura não é possível. A sobrevida média após cinco anos do diagnóstico, na população de países desenvolvidos, tem apresentado um aumento e está hoje em cerca de 85%. No Brasil a sobrevida aproximada é de 80%. Os melhores resultados em sobrevida em países desenvolvidos estão relacionados principalmente ao diagnóstico precoce por mamografia (MMG), sendo este exame um método comprovadamente eficaz de rastreamento populacional, e à evolução dos tratamentos adjuvantes.

A partir deste exemplo, para a argumentação ora desenvolvida, é possível se observar que, a princípio, a paciente que tenha um câncer de mama feminino diagnosticado em estágio avançado dispõe de 0% (zero por cento) de chance de cura, ao passo que uma paciente, no Brasil, após cinco anos do diagnóstico e tratamento, tem 80% (oitenta por cento) de sobrevida.

No primeiro cenário, eventual falha médica que mude o curso do tratamento da paciente, não lhe retirará chances de cura, pois, em regra, ela não mais dispunha de chances sérias e reais de cura. O que se pode discutir é a influência dessa má prática sobre o tempo e qualidade de sobrevida da paciente.

Na segunda hipótese, o hipotético erro do médico que ceife chances dessa paciente lhe retirará um percentual correspondente às chances perdidas de sobrevida sobre um universo de

⁴⁴ O documento é um compilado brasileiro de um intenso trabalho técnico de revisão de literatura, a partir da consulta de bases de dados (Pubmed/Medline, Embase e Cochrane, entre outras), estudos e literatura especializada. Conforme consta ali explicitado, todos os PCDT e DDT que indicam a incorporação de novas tecnologias foram elaborados considerando-se, primordialmente, ensaios clínicos randomizados, meta-análises, revisões sistemáticas e, quando não houver, a melhor evidência disponível. Sempre acompanhada de uma análise da qualidade dos estudos mencionados. Ao longo dos anos, o documento vem sendo atualizado ou ampliado por meio de portarias referentes a diferentes tipos de câncer. Em razão da importância desse documento como um instrumento que objetiva uniformizar condutas e protocolos institucionais em Oncologia, ele será citado novamente ao longo deste trabalho. (BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas em Oncologia**. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/diretrizes-diagnosticas-e-terapeuticas-em-oncologia>. Acesso em: 12 jun. 2019).

80% (oitenta por cento) e não mais 100% (cem por cento), que eram as chances totais que ela dispunha de sobrevivência.

Na seara da responsabilidade civil pela perda da chance de cura e sobrevivência do paciente oncológico, o critério de **probabilidades envolvidas no caso** relaciona-se diretamente, então, com os percentuais estatísticos de cura de cada tipo de câncer e, no caso do erro de diagnóstico, à sua influência na redução desses respectivos percentuais.

Especificamente sob a ótica do diagnóstico difícil, a razão pela não caracterização da responsabilidade médica pela perda da chance de cura ou sobrevivência por eventual erro ou demora na sua conclusão, quando empregada a diligência e os recursos adequados disponíveis, é justamente a falta de seriedade e concretude da chance perdida. Isso porque, a partir do momento em que a conclusão correta e célere do diagnóstico exigiria daquele médico uma atuação excepcional, para além do razoavelmente esperado, de acordo com o estágio atual da ciência, não há como se sustentar que essa atuação fosse provável ou mesmo possível.

Na lição de Miguel Kfoury Neto:

O reconhecimento da chance perdida há de se apoiar em dados fáticos e científicos claramente comprovados, indicativos de que, caso a enfermidade tivesse sido diagnosticada com antecedência — pelos claros sintomas que o paciente apresentava, desconsiderados pelo médico —, o percentual de possibilidade de cura, indicado pela ciência médica, aumentaria. O contrário, todavia, conduziu à perda dessa chance.⁴⁵

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar caso em que restou clara a dificuldade do diagnóstico preciso quando, a despeito de o médico empregar os devidos conhecimentos técnicos e recursos, todos os exames e evidências que se lhe apresentaram conduziram sua conclusão para um caminho diverso do real mal que acometia sua paciente, afastando, nesse contexto, a sua responsabilidade pela perda da chance de sua cura.

No Recurso Especial 1.622.538/MS,⁴⁶ a Terceira Turma do STJ, capitaneada pela ministra relatora Nancy Andrighi, analisou a discussão acerca da responsabilidade do médico, por suposto erro de diagnóstico, e do laboratório de análises clínicas, por alegado resultado equivocado de exame anatomopatológico.

A paciente (falecida no curso da ação e substituída por seu filho) alegou, em síntese, que procurou atendimento médico após o agravamento de dores no joelho, em meados de 2005. Em consulta com um primeiro médico, foram solicitados exames de ressonância magnética e

⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

uma cintilografia óssea. A ressonância magnética, realizada em 27 de maio de 2005, apontou lesão com características predominantemente benignas, não se podendo afastar, porém, a possibilidade de lesão primária de outra natureza. Por sua vez, a cintilografia óssea, realizada no dia 22 de junho de 2005, indicou “lesão osteogênica no côndilo lateral femoral — processo neoplásico?”.^{47, 48}

Diante da neoplasia com características benignas e da necessidade de biópsia, o primeiro médico encaminhou-a a um especialista. Optou a paciente, no entanto, por buscar outra opinião médica em Presidente Prudente/SP com o médico réu, que, ao ter acesso aos exames até então realizados, a tranquilizou quanto às características benignas da lesão.

Em agosto de 2005, submeteu-se a procedimento cirúrgico para retirada da lesão, a qual foi enviada para análise. No exame anatomopatológico, dito falho, realizado pela paciente no laboratório réu, a conclusão foi similar à dos outros exames no sentido de que não havia indícios de malignidade nos espécimes examinados “Diagnóstico: joelho esquerdo (exérese de lesão): o quadro histológico é compatível com encondroma. Obs. É necessário correlação anátomo-clínicoradiológica, para confirmação diagnóstica.”⁴⁹

Afirmou a paciente que, em acompanhamento pós-cirúrgico, foi informada pelo médico réu que estaria curada, pois o tumor era benigno, tendo sido receitado analgésico e vinte sessões de fisioterapia.

Mencionou, contudo, que, após sete meses, realizadas as sessões de fisioterapia, as fortes dores no joelho continuaram. Retornou ao médico réu, que, então, solicitou uma ressonância magnética, a qual apontou lesão tumoral óssea intramedular. Foram prescritos mais medicamentos sem qualquer resultado de melhora.

Em 23 de setembro de 2006, realizou nova ressonância, após a qual o médico réu encaminhou-a para São Paulo aos cuidados de outro médico especialista que teria sido seu professor. Sustentou que, na consulta, e após olhar os exames, o médico disse que a requerente não tinha encondroma e que poderia ser um tumor de células gigantes.

Após a realização de novos exames com material extraído do joelho e do fêmur e com o mesmo material extraído da primeira biópsia, foi diagnosticado um Condrossarcoma Grau II, com possibilidade de metástase do pulmão. Em novembro de 2006, foi realizada nova cirurgia

⁴⁷ Na prática médica, o sinal de interrogação em um resultado de exame é utilizado em caso de suspeita ou hipótese; significa que o resultado não é conclusivo, mas apenas sugestivo.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

⁴⁹ Ibidem.

para remoção total do joelho esquerdo e um terço do fêmur e dez centímetros da tíbia da paciente.

Os pedidos autorais indenizatórios foram julgados improcedentes em primeira instância, sob o fundamento de que não haveria como imputar culpa ao médico diante de “uma evolução não esperada, rara, de uma lesão neoplásica benigna (Endocondroma) em lesão neoplásica maligna (Condrossarcoma secundário)”. Não teria restado comprovado, ainda, erro no resultado da biópsia realizada no laboratório réu.

Em segunda instância, porém, o resultado foi diferente. Em que pese ter mantido a improcedência dos pedidos em face do laboratório réu, sob o fundamento de que “a prova pericial atestou a dificuldade do diagnóstico diferencial histológico entre o endocondroma e condrossarcoma tendo afirmado o *expert* que ‘não raramente a evolução é que determinará a diferença entre benigno e maligno’”,⁵⁰ entendeu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) pela responsabilização do médico.

Consta do Acórdão de Apelação que, apesar dessa evolução rara da doença, não se pode descartar a necessidade de acompanhamento médico constante no caso, tendo em vista a incessante dor sofrida pela paciente, a qual era tratada apenas com analgésicos e fisioterapia, o que se mostrou insuficiente para sua patologia, tanto que a doença se agravou, resultando em óbito por metástase no pulmão.

Entendeu a Quinta Câmara Cível do TJ/MS que o médico réu, no pós-operatório, deixou de acompanhar a paciente como deveria e, mais grave, ignorou a incessante dor que lhe acometia, sintoma que não condizia com a lesão benigna, mas que era forte característica da lesão maligna, a qual necessitava de urgência no tratamento para evitar a evolução da doença, o que não ocorreu, deixando o médico de prestar o serviço adequado e eficiente, de forma que deveria responder pelas consequências daí advindas, quais sejam, o agravamento da doença até a morte da paciente:

É sabido que o tratamento precoce de várias doenças sobreleva a chance de cura e isso se aplica com mais razão ao câncer, doença agressiva e que se não for tratada o mais breve possível, dependendo do grau de malignidade, evolui com muita rapidez, levando a formação de metástase e óbito do paciente.⁵¹

No entanto, diante da impossibilidade de se afirmar com segurança que, se realmente a autora tivesse recebido o tratamento adequado no prazo certo, haveria a garantia de não

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

⁵¹ Ibidem.

extirpação de algum órgão ou de sobrevivência, entenderam os julgadores que ela teria a chance disso ocorrer, daí decidirem pela aplicação à hipótese da Teoria da Perda da Chance:

Dessa forma, ainda que não se tenha certeza de quando ocorreu a evolução da doença de Luciana de benigna para maligna, a ausência de tratamento em momento oportuno, diante do quadro de dor constante, e diante do fato notório de que as doenças em geral e com razão o câncer, se forem tratados precocemente tem mais chances de cura ou estabilização da doença, tenho que todos esses fatores foram determinantes para extirpar qualquer chance de cura ou sobrevivência.⁵²

Ao julgar o Recurso Especial do médico, a Terceira Turma do STJ, no entanto, afastou a sua condenação, trazendo as palavras do Prof. Miguel Kfoury para ressaltar a complexidade em responsabilizar o médico, por equívoco em diagnóstico, “porque se adentra em um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica”.⁵³

Citaram também as lições do Prof. João Monteiro de Castro, para quem

a apreciação do erro de técnica 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 imperícia, imprudência ou negligência.⁵⁴

A partir dessas premissas, consignaram que o acompanhamento pós-cirúrgico do médico recorrente se baseou em laudos de tumor benigno considerados corretos por médicos patologistas e radiologistas. Além disso, o próprio acórdão do TJ/MS declarara a impossibilidade de datar com exatidão a malignização, rara e não esperada, do tumor, sendo certo que o grau de certeza do diagnóstico, na hipótese, não foi elevado nem “após mais de um ano” da cirurgia realizada pelo médico recorrente.

Nesse contexto, entenderam por dar provimento ao Recurso Especial do médico porque,

no caso concreto, a dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao médico erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada ausência de tratamento em momento oportuno.⁵⁵

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

⁵³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 101-102, apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

⁵⁴ CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005, p. 140.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

O caso acima apresentado é, portanto, exemplo da dificuldade de se reconhecer a perda de chances de cura de um paciente diante de um diagnóstico extremamente complexo em que, por mais de ano, não foi possível identificar sinais de evolução do câncer. Ao reformar o acórdão do TJ/MS, o STJ acabou por reconhecer que, ante a complexidade do caso e dos sinais que eram apresentados ao médico demandado, não havia chances sérias e reais de uma conclusão diagnóstica mais célere, e a maior comprovação disso foi a dúvida que pairou para vários especialistas envolvidos no caso até que seu quadro clínico oncológico se mostrasse exuberante.

Tem-se, assim, que, a despeito de diagnóstico errado e da instituição errada de terapia à paciente por mais de um ano, não foi possível identificar a culpa do médico pela perda da chance eis que, enquanto prestou atendimento à paciente, ela não dispunha de chances sérias de obtenção de um diagnóstico célere e correto em razão da atipicidade de seu quadro clínico e da dificuldade diagnóstica.

Trata-se, pois, de hipótese em que não se pode confundir a seriedade objetiva da chance perdida com a expectativa do paciente ou seus familiares em verem-no curado.

Nesse contexto, conclui-se que a análise da seriedade da chance deve decorrer de critérios objetivos calcados em dados científicos, aqui, particularmente, da ciência médica oncológica, dos elementos fáticos do caso em concreto, sem espaço para a esperança puramente subjetiva do paciente e familiares, e, ainda, da conduta do médico ao longo daquele processo. Como visto, o médico que adota as precauções necessárias no acompanhamento de seu paciente, reveste-se de cuidado na condução do caso, adotando os meios apropriados ao critério de normalidade, não pode ser responsabilizado por eventual equívoco diagnóstico.

1.3 Omissão e imperícia médica e tempo excessivo para conclusão diagnóstica

A jurisprudência inclina-se no sentido de que é tênue a linha que separa o maior tempo para conclusão diagnóstica, de um lado, pela dificuldade do processo em razão das características de cada caso ou, de outro, pela negligência ou falta de conhecimento técnico do médico.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) teve a oportunidade de julgar caso em que a família do paciente, já falecido, sustentava erro e demora de diagnóstico de câncer de pulmão.

Alegavam os autores, em breves linhas, que o paciente compareceu ao ambulatório mantido por sua empregadora com prestação de serviços médicos por equipe de operadora de planos de saúde, em julho de 2001, queixando-se de dores nas costas e coluna, que irradiavam pelo braço direito, além de febre. O médico que ali se encontrava solicitou radiografia de tórax, que foi providenciada e apresentada no seu retorno, onde foi atendido, contudo, por outra médica, que lhe receitou analgésicos e tratamento fisioterápico. O laudo do raio X já indicava velamento focal de ápice de hemitórax, mas tal registro foi ignorado. Várias foram as visitas ao ambulatório, sempre com receitas de medicamentos que não minoravam as dores ou, se faziam efeito, era efêmero. Em abril de 2002, a pedido de outro médico, submeteu-se a ultrassonografia de várias partes do tronco, ombro, cotovelo e punho direitos, nada sendo identificado; outro exame de eletroneuromiografia do membro superior direito também nada apontou. Finalmente, por requisição de outro médico, submeteu-se a uma ressonância magnética, que identificou um câncer em estado avançado, o que restou confirmado por biópsia, ambos realizados em novembro de 2002. Àquela altura, não foi mais possível deter o câncer, culminando rapidamente com o óbito do paciente.

A Décima Câmara de Direito Privado, capitaneada pelo voto do i. Desembargador Relator José Araldo da Costa Telles, deu provimento ao recurso dos autores para julgar parcialmente procedentes seus pedidos em face da empregadora e da operadora de planos de saúde, pois, embora inexistisse nexa causal entre a culpa e o resultado final, ou seja, o evento morte, não se poderia afastar o fato de que o falecido perdera a chance de receber o tratamento adequado:

De efeito, reexaminado todo o contingente probatório, não se pode afastar a hipótese de que o falecido perdeu a chance de receber tratamento adequado. Enquanto recebia sessões de fisioterapia e consumia analgésicos, o câncer de que era portador, só diagnosticado meses depois, alastrava-se e agravava-se, tudo sem os cuidados específicos da terrível doença.

Dir-se-á que o sofrimento seria personalíssimo, mas não se pode afastar o que sofreram todos aqueles autores que o cercavam e viam o padecimento pelo mal que o afligia. Nesses casos, o que se indeniza não é o evento morte, mas o dano representado pela perda da chance de um tratamento adequado e melhor qualidade de vida no interregno entre a radiografia inicial e a morte. A chance de cura (ou de sobrevivência) passa a ser considerada um bem juridicamente protegido, razão pela qual sua privação indevida é tida como passível de ser indenizada.⁵⁶

Em suas razões de decidir, os julgadores ressaltaram o interregno de dezesseis meses entre o primeiro exame radiográfico realizado pelo paciente — que já apontava velamento — e

⁵⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0144921-44.2003.8.26.0100**. 10ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Relator José Araldo da Costa Telles, j. 22 ago. 2017.

o seu diagnóstico, o que propiciou o avanço da doença. Trouxeram ainda as elucidações estatísticas do perito judicial para concluir, assim, que esse interregno teve influência direta para a perda das reais chances de um tratamento adequado e melhor sobrevida do paciente:

de 15% a 20% dos pacientes com doença limitada e menos de 5% daqueles com doença extensa estarão livres da doença por mais de 2 anos. A sobrevida dos pacientes com doença limitada submetidos à quimioterapia varia entre 18 e 20 meses; já nos casos de doença extensa, ela varia entre 8 e 12 meses. No geral, os resultados terapêuticos são pobres, sendo de 5% a 10% a sobrevida em 5 anos.⁵⁷

Em outro caso, o atraso de dois meses no fechamento de um diagnóstico de sarcoma uterino em razão de um erro no resultado do exame anatomopatológico de uma paciente foi suficiente para a Sétima Câmara Cível de Direito Privado do TJ/SP condenar o laboratório demandado a indenizar seus descendentes pela perda da chance de cura e sobrevivência de sua mãe.⁵⁸

O resultado de exame anatomopatológico, recebido em 09 de janeiro de 2014, indicava leiomiomatose uterina, ovários esclero-atróficos, hipotrofia tubárea bilateral, hidátide de morgangi na trompa uterina esquerda, afirmando ao final que “os nódulos miomatosos exibem sinais degenerativos e regressivos da morfologia citonuclear, porém não há evidências de transformação maligna”. Diante da persistência dos sintomas, a paciente enviou o mesmo material a outro laboratório, que então apontou sarcoma uterino estágio IV (metástases pulmonares) em 07 de março de 2014.

Apesar do curto lapso temporal decorrido entre um exame e outro e do apontado erro no resultado do primeiro exame, a Sétima Câmara majorou a sentença para condenar o laboratório réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), ponderando que

Embora a dinâmica dos fatos revele que a metástase ocorreu antes do procedimento cirúrgico, pois o laboratório recebeu para a análise o útero acompanhado dos anexos bilaterais, a constatação já no primeiro momento de que se tratava de câncer por certo resultaria no imediato tratamento da paciente com a realização de novos exames visando se averiguar a existência ou não de outros focos. Esta oportunidade, no entanto, não ocorreu em razão do erro de diagnóstico da ré, de modo que restou configurada a perda de uma chance.

⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0144921-44.2003.8.26.0100**. 10ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Relator José Araldo da Costa Telles, j. 22 ago. 2017.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001081-67.2015.8.26.0160**. 7ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Relator Luis Mario Galbetti, j. 12 dez. 2018.

Não se pretende afirmar que a autora sobreviveria ao câncer, mas se tratando de patologia de tamanha gravidade, a rapidez no início do tratamento é fundamental para o sucesso.⁵⁹

Apesar do breve espaço entre os resultados de ambos os exames, não houve, contudo, pelo referido Tribunal uma maior ponderação técnica sobre os efeitos dessas menos de oito semanas na evolução do câncer já disseminado na autora e a redução de suas chances de sobrevida.

Parece também ter havido certa impropriedade em apontar que houve erro de diagnóstico do laboratório em decorrência do resultado equivocado do exame anatomopatológico. Isso porque, apesar de sua primordial importância para o diagnóstico, conforme conceito trazido na seção 1.1, o exame em questão é apenas complementar à atividade intelectual do médico assistente que, reunindo todos os dados oriundos de exames complementares e dados clínicos, diagnostica seu paciente. Tanto é assim que, provavelmente desconfiado da incompatibilidade entre o quadro clínico da paciente e o exame, o médico deve tê-la orientado a repetir o exame em outro laboratório.

Por certo, poder-se-ia afirmar que, diante do resultado equivocado do exame, seria praticamente impossível que o médico, contrariando-o, diagnosticasse o câncer de sua paciente naquele momento. No entanto, ainda assim não se poderia falar em erro de diagnóstico do laboratório, mas de erro que reduziu as chances da paciente de obter um diagnóstico correto e célere.

Alguns anos antes, a mesma Sétima Câmara do TJ/SP também reformou sentença para condenar médico ortopedista por negligência no diagnóstico de osteossarcoma em membro inferior do filho dos autores, que veio a falecer tempos depois em razão da disseminação do câncer.⁶⁰

Alegaram os autores que, após sofrer uma queda, seu filho deu entrada no Pronto Socorro Municipal de Bauru, onde foi solicitado um raio-X do membro inferior esquerdo, sendo diagnosticada uma fratura e a necessidade de internação imediata, em que houve solicitação de tomografia pelo médico especialista réu, que dispensou a necessidade de procedimento cirúrgico.

⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001081-67.2015.8.26.0160**. 7ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Luis Mario Galbetti, j. 12 dez. 2018.

⁶⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0014866-53.2007.8.26.0071**. 7ª C. Dto. Privado. Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 21 set. 2016.

Dada a alta hospitalar, o médico informou que ele deveria retornar após uma semana para colocação de gesso, o que foi feito. Passados cinquenta dias, foi retirado o gesso e iniciadas as sessões de fisioterapia, com o tratamento pelo período médio de quatro meses.

Contudo, como o joelho não desinchava, e o paciente ainda sentia muitas dores e emagreceu aproximadamente quatorze quilos, passou por outro médico, que diagnosticou um tumor, osteossarcoma, bem evoluído. Após sofrer várias cirurgias, o filho dos autores teve a perna desarticulada, tornando-o incapacitado para inúmeras atividades e, com a demora no diagnóstico correto, o tumor se alastrou, tendo sido, ainda, submetido a duas cirurgias no pulmão antes de ocorrer o seu óbito.

O laudo pericial concluiu que a demora de quatro meses para o diagnóstico não alterou a história natural e a evolução clínica e cirúrgica do paciente, ou seja, apesar da culpa do médico, dela não decorreria o dano. No entanto, consignou o perito que “em termos de responsabilidade subjetiva, a relação com Imperícia, Imprudência ou de Negligência, são questões de mérito cujo julgamento é de competência do Conselho Regional de Medicina”.⁶¹

O juízo de base optou por oficial o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, que, após a instauração do devido processo administrativo, concluiu pela negligência do médico, aplicando-lhe a pena de censura confidencial por aviso reservado, pois, a despeito de entenderem que a história inicial de trauma e fratura poderia ser uma atenuante, não havia como justificar a omissão do médico réu diante de uma tomografia que apontou, já no primeiro atendimento, lesão expansiva do côndilo lateral do fêmur esquerdo, lise cortical importante da face póstero-lateral com invasão de partes moles adjacentes, sobretudo diante do quadro de não recuperação do paciente e suas idas e vindas ao consultório. Reforçaram que o erro de diagnóstico pode ser compreendido, desde que escusável, o que não era a hipótese do caso:

Em nossa opinião o Dr. Marcelo não cometeu apenas um erro de diagnóstico, que do ponto de vista ético pode ser muito bem compreendido, mas sim um erro médico caracterizado por sua negligência.⁶²

A Sétima Câmara, então, ponderando que, apesar de não haver garantia de que o correto diagnóstico no primeiro atendimento prestado pelo médico réu teria salvado o paciente, é certo que a chance de ver a vida salva foi desperdiçada, fato suficiente para impor o dever de

⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0014866-53.2007.8.26.0071**. 7ª C. Dto. Privado. Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. 21 set. 2016.

⁶² Ibidem.

indenizar os pais no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) e ressarcimento pelos danos materiais com seu tratamento.

Mais uma vez, chama a atenção neste caso que não houve, por parte do órgão julgador, nenhum exercício de perquirição do percentual das chances perdidas e sua consequente aplicação no cômputo do valor das indenizações. Tratando-se de responsabilidade civil pela perda da chance, deveria haver a redução proporcional das respectivas indenizações por danos morais e, no caso, materiais, ao percentual das chances perdidas, como será visto adiante.

Em outro caso, envolvendo câncer de pulmão, a demora injustificada na conclusão do diagnóstico também foi o fundamento para a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) condenar hospital e operadora de planos de saúde à indenização pela perda da chance do paciente de preservar parte daquele órgão.

O paciente propôs a ação em face de sua operadora de saúde e do hospital sustentando que, em 29 de abril de 2010, compareceu ao hospital com os sintomas de febre e tosse, tendo sido liberado sem qualquer procedimento mais específico. Com os sintomas agravados, retornou ao hospital sem que nenhuma recomendação lhe fosse dada. Após 06 meses do primeiro atendimento, o paciente foi submetido a uma tomografia computadorizada do tórax, ficando internado pelo período de 24 de outubro a 14 de novembro de 2010. Só então descobriu-se que os sintomas do paciente decorriam de um tumor.

Neste caso, a prova pericial também foi assertiva em apontar a demora injustificada do diagnóstico, sobretudo porque, durante todo o período de internação e consultas no hospital réu, somente foram realizados tratamentos sintomáticos no paciente. Apesar de os exames realizados não terem indicado a existência de tumor maligno, entendeu o perito que houve imperícia por parte dos médicos e demora no diagnóstico da patologia e na instituição do tratamento cirúrgico, contribuindo para o agravamento do estado de saúde do paciente.

Foi também com base na prova técnica, que expôs detalhadamente as diversas opções cirúrgicas de tratamento para o caso, que a 25ª Câmara Cível concluiu que a demora diagnóstica ocasionou a perda da chance do paciente de submeter-se a um tratamento menos gravoso sem que talvez fosse necessária a retirada de seu pulmão.⁶³

⁶³ “8) Queira o Perito informar se a identificação do tumor em seu estado inicial, ou seja, nos primeiros atendimentos médicos prestados pelos Réus, poderia ter impedido a evolução da doença e se isso tornaria desnecessária a extração integral do pulmão. Resposta: A cirurgia é, sempre que possível, o principal tratamento para os tumores carcinoides pulmonares. Se o tumor não se disseminou, muitas vezes pode ser curado apenas por cirurgia. O tipo de cirurgia dependerá de alguns fatores, como tamanho e localização do tumor, estadiamento da doença e estado geral de saúde do paciente. Ressecção Local: No tratamento de tumores carcinoides das vias aéreas centrais, por exemplo, de um brônquio, pode ser realizada uma ressecção local. Neste procedimento, pode ser retirada parte ou a totalidade do pulmão, de modo a preservar a função pulmonar. Ressecção em Cunha ou

Também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) aplicou a teoria da perda da chance para condenar hospital, operadora de planos de saúde, clínica de medicina diagnóstica e médica a indenizar familiares de paciente que veio a óbito em decorrência de um câncer de ovário não diagnosticado a tempo por negligência médica e, ainda, por vício de informação quanto à patologia à paciente e seus familiares.

Resumidamente, a paciente engravidou em 2006, fez exames pré-natais por meio da cobertura de seu plano de saúde no laboratório réu até a 24ª semana, constando em laudo médico “ovários com dimensões e aspectos ecográficos normais”. Em janeiro de 2007, a paciente foi desligada do convênio e passou a fazer o acompanhamento pré-natal pelo Sistema Único de Saúde. Em 26 de janeiro de 2007, sentindo fortes dores na barriga, a paciente procurou atendimento no hospital onde permaneceu internada até o nascimento do filho, em 09 de fevereiro de 2007, recebendo alta em 11 de fevereiro de 2007. Nesse período, sempre foi atendida pela mesma médica ré. Durante sua internação, em 02 de fevereiro de 2007, fora detectado no ovário da paciente um mioma de 9,8 x 9,9 x 6,0 cm e nada foi comunicado a ela. Três meses depois da alta, a paciente passou a sentir dores abdominais, enjoos, vômitos e teve dificuldades em amamentar seu filho. Procurou atendimento no hospital réu e foi encaminhada a outro hospital para exames. Em 12 de julho de 2007, foi submetida a procedimento cirúrgico para a retirada de tumor maligno no ovário. Àquela altura, o câncer no ovário estava disseminado e nada mais poderia ser feito. Em 26 de julho de 2007, a paciente faleceu.

Entendeu o TRF-4 que a perícia médica foi conclusiva no sentido de que houve negligência por parte do hospital quanto ao diagnóstico do câncer de ovário, quanto ao dever de informar e orientar a paciente sobre os riscos da lesão que apresentava, bem como pela falta de avaliação imediatamente após o parto. Concluiu ter havido defeito no serviço prestado na instituição, que retirou da paciente a possibilidade de receber diagnóstico e tratamento antecipado com chance de alterar o curso dos eventos que culminaram no seu falecimento meses após a alta naquele hospital, em julho de 2007.

Aduziram os Desembargadores que

Segmentectomia: Para tumores carcinoides pequenos localizados nas bordas externas dos pulmões longe das vias aéreas, o cirurgião pode remover um sem ou lobo do pulmão. [sic] Lobectomia: A lobectomia consiste na remoção de um lobo inteiro do pulmão, é o tipo de cirurgia mais eficaz, mesmo que o tumor seja muito pequeno. Pneumonectomia: Se o tumor está localizado próximo ao centro do tórax, o cirurgião realizará a pneumonectomia que consiste na remoção de todo o pulmão do lado afetado. Portanto, quanto mais precoce o diagnóstico melhor será o prognóstico de tratamento. Logo se percebe: o réu retirou do autor a possibilidade séria e real de diminuir os danos a seu pulmão, circunstância em que, virtualmente, seria até possível evitar a perda do órgão.” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0271281-10.2012.8.19.0001**. 25ª C. Cível. Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. 15 jul. 2016).

o fato de não se saber, agora, se do atendimento feito com presteza adviria o benefício esperado, ou seja, a cura do câncer ou mesmo um período maior de sobrevida, é problema inerente à própria modalidade de responsabilidade civil pela perda de chance e não afasta o dever indenizatório da parte ré. Certo é que havia chance, segundo a prova técnica, de sobrevida para a paciente acaso atendida de outro modo. O essencial é ponderar que a indenização deve corresponder apenas à fração do dano, e deve ser igual ao grau de probabilidade em que a conduta da ré contribuiu para o dano.⁶⁴

A indenização foi fixada em 30% do valor que poderia corresponder à totalidade da reparação por lesões morais.⁶⁵

Os citados precedentes jurisprudenciais exemplificam a postura mais ponderada dos tribunais quanto à responsabilização civil médica por erro diagnóstico, diferenciando, de um lado, as situações de demora ou erro na conclusão diagnóstica em casos complexos daqueles casos, de outro lado, em que resta comprovada a demora ou erro injustificados por negligência médica,⁶⁶ sobretudo quando o médico não lança mão dos recursos disponíveis para uma investigação acurada.

1.4 Demora diagnóstica pela falta de meios adequados

Essa questão dos recursos disponíveis aos médicos, a propósito, tem especial relevância em um país como o Brasil, onde diversas realidades da medicina convivem lado a lado. Isso porque, a despeito de os tribunais adotarem um posicionamento quase que uníssono acerca da responsabilidade médica pela perda da chance quando há demora na conclusão do diagnóstico ou omissão no acompanhamento do paciente, ou mesmo não utilização dos recursos compatíveis com o atual estágio do desenvolvimento da medicina diagnóstica, a verdade é que estamos em um país de dimensões continentais, com disparidades regionais muito grandes, não

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5013520-47.2011.404.7100**. 4ª T. Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 15 mar. 2017.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ A despeito de o falecimento da vítima não ter decorrido diretamente do câncer que a acometia, o STJ reconheceu a responsabilidade civil do hospital por demora no diagnóstico de leucemia. A vítima, após diversas passagens pelo hospital relatando mal-estar, fraqueza, dores de cabeça intensas, desmaiou, manchas no corpo e um corte em um dos dedos da mão infeccionado há vários dias e sem cicatrização, foi liberada em sua última passagem pelo hospital antes do resultado do exame laboratorial que apontava quadro de leucose aguda. Logo na madrugada do dia seguinte, em casa, a vítima passou mal em virtude da doença, desmaiou, caiu de uma escada e bateu a cabeça, vindo a óbito no dia seguinte em razão de traumatismo crânio-encefálico. O STJ acolheu a tese autoral de que “a **causa do desmaio foi o quadro de leucemia negligenciado pelos profissionais médicos** que acompanhavam o tratamento de seu cônjuge, a ensejar a devida reparação dos danos morais e materiais por ele sofridos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.677.083/SP**. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 14 nov. 2017, grifo nosso).

só em relação ao aspecto financeiro, mas também quanto aos recursos humanos, profissionais e estruturais na área oncológica.

E o que aqui se diz não se refere apenas às disparidades entre sistemas de saúde público e privado, pois, mesmo no âmbito estritamente privado, há diferenças relevantes relacionadas à concentração de médicos por habitantes.

Dados demonstram uma imensa disparidade entre as facilidades de acesso da população das regiões Sul e Sudeste, sobretudo capitais, a serviço médico especializado em oncologia em relação à população das demais regiões do país e interior.⁶⁷

Paralelamente, há a questão da estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) para atendimento dos pacientes oncológicos.

Hoje, o SUS é responsável pelo atendimento médico-hospitalar de aproximadamente 70% da população,⁶⁸ sendo que boa parte dos usuários manifestam insatisfação em relação ao SUS, sobretudo quanto à demora no atendimento.⁶⁹ E, nessa realidade, a etapa do diagnóstico talvez seja o momento da trajetória do paciente com câncer em que se enfrente as maiores disparidades de oportunidades e recursos entre as redes pública e privada de saúde.

⁶⁷ Apenas a título de ilustração, quanto ao aspecto de recursos humanos e profissionais, o estudo Demografia Médica no Brasil de 2018 (SCHEFFER, Mário (Coord.). **Demografia Médica no Brasil 2018**. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018. [Equipe de pesquisa: Alex Cassenote; Aline Gil Alves Guilloux; Aureliano Biancarelli; Bruno Alonso Miotto; Giulia Marcelino Mainardi]) aponta imensas desigualdades na distribuição dos médicos pelo território nacional.

Enquanto em todo o país existem 2,18 médicos por mil habitantes, há capitais com mais de 12 médicos por mil habitantes — como Vitória, no Espírito Santo — e regiões do interior do Nordeste com valores inferiores a um médico por mil habitantes. De acordo com as análises realizadas, considerando uma população de 207.660.929 habitantes em 31 de outubro de 2017 e um total de 451.777 registros de médicos, contabilizados em 2017, o Sudeste é a região com maior densidade médica por habitante, razão de 2,81, contra 1,16 no Norte e 1,41 no Nordeste. Nos seus quatro estados, o Sudeste tem 244.304 médicos para uma população de 86.949.714 moradores. O estado de São Paulo, por sua vez, tem a mesma razão do Sudeste (2,81) e concentra 21,7% da população do país e 28% do total de médicos.

Ainda conforme a análise, as capitais das 27 unidades da federação reúnem 23,8% da população e 55,1% dos médicos. Ou seja, mais da metade dos registros de médicos em atividade se concentra nas capitais, onde mora menos de 1/4 da população do país. A razão do conjunto das capitais é de 5,07 médicos por mil habitantes. No interior, a razão corresponde a 1,28.

Nesse contexto, os oncologistas clínicos representam apenas 0,9% e os cirurgiões oncológicos 0,3% dos 381.506 títulos de especialidades médicas do país. Dos 3.583 oncologistas clínicos, 4,2% estão na região Norte; 18,3% no Nordeste; 46,5% no Sudeste; 21,5% no Sul e 9,55% no Centro-Oeste. Por sua vez, os 1.190 cirurgiões oncológicos estão distribuídos da seguinte forma: 6,1% estão na região Norte, 16,7% no Nordeste, 43% no Sudeste, 22,6% no Sul e 11,6% no Centro-Oeste.

Apenas esses dados já demonstram uma imensa disparidade entre as facilidades de acesso da população das regiões Sul e Sudeste, sobretudo capitais, a serviço médico especializado em oncologia e as demais regiões do país e interior.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. **Blog da Saúde**, 2 jun. 2015. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/35588-71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁶⁹ PESQUISA mostra que quase 70% dos brasileiros não têm plano de saúde particular. **Época Negócios**, 22 fev. 2018. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/02/pesquisa-mostra-que-quase-70-dos-brasileiros-nao-tem-plano-de-saude-particular.html>. Acesso em 15/08/2018.

Como já exposto, o diagnóstico é um dos momentos mais críticos no tratamento oncológico. Aqui, tanto a ciência médica quanto a jurídica entram em consenso: o diagnóstico do câncer é uma corrida contra o tempo.

A importância do diagnóstico precoce do câncer é, inclusive, objeto de políticas públicas de saúde.

A Portaria n. 874, de 16 de maio de 2013, do Ministério da Saúde, institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS. Ao longo de seu texto, é possível depreender diversas diretrizes com o objetivo de viabilizar a prevenção, o diagnóstico precoce do câncer e o célere início do tratamento no âmbito do SUS.⁷⁰

A Lei n. 10.289/2001, que institui o Programa Nacional de Controle do Câncer de Próstata, teve o artigo 4-A incluído em seu texto pela recente Lei n. 13.045/2014, a fim de estabelecer a obrigatoriedade de as unidades integrantes do Sistema Único de Saúde realizarem exames para a detecção precoce do câncer de próstata sempre que, a critério médico, tal procedimento for considerado necessário.

Merece destaque, ainda, a Lei n. 12.732/2012, conhecida como Lei dos Sessenta Dias, que garante ao paciente do SUS o direito de se submeter ao primeiro tratamento oncológico “no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único (art. 2º, *caput*)”, sob pena de imposição de penalidades administrativas aos gestores direta e indiretamente responsáveis (§ 3º).

Considera-se efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna, para efeito de cumprimento desse prazo, com a realização de terapia cirúrgica ou com o início de radioterapia ou de quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica do caso (§ 1º).

⁷⁰ “Seção III - Dos Princípios e Diretrizes Relacionados à Prevenção do Câncer [...] Art. 9º São diretrizes relacionadas à prevenção do câncer no âmbito da Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer: [...] III - implementação de ações de detecção precoce do câncer, por meio de rastreamento (“*screening*”) e diagnóstico precoce, a partir de recomendações governamentais, com base em ATS e AE; IV - garantia da confirmação diagnóstica oportuna dos casos suspeitos de câncer; [...] Seção V - Dos Princípios e Diretrizes Relacionados ao Cuidado Integral [...] Art. 13. Fazem parte do cuidado integral a prevenção, a detecção precoce, o diagnóstico, o tratamento e os cuidados paliativos, que devem ser oferecidos de forma oportuna, permitindo a continuidade do cuidado. Art. 14. São diretrizes referentes ao diagnóstico, ao tratamento e ao cuidado integral no âmbito da Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer: I - tratamento oportuno e seguro dos pacientes diagnosticados com câncer e lesões precursoras de forma mais próxima possível ao domicílio da pessoa, observando-se os critérios de escala e de escopo; II - atendimento multiprofissional a todos os usuários com câncer, com oferta de cuidado compatível a cada nível de atenção e evolução da doença; III - realização de tratamento dos casos raros ou muito raros que exijam alto nível de especialização e maior porte tecnológico em estabelecimentos de saúde de referência nacional, garantindo-se sua regulamentação e regulação; e IV - oferta de reabilitação e de cuidado paliativo para os casos que os exijam.”

Essa lei, no entanto, vinha trazendo pouco benefício aos pacientes acometidos pelo câncer dependentes do SUS porque, como o início do prazo legal para o tratamento se dava apenas a partir do dia em que fosse firmado o diagnóstico do câncer baseado em laudo patológico, esse paciente dependente da rede pública ficava desassistido em todo o período que vai desde a sua primeira consulta médica até o fechamento do diagnóstico, o que, de acordo com a comunidade médica, é talvez o período mais delicado de seu tratamento.

Para ilustrar o que ora se afirma, pelo procedimento instituído pelo SUS, o paciente que tenha algum sintoma ou queixa de saúde deve ir até a unidade de saúde mais próxima de sua residência. Na grande maioria dos casos, esta unidade não tem estrutura para prestar atendimento para o caso, razão pela qual esse paciente será encaminhado para um ambulatório de especialidades ou para um hospital. Aqui, geralmente, esse paciente enfrentará sua primeira dificuldade, pois só conseguirá agendar essa consulta com um grande intervalo de tempo. Daí ele se consultará com um médico especialista na área, que vai pedir exames aptos a diagnosticar a existência do câncer. Nesse momento, mais uma dificuldade, pois a realização desses exames costuma ser extremamente demorada, seja por falta de médicos, de equipamentos ou de agenda.

Confirmado o diagnóstico do câncer, após seu retorno com esse especialista,⁷¹ comumente meses após aquela primeira consulta na unidade básica de saúde, a depender da região onde está, o paciente pode ser encaminhado diretamente para um hospital ou uma clínica que seja uma Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON), capacitada para tratar os tipos de câncer mais comuns no Brasil, ou para um Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), que pode tratar qualquer tipo de câncer.⁷²

⁷¹ Art. 26 da Portaria de 16 de maio de 2013, do Ministério da Saúde: “[...] III - Componente Atenção Especializada: composto por ambulatórios de especialidades, hospitais gerais e hospitais especializados habilitados para a assistência oncológica que devem apoiar e complementar os serviços da atenção básica na investigação diagnóstica, no tratamento do câncer e na atenção às urgências relacionadas às intercorrências e à agudização da doença, garantindo-se, dessa forma, a integralidade do cuidado no âmbito da rede de atenção à saúde, sendo constituído por: a) Atenção Ambulatorial: composto por conjunto de serviços que caracterizam o segundo nível de atenção, qual seja de média complexidade, e que realizam o atendimento especializado, exames para diagnóstico do câncer, apoio terapêutico e o tratamento de lesões precursoras, com as seguintes responsabilidades: 1. realizar assistência diagnóstica e terapêutica; 2. realizar, sempre que necessário, a contrarreferência dos usuários para a unidade básica de saúde; 3. oferecer apoio técnico às equipes de Atenção Básica e de Atenção Domiciliar com o objetivo de ampliar a resolutividade destes; e 4. estabelecer e assegurar o encaminhamento dos usuários, quando indicado, com suspeição ou confirmação diagnóstica de câncer para as UNACON e os CACON; [...]”

⁷² “b) Atenção Hospitalar: composto pelos hospitais habilitados como UNACON e CACON e pelos Hospitais Gerais com Cirurgia Oncológica, onde são oferecidos os tratamentos especializados de alta complexidade e densidade tecnológica para as pessoas com câncer, os quais devem ser estruturados considerando-se os dados epidemiológicos, as lógicas de escala, de escopo e de acesso, respeitando-se a conformação das redes regionalizadas de atenção à saúde, sendo que: 1. Os hospitais habilitados como UNACON são estruturas hospitalares que realizam o diagnóstico definitivo e o tratamento dos cânceres mais prevalentes da região de saúde

Em relação a essa estrutura hospitalar, uma breve pesquisa na página virtual do Instituto Nacional do Câncer demonstra que as desigualdades estruturais entre os estados da federação são assombrosas. Em que pese constar ali que “todos os estados brasileiros têm pelo menos um hospital habilitado em oncologia, onde o paciente de câncer encontrará desde um exame até cirurgias mais complexas”, a distribuição desses hospitais é extremamente desigual.

Enquanto, por exemplo, São Paulo conta com 16 CACONs; 74 UNACONs e 5 Hospitais Gerais com cirurgia oncológica, todo o estado do Pará conta com 1 UNACON e 1 CACON, Goiás conta com 1 CACON e 4 UNACONs, sendo duas na capital, e no Acre há apenas 1 UNACON, localizada na capital, Rio Branco.⁷³

Outra opção é que esse paciente, a depender do tipo de câncer que lhe acomete, seja encaminhado para um centro de excelência, como o Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), no Rio de Janeiro, o Instituto do Câncer do Estado de São Paulo Otávio Frias de Oliveira (ICESP), em São Paulo, ou o Hospital do Câncer de Barretos. Para poder se tratar em um desses locais, todavia, é preciso ter sido indicado por uma unidade que tenha

onde está inserido, enquanto as estruturas hospitalares habilitadas como CACON realizam o diagnóstico definitivo e o tratamento de todos os tipos de câncer, mas não obrigatoriamente dos cânceres raros e infantis, cujas responsabilidades são: 1.1. determinar o diagnóstico definitivo, a extensão da neoplasia (estadiamento) e assegurar a continuidade do atendimento de acordo com as rotinas e as condutas estabelecidas, sempre com base nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde, quando publicados; 1.2. oferecer serviços de cirurgia, radioterapia, quimioterapia, incluindo-se a hormonioterapia, e cuidados paliativos, em nível ambulatorial e de internação, a depender do serviço e da necessidade identificada em cada caso; 1.3. registrar as informações de pacientes atendidos com diagnóstico confirmado de câncer nos sistemas de informação vigentes; 1.4. realizar ações de pronto-atendimento em oncologia; 1.5. ofertar e orientar tecnicamente os cuidados paliativos com assistência ambulatorial, internação e assistência domiciliar, incluindo o controle da dor e o fornecimento de opiáceos, pelo próprio hospital ou articulados e organizados na rede de atenção à saúde a que se integra; 1.6. Ao CACON, oferecer, obrigatoriamente, tratamento de cirurgia, radioterapia e quimioterapia dentro de sua estrutura hospitalar; 1.7. À UNACON, oferecer minimamente os tratamentos de cirurgia e quimioterapia, porém, neste caso, a unidade hospitalar deve, obrigatoriamente, ter o tratamento de radioterapia referenciado e contratualizado formalmente; e 1.8. na hipótese das UNACON e dos CACON não oferecerem dentro de sua estrutura hospitalar atendimento de hematologia, oncologia pediátrica, transplante de medula óssea e cuidados paliativos, estes serviços devem ser formalmente referenciados e contratualizados; e 2. os Hospitais Gerais com Cirurgia Oncológica procedem ao tratamento cirúrgico do câncer de forma integrada à rede de atenção à saúde e realizam o encaminhamento, de forma regulada, dos casos operados que necessitam de complementação terapêutica, clínica especializada (radioterapia, iodoterapia ou quimioterapia), devendo, para isso, ter como base os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, quando publicados, sendo que sua estruturação deve considerar dados epidemiológicos (população sob sua responsabilidade, estimativa de incidência e envelhecimento populacional), as lógicas de escala, de escopo e de acesso, respeitando a conformação das redes regionalizadas de atenção à saúde, cujas responsabilidades são: 2.1. determinar o diagnóstico definitivo, a extensão da neoplasia (estadiamento) e assegurar a continuidade do atendimento de acordo com as rotinas e as condutas estabelecidas, sempre com base nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde, quando publicados; 2.2. oferecer o tratamento cirúrgico do câncer de forma integrada à rede de atenção à saúde e desenvolver ações de cuidado às pessoas com câncer, em especial, na atenção às intercorrências ou agudização da doença; 2.3. encaminhar, de forma regulada, os casos que necessitam de complementação terapêutica clínica especializada (radioterapia, iodoterapia ou quimioterapia), devendo, para isso, ter como base os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, quando publicados; 2.4. realizar ações de pronto-atendimento em oncologia; e 2.5. registrar as informações de pacientes atendidos com diagnóstico confirmado de câncer nos sistemas de informação vigentes; e [...].”

⁷³ Ver tabela apresentada no Apêndice I.

autorização para encaminhar pacientes para eles. Ainda assim, o paciente deverá se submeter a uma nova triagem, que determinará se ele realmente necessita de tratamento oncológico naqueles locais.⁷⁴

Fácil notar, portanto, que a contagem do prazo legal de sessenta dias apenas após o fechamento do diagnóstico, em um sistema em que o paciente enfrenta sérios entraves para conseguir uma consulta com um especialista e, mais ainda, para se submeter aos exames necessários, não alcança o objetivo de conferir efetiva celeridade ao tratamento do paciente com câncer.

Tanto é assim que, em 31 de outubro de 2019 foi publicada a Lei n. 13.896/2019, com vigência após 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação, que incluiu o § 3º ao artigo 2º da Lei n. 12.732/2012 para obrigar o SUS, nos casos em que a principal hipótese diagnóstica seja a de neoplasia maligna, a realizar os exames necessários à elucidação diagnóstica no prazo máximo de 30 (trinta) dias, mediante solicitação fundamentada do médico responsável. Com isso, pretende-se permitir ao paciente o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias para início de seu tratamento.

Sobre esse contexto, para o Oncologista entrevistado, no que concerne às atuais necessidades para o diagnóstico e tratamento do câncer, o desenho do SUS é insuficiente. Em sua opinião, os maiores problemas estão relacionados à baixa eficiência do sistema público em diversos aspectos, dentre eles a dificuldade no acesso a meios diagnósticos e tratamentos. A baixa celeridade pode causar prejuízo direto nas chances de cura ou aumento da sobrevivência dos pacientes.⁷⁵ Para ilustrar sua opinião, usa um exemplo:

O paciente procura o ambulatório do médico da família com sintomas, ocasião em que lhe é feito o pedido de exame de sangue, o qual demorará semanas, talvez meses para ser realizado e ter seus resultados liberados. Retorna ao ambulatório com um resultado de exame PSA com aumento do valor indeterminado, o que pode indicar câncer. Ele será encaminhado ao urologista. Não raramente, esse paciente vai esperar seis meses para uma consulta com o especialista. Nessa consulta, o urologista interna o paciente se houver vaga ou vai solicitar sua internação por meio da central de regulação para marcar biópsia, cujo resultado demorará mais trinta dias. Ou seja, só nesse processo, perde-se facilmente de seis a oito meses, o que muda totalmente o paradigma desse paciente. Mas o diagnóstico formal desse paciente foi depois da biópsia, quando se inicia o prazo legal para início do tratamento. Outro exemplo. A mulher que tem um caroço que detectou na palpação. Só na palpação já se identifica que ele tem uns 2cm. Ela vai ao clínico do posto de saúde, porque não é urgente. É encaminhada ao mastologista. Entra na fila da agenda. Até chegar ao mastologista, esse nódulo já estará maior. A partir daí, o mastologista vai pedir a autorização para fazer a biópsia. Se ele conseguir muito rápido, vai conseguir marcar em três ou quatro semanas. Ao

⁷⁴ ENTENDA como funciona o tratamento de câncer no Brasil. **iG: Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://saude.ig.com.br/minhasaude/entenda-como-funciona-o-tratamento-de-cancer-no-brasil/n1597350811723.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

⁷⁵ Informação verbal. Ver apêndice 2.

momento do tratamento cirúrgico, o nódulo poderá ter um tamanho muito maior ou até mesmo atingido as axilas, fatores que pioram muito o prognóstico. A partir daí, há mais o prazo para entrega do resultado da biópsia. É só a partir disso que começa a fluir o prazo legal. Legalmente, o diagnóstico foi fechado com o resultado da biópsia.⁷⁶

E continua:

O câncer de mama é o mais comum entre as mulheres (com exceção do câncer de pele não melanoma). Felizmente, hoje, para quem tem um bom acesso a serviços de saúde, é possível tratar um tumor de 1cm ou até de menos de 1cm; trata-se a doença pré-invasiva, com um índice de 97% de chance de cura, preservando a mama, e raramente é necessária a quimioterapia. Usa-se hormônio e radioterapia no máximo. Quanto mais precoce, maior a chance de cura. Veja a diferença de uma mulher com um tumor de 7cm no SUS. No SUS, há mulheres com mama ulcerada, às vezes até já com odores. E a paciente constrangida. A paciente já sabe o que é, mas a ela não foi dada alternativa.⁷⁷

Sobre o tema, Fabrício Zamprogna Matielo pondera acertadamente:

É importante frisar que a tarefa de descobrir precisamente o mal de que padece o indivíduo depende não somente da habilidade do facultativo e do correto emprego dos conhecimentos adquiridos ao longo da vida acadêmica e profissional. Interfere nesse mister, com profunda repercussão na qualidade do trabalho, a gama de recursos colocada à disposição do médico, porque a patologia a ser detectada nem sempre se mostra em sinais perfeitamente visíveis e indefectíveis. Então, a aferição da culpa na formulação do diagnóstico passa também por meticulosa análise dos meios de que dispunha o médico no momento da realização da investigação. A falta de condições tecnológicas e financeiras para o perfeito desenvolvimento do trabalho, associada à impossibilidade prática de, diante da gravidade do quadro, procurar a tempo melhores recursos, exonera o profissional de qualquer responsabilidade, eis que não é lícito exigir mais do que o ser humano medianamente preparado poderia realizar.⁷⁸

Não há, portanto, como se falar, nessas circunstâncias, isoladamente em culpa do profissional por eventual privação de chance de cura, sobrevivência ou mesmo um tratamento menos penoso, quando, tanto ao médico quanto ao seu paciente, não foram oportunizadas pelo Estado as condições e estrutura adequadas ao atual estágio da ciência. Nessas hipóteses, mister analisar se eventual conduta que tenha ceifado melhores chances ao paciente decorreu exclusivamente do médico (imprudência, negligência ou imperícia) ou se o desfecho desfavorável decorreu — concorrente ou isoladamente — da falta de estrutura ou de condições básicas de atendimento.

⁷⁶ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁷⁷ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁷⁸ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998, p. 98.

1.5 Tratamento oncológico: melhor escolha de acordo com o atual estágio da ciência

A jurisprudência tem se posicionado de forma mais rigorosa quando o assunto é a perda da chance de cura pela escolha equivocada do tratamento oncológico após a correta conclusão diagnóstica. Essa tendência é coerente, justamente, com as características dessa etapa do tratamento oncológico.

Se, como visto, a atividade diagnóstica é um processo complexo de interpretação de sinais subjetivos e sintomas de uma enfermidade, que muitas vezes podem estar mascarados ou se apresentam de forma indefinida, levando o médico a erro, a escolha do melhor tratamento para um câncer após a conclusão do diagnóstico correto assume contornos mais objetivos e práticos.

Aceita-se melhor o erro de diagnóstico do que o erro de tratamento, porque este trabalha em cima de questões aferíveis no plano material, como reações provocadas por determinados medicamentos, forma de intervir cirurgicamente diante de determinado quadro, controle de possíveis reações particulares do organismo do paciente, etc.⁷⁹

Esse entendimento jurídico decorre do fato de que, como em qualquer área do conhecimento, também na medicina há um arcabouço teórico de regras e técnicas aplicáveis na prática da ciência. Cabe ao médico, a partir de seus conhecimentos adquiridos, decidir, caso a caso, quais delas adotarem. Para uma boa escolha, portanto, deve o médico guiar-se por seus conhecimentos científicos e repertório prático, os quais devem estar sempre em harmonia com o consenso da comunidade científica da qual faz parte.

O sucesso do tratamento do câncer, na grande maioria das vezes, decorre da escolha do médico pelo tratamento consensualmente aceito pela comunidade médica como o melhor de acordo com o estágio atual da ciência médica. E o critério de melhor tratamento de acordo com o atual estágio da ciência se relaciona, em muito, com os indicadores estatísticos presentes na oncologia.

O critério de atualidade nesta análise é de suma importância, sobretudo porque a medicina é talvez uma das ciências que passa mais frequentemente por avanços. Toda essa evolução não significa, contudo, que não haja um núcleo de ideias dominantes, em determinado período histórico-científico (ainda que provisório) que seja tido como o consenso científico (ou ao menos a maioria consagrada).

⁷⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998, p. 103.

Esse entendimento é corroborado pelo próprio Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM n. 2.217/2018, que, no inciso V de seu capítulo I, o qual versa sobre os Princípios Fundamentais da Medicina, prevê que “competete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade”.

Dessa disposição deontológica é possível se concluir que o atuar do médico e sua liberdade de atuação e decisão terapêutica devem sempre estar pautadas pelo progresso do conhecimento científico. Ou seja, a liberdade de escolha do médico está limitada à sua aceitação pela comunidade científica de acordo com o estágio da medicina à época do tratamento.

Essa ideia de consenso científico vem sendo utilizada pelo STJ como critério objetivo para apuração da adequação da técnica e da terapêutica instituída pelo médico aos casos concretos submetidos à sua apreciação. O conceito foi expressamente consignado no julgamento do Recurso Especial 1.254.141/PR,⁸⁰ já citado anteriormente,⁸¹ tido como precursor da efetiva aplicação da Teoria da Perda da Chance a um caso envolvendo alegação de erro médico pela Corte Superior brasileira.

O caso versava, na origem, sobre uma paciente que apresentou, em outubro de 1994, sintomas que denotavam a presença de um tumor maligno em um dos seus seios, recebendo tratamento médico pelo réu, que a tranquilizara, assegurando-lhe, segundo relato inicial, a possibilidade de quase 100% (cem por cento) de cura. Foram prescritas à paciente, antes da cirurgia (uma quadrantectomia), três sessões de quimioterapia e vinte de radioterapia, não lhe solicitando o oncologista, após o ato cirúrgico, novos exames, a não ser, mais tarde, o CA 15.3, insuficiente, de acordo com os autores da ação, para o diagnóstico de eventual recidiva da doença.

Relataram ainda que, logo na primeira consulta, o médico recomendou à paciente a suspensão do anticoncepcional, sem nada mencionar a respeito das consequências de uma possível gravidez, que acabou acontecendo tempos mais tarde. E, a despeito da gravidez de alto risco, o réu continuou solicitando, ao longo do tempo, apenas o exame CA 15.3, cujo resultado sempre foi negativo.

Dez meses após o parto, a paciente descobriu um novo nódulo em seu seio, no mesmo local do primeiro tumor retirado em maio de 1997. Sustentaram os autores que, se os ciclos de

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

⁸¹ Ver introdução.

quimioterapia tivessem sido retomados pelo oncologista, a recidiva não ocorreria, segundo a opinião de outros oncologistas.

Após a recidiva e a radioterapia recomendada pelo seu médico, a paciente foi considerada curada, sendo que, a partir de então, os exames realizados na paciente se resumiram ao toque de mãos, sem exames complementares laboratoriais ou por imagens.

No início de maio de 1998, a paciente passou a sentir fortes dores na coluna, descobrindo, após consulta com um ortopedista e exame de cintilografia óssea, que seria necessária uma investigação mais aprofundada do seu estado de saúde por médico oncologista. Procurado nessa oportunidade, o médico réu considerou sem relevância o resultado da cintilografia.

As dores prolongaram-se, levando a paciente a procurar outro médico em uma clínica da dor, momento em que se constatou a ocorrência de metástases ósseas, sendo que, mesmo assim, em outubro de 1998, o oncologista réu, novamente procurado, discordou dos resultados dos exames para afirmar que a dor e tudo o mais eram sequelas da radioterapia, solicitando, mais uma vez, o exame CA 15.3, cujo resultado mais uma vez foi negativo.

A paciente submeteu-se a aplicações de morfina para o controle da dor, até que essa droga deixou de produzir efeitos no seu organismo, levando-a a procurar um outro oncologista, o qual, diante da dor e da perda de peso (10 kg), concluiu tratar-se de câncer ósseo agora de difícil controle. A paciente submeteu-se então a novas sessões de quimioterapia e, em 10 de novembro de 1999, uma cintilografia óssea revelou que o câncer estava progredindo e fora de controle.

A paciente propôs ação cautelar de produção antecipada de provas, em que foi produzida prova pericial médica. Ela faleceu no curso da ação indenizatória, que prosseguiu com seu espólio, três filhos e marido no polo ativo.

O médico demandado contestou a ação indenizatória argumentando que, em oncologia, não existe uma única solução ou resposta. Sobre a alegação autoral de não realização de biópsia, aduziu que, antes de procurá-lo, a paciente fora atendida por um outro profissional, que retirara uma parte do nódulo do seu seio para biópsia. Também afirmou que nunca assegurara a cura do câncer à paciente e que ela abandonara o tratamento iniciado com ele, reiniciando a quimioterapia somente em maio de 1999, no momento em que ele também poderia ter diagnosticado as metástases. Defendeu que os exames por imagem eram realizados no Hospital Erasto Gartner, sendo o CA 15.3 um exame de inestimável valor, muito embora nenhum exame em oncologia possa ser considerado definitivo e de resultados indubitáveis. Argumentou que alertara a paciente sobre os riscos de uma gravidez naquele momento, nunca tendo afirmado

que a doença não voltaria após a gravidez. Sustentou que não era necessária quimioterapia após a cirurgia, mas somente a radioterapia, e que nem a mastectomia radical asseguraria a não recidiva da doença. Por não ter constatado as metástases, não recomendou a quimioterapia, além do que, a seu ver, o tamanho e a localização do nódulo que recidivara não recomendavam o uso da quimioterapia. Alegou faltar o nexo de causa e efeito, ocorrendo a morte como resultado da agressividade da doença, bem como o elemento culpa, sem que se possa falar, por isso, em dano moral.

O perito nomeado nos autos discordou da forma como o oncologista conduziu o tratamento da paciente. Afirmou que a doença evoluíra em razão do equívoco do oncologista ao optar pela quadrantectomia, quando o procedimento deveria ter sido a mastectomia radical. Afirmou que o tratamento do câncer de mama é determinado pelo tamanho do tumor e que a quadrantectomia (realizada na paciente) é indicada apenas para tumores com até 2 cm. Para tumores com tamanho de 5 cm, a técnica recomendada é a mastectomia radical, com ou sem reconstrução do seio, seguida de sessões de quimioterapia e radioterapia e acompanhamento clínico e laboratorial. Discordou do argumento do médico réu para justificar a indicação da quadrantectomia, classificando o tamanho do tumor como TXNOMO, isto é, tumor de tamanho desconhecido, sem descartar a hipótese de classificá-lo como um T3, para o qual também seria recomendável a mastectomia radical.

Merece destaque que o médico réu discordou de tal conclusão e, apoiado no parecer do seu assistente, afirmou que o perito, segundo ele, não especialista em oncologia, errou ao calcular o volume de um sólido pela soma linear de seus fragmentos, reportando-se ainda ao exame anatomopatológico.

A controvérsia era, portanto, eminentemente técnica. Perito e assistente técnico do médico réu discordavam sobre o tamanho do tumor da paciente e sobre a técnica de sua medição. A interpretação dos resultados dos dois exames realizados pela paciente, um por ocasião de biópsia e outro após a cirurgia,⁸² ⁸³ por sua vez, escapavam por completo ao conhecimento vulgar, sobretudo do juiz.

Somente um médico com especialização na área poderia, examinando os dois documentos, dizer se o tumor tinha 2,5 ou mais centímetros. Certo é que o perito fora categórico ao dizer que o tumor tinha tamanho indefinido, sem afastar a possibilidade de o nódulo possuir 5 cm, reafirmando que a terapia adequada seria mesmo a mastectomia radical. E, diante da

⁸² “segmento irregular, 2,0 x 1,5 x 0,6 cm... segmento grosseiramente nodular de tecido, 2,0 x 1,8 x 1,2 cm... quatro segmentos irregulares, o maior com 2,8 x 1,8 x 0,7 cm”.

⁸³ “referência a novos fragmentos de tecidos medindo 9,5 x 4,5 x 4,5 cm”.

divergência de opiniões, seguiu o juiz amparado pelas conclusões do perito do juízo, indeferindo, inclusive, o pedido de realização de nova prova pericial do médico réu.

O perito do juízo foi categórico ao afirmar que o caso poderia ter sido mais bem conduzido se fossem seguidos passos diferentes.

Em primeiro lugar, não fora realizada uma mamografia e ultrassonografia de mama antes da biopsia ou mesmo antes da quadrantectomia, de acordo com o que é preconizado pela I Reunião do Consenso de Mastologia de Março de 1994. Naquele Consenso, a mamografia é recomendada mesmo em pacientes mais jovens, quando houver suspeita clínica. No caso da paciente, caso tivesse sido realizada esta mamografia, haveria condições de avaliar melhor o tamanho e as condições locais, para que o médico pudesse decidir o melhor tratamento. Na falta desses dois exames, mamografia e ultrassonografia da mama, o oncologista réu, que recebeu a paciente com biopsia prévia, deveria tê-la estadiado como TXNOMO (TX = tamanho do tumor desconhecido), propondo, assim, a cirurgia de mastectomia radical com ou sem reconstrução (a reconstrução é uma decisão que cabe a paciente e não interfere no tratamento oncológico) e não uma quadrantectomia, que é preconizada para tumores que possuem estadiamento I (um), como T1NOMO (T1= tumores até 2 centímetros). Ao ver do perito do juízo, esse estadiamento I (um) não se aplicava ao caso desta paciente, pois a soma dos fragmentos retirados da mama na biopsia inicial (21 de outubro de 1994) indicavam um tumor com mais de 5 centímetros, o que o classificaria no estadiamento T3NOMO (T3 = tumor acima de 5 centímetros), havendo indicação, portanto, de mastectomia radical.

Submetida, no entanto, a paciente a uma quadrantectomia com lifoadenectomia axilar, a radioterapia complementar na mama era um passo obrigatório na dosagem de 4.500 cGy, com um reforço de 500 cGy na área onde se localizava o tumor. Porém, a paciente recebeu de forma não usual a radioterapia antes da quadrantectomia e em dose inferior. Com relação à quimioterapia, era preconizada a sua realização após a cirurgia, num total de 6 (seis) a 8 (oito) ciclos. Para a paciente, contudo, foram realizados três ciclos antes da cirurgia, o que também se afastava do preconizado, já que a quimioterapia prévia se aplica a tumores inoperáveis, a fim de torná-los operáveis, e, nestes casos, não se aplicaria a cirurgia conservadora (quadrantectomia).

Ressalvou o perito do juízo que existia, sim, de forma experimental, o uso de quimioterapia neoadjuvante, para tumores do estágio II, com a finalidade de diminuir a massa tumoral e torná-la operável de forma conservadora, desde que a paciente assinasse um consentimento informado e que este experimento estivesse aprovado pela Comissão de Ética e Pesquisa do hospital onde se realiza o tratamento, o que não ocorreu no caso.

Ponderou, ainda, o perito do juízo que, já que o caminho adotado foi de realizar três ciclos de quimioterapia pré-cirurgia, o que fugia do consenso médico, após o tratamento cirúrgico a quimioterapia deveria ter sido retomada e completada adequadamente.

Em relação a acompanhamento pós-operatório, asseverou que, no seguimento de uma paciente com câncer de mama tratado, devem ser realizados a cada seis meses dos primeiros dois anos os exames de mamografia, ultrassonografia do abdômen total, RX de tórax, cintilografia óssea e CA 15.3. No caso da paciente, somente foi pedido o CA 15.3. Avaliou, ainda, que suspender o anticoncepcional oral foi uma atitude correta, mas era fundamental tê-la orientado quanto a outro tipo de método eficiente, uma vez que a gestação pode ser prejudicial, estimulando o crescimento do câncer de mama.

Além disso, criticou o perito do juízo a conduta do médico réu após diagnosticada a recidiva local na quadrantectomia, afirmando que o tratamento preconizado nesses casos é a mastectomia. Entretanto, no caso da paciente, foi realizada, apenas, a ressecção da área acometida, seguida de radioterapia. Naquele momento, a quimioterapia também poderia ser uma outra arma a ser considerada após a cirurgia.

Concluiu, assim, o perito que:

- a) se o tratamento dispensado fosse a mastectomia radical, seguida de quimioterapia e radioterapia nas dosagens recomendadas, **as metástases poderiam ter surgido, mas “com probabilidade menor do que com o tratamento utilizado”**;
- b) se o tratamento recebido fosse específico para a doença, ainda assim, surgidas as dores e as primeiras lesões, **a probabilidade de cura seria muito baixa, “porém, com melhor qualidade de vida”**;
- c) 20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) de pacientes “com nódulos axilares negativos” recidivam e morrem da sua doença;
- d) a conduta do [médico] réu em optar pela quadrantectomia em vez da mastectomia radical não foi a conduta correta;
- e) outra conduta médica diversa da adotada pelo [médico] réu poderia trazer a cura à vítima;
- f) o tratamento dispensado pelo [médico réu] não impediu a evolução natural da doença;
- g) ao lado do exame físico na vítima, os exames de mamografia e ultrassonografia poderiam detectar a presença de lesões não palpáveis;
- h) na doença neoplásica, a escolha do tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o [médico réu] optou por oferecer um tratamento em que a chance de êxito ficou diminuída;
- i) [não houve] controle local. A mastectomia teria grande possibilidade de impedir a recidiva local e consequentemente metástases;
- j) a grande maioria dos trabalhos [científicos apontam em consenso] que os tumores de 4 cm devem ser tratados com mastectomia;
- k) a quimioterapia com 4, 6, 8 ou 12 ciclos não garante o não surgimento de metástases, **porém existe uma melhora nos resultados**;

- l) [também ocorrem metástases nos casos corretamente tratados], porém a incidência da recidiva da doença à distância (metástases) é menor nos casos bem tratados e maior nos casos tratados inadequadamente.⁸⁴ [grifos nossos]

Amparado, primordialmente, portanto, no supracitado laudo pericial, o juízo da 18ª Vara Cível de Curitiba entendeu pela culpa do médico em razão da escolha inadequada de tratamento, condenando-o, no entanto, apenas à indenização pelo dano moral causado aos familiares da paciente, no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a ser repartido entre os autores.

Interposto recurso de apelação pelo médico, foi-lhe negado provimento, por unanimidade, pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR).⁸⁵ Entenderam os Desembargadores, resumidamente, que a opção de tratamento pelo médico

deve ser a melhor possível, aquela que, funcionalmente, atenda ao interesse a ser realizado ou assegurado pela ação prática e que regras éticas e jurídicas esperam ou julgam apropriada. A dúvida pode residir no objeto da escolha, ou na qualificação da escolha como a melhor possível. Aqui alguém poderia, e o réu parece seguir esse caminho, dizer que existe uma subjetividade muito grande na aceitação de ideias e teorias ou na descoberta do que seja verdadeiro ou falso. Sem dúvida isso é certo. Todo conhecimento científico é provisório e se reduz, em vista da falibilidade humana, a proposições verossímeis da realidade, mas sem abandonar a constante busca da verdade (ideal regulativo) e indícios que o sustentem. Mas esse relativismo não quer dizer que não exista o absoluto em certo estado evolutivo das ciências, um núcleo de ideias dominantes que, para aquele determinado momento histórico-cultural, baste, ainda que provisoriamente e na medida do que até então se conhece da realidade, para a explicação e resolução dos problemas humanos.

[...]

Em termos mais amplos, sem restringi-la ao campo do Direito, no qual ele é mais marcante, a adequação de uma determinada teoria, seja ela médica, seja de outro setor científico qualquer, depende também da sua aceitação pela comunidade: ela será a correta se for a ideia ou a teoria aceita pela unanimidade ou pela maioria das pessoas que compartilham a mesma área de conhecimento. Retomando as questões da escolha da teoria adequada pelo operador prático da ciência, o médico está entre os profissionais que deve obediência à teoria adequada (adequada nos termos antes vistos) ou ele tem a liberdade de escolha?

[...]

Ainda, esses contratos envolvem um direito fundamental — o direito à saúde, e por certo os direitos fundamentais não toleram qualquer ação tendente à sua proteção ou satisfação, mas uma ação tendente a protegê-los ou satisfazê-los na medida do possível e do conhecimento humano. Contrariaria a Constituição Federal o entendimento de que qualquer ação bastaria para o atendimento do direito fundamental; é indispensável uma ação que se aproxime da ação ideal.

[...]

Por todo o exposto pode-se dizer, ainda que provisoriamente, que:

- a) a culpa do médico poderá residir na escolha de uma técnica ou terapêutica inadequada;
- b) apura-se a adequação da técnica ou da terapêutica objetivamente, mediante a observação do **consenso científico** a respeito de determinado assunto, **sem concessões a subjetivismos**; é a comunidade científica, na sua maioria, que dirá se determinada

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

⁸⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 415.873-4**. 10ª C. Cível. Rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. 04 jun. 2009.

técnica ou terapêutica é a adequada, a despeito do que se disse a respeito da provisoriedade e do caráter verossímil dos juízos científicos.

E passando-se ao caso concreto: as questões de mérito se desdobram e se resumem, esquematicamente, nesta indagação: a terapêutica empregada pelo réu era a melhor possível, a recomendada pela comunidade médica? Quais os critérios para a definição da melhor técnica possível?

[...]

Mas não basta a definição da culpa do médico. A responsabilidade pela perda de uma chance exige mais, exige que as chances perdidas sejam sérias e objetivas. E essas chances existiam no caso em julgamento. **Conforme disse o perito, se houvesse a mastectomia radical e todo um procedimento médico posterior, as chances de recidiva, embora não excluídas totalmente, seriam menores; se constatada a recidiva houvesse aí uma mastectomia e não apenas ressecção do local, seguida de quimioterapia e radioterapia, a probabilidade de metástases ósseas seriam menores. Ou seja: tinha a vítima chances de sobreviver, de cura, ou ao menos de uma sobrevida menos sofrida, mais digna, se tomadas algumas medidas embora tardiamente após a recidiva. As chances não eram mínimas, mas boas e, por isso, sérias.**⁸⁶ [grifos nossos]

Em face deste acórdão, houve, então, a interposição do já citado Recurso Especial n. 1.254.141/PR pelo médico demandado, julgado e provido parcialmente pela Terceira Turma, por unanimidade, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Em seu voto, a i. Ministra além da contundente exposição dos fundamentos da aceitação da teoria da perda de chance de cura e sobrevivência pela Corte, delineou, detalhadamente, os seus pressupostos de aplicação a partir das conclusões quanto às provas a que chegara o TJ/PR, em razão dos óbices ao revolvimento das questões de fatos e provas impostos pela Súmula 07 daquele Tribunal.⁸⁷

Foram enumerados os três pressupostos que permitem a aplicação da Teoria da Perda da Chance:

(i) a chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.⁸⁸

A partir daí, com o objetivo de perquirir se houve ou não responsabilidade civil do médico, passaram, então, a discorrer sobre os critérios de escolha do tratamento médico. E, naquele ponto, acolhem, na totalidade, os argumentos que levaram o TJ/PR a reconhecer que a conduta do médico réu frustrara uma oportunidade de cura incerta da paciente.

⁸⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 415.873-4**. 10ª C. Cível. Rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. 04 jun. 2009.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. 3 jul. 1990: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

Restou consignado que, em que pese a decisão acerca de um tratamento médico a adotar ser sempre dotada de alto grau de subjetividade, o procedimento correto deve ser estabelecido com os olhos voltados ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica.

Assim, ao ver daquela Terceira Turma, ainda que uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual do desenvolvimento da ciência.

Especificamente em relação às doenças neoplásicas, essa escolha do tratamento ideal de acordo com o estágio de desenvolvimento da ciência se baseia em dados estatísticos. Contudo, apesar de, mesmo com o tratamento ideal, existirem casos com evolução desfavorável em razão da gravidade da doença, na hipótese ali debatida entendeu a Corte que a chance de melhor qualidade de vida ou até a cura da paciente era real e concreta e que essa chance fora ceifada em razão (i) da escolha equivocada da técnica cirúrgica pelo médico, que se afastara do preconizado pelo Consenso de Mastologia que vigia à época; (ii) do tratamento de quimioterapia e radioterapia instituído de forma não preconizada pela literatura; e (iii) da falta de exames no acompanhamento pós-operatório:

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

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

Nesse sentido, o Perito Judicial apurou que “não se pode afirmar que a existência de metástases foi pela conduta utilizada pelo recorrido, pois em qualquer tratamento, mesmo nos mais preconizados, estas podem ocorrer, embora numa incidência menor” (fl. 272, e-STJ). Todavia, também não se pode negar que a perícia estabeleceu, categoricamente, que se o procedimento correto tivesse sido adotado, haveria possibilidade de cura para a paciente (fl. 274, e-STJ) e que “na doença neoplásica a escolha de tratamento ideal se baseia em dados estatísticos, mas, mesmo com o tratamento ideal, existem casos com evolução desfavorável. A diferença é que o Requerido optou por oferecer um tratamento, em que a chance de êxito ficou diminuída.”⁸⁹

Foi, então, mantida a condenação do médico réu com redução, todavia, do valor da indenização fixada. Entendeu a Terceira Turma que o TJ/PR não ponderara o percentual de chances perdidas no momento da fixação da indenização por danos morais, razão pela qual

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

houve a redução do valor lá fixado (R\$ 120.000,00 — cento e vinte mil reais) em 20%. Esse ponto será novamente abordado no capítulo⁹⁰ dedicado à quantificação da chance perdida.

O referido acórdão é, portanto, um importante paradigma não apenas por expressamente abordar a questão do cabimento e aplicabilidade da teoria da chance de cura na jurisprudência brasileira, como também por consagrar as diretrizes e os protocolos científicos como norteadores para a avaliação jurídica da conduta médica no caso concreto.

Parece-nos, no entanto, que, a despeito da importância da definição desses critérios objetivos aptos a nortear a conduta dos julgadores nos casos de responsabilidade civil médica, é importante ponderar aqui, novamente, que, por se tratar de ciência não exata, a medicina e sua prática sempre comportam exceções a que os julgadores devem estar atentos.

De acordo com o Oncologista entrevistado para esta pesquisa,

esse consenso científico a que se refere a jurisprudência é o que a oncologia chama de tratamento *Gold Standard*, que são os tratamentos dos *guidelines*, *uptodated*, etc. Tratamento *Gold Standard* nada mais é, portanto, quando o médico está indicando a melhor prática para aquele caso... Para aquele caso.⁹¹

Pondera o Oncologista entrevistado que “existem doenças que são situações de exceção, como, por exemplo, doenças raras, situações inusitadas, ou mesmo quando, por sua evolução, não temos mais a opção *Gold Standard*”.⁹²

Segundo ele,

na oncologia essa última situação é muito comum. O médico tem as opções A, B ou C. Usa as três e não tem o resultado esperado. Para a próxima linha que o médico seguir, não vai mais encontrar um amparo que lhe deixe confortável. Daí ele vai analisar aquele caso e usar a melhor evidência para aquela situação. Só que isso abre espaço a críticas, porque quando você sai do padrão, pode haver uma outra opinião, de outro colega, que fala diferente.⁹³

Para exemplificar sua ponderação, ele cita um caso de um paciente seu que sofria com câncer de pulmão metastático:

a mediana de um paciente desse naquela época era de 10 meses. Mediana significa que 50% dos pacientes estão vivos, 50% estão mortos em 10 meses. Mas ele viveu 07 anos com as quimioterapias antigas, sem os recursos de hoje. O caso foi até apresentado em congressos. A minha dificuldade foi que, em determinado ponto, esgotou-se o que existia na literatura. Eu não encontrava nível de evidência na literatura porque não havia casos de pacientes que viviam 4 ou 5 anos. Ele já tinha

⁹⁰ Ver capítulo 2.

⁹¹ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁹² Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁹³ Informação verbal. Ver apêndice 2.

usado drogas A, B, C e D, ou o conjunto de drogas F, G e H. E precisei partir para opções que se afastavam do padrão *Gold Standard*. Quando eu pedia no convênio dele, o colega auditor não autorizava por falta de evidência.

Nas décadas de 1970 a 1990, não havia as drogas inteligentes de hoje, então, o tratamento de câncer era baseado principalmente em estatísticas. O médico olhava os estudos, via a gama de drogas estatisticamente empregadas, fazia um coquetel de drogas e esperava para ver o que funcionava.

Hoje, o tratamento é muito mais personalizado e tende a melhorar muito. Houve um avanço tão grande no conhecimento de vias metabólicas, genéticas, que o tratamento é personalizado. Um mesmo tipo de câncer pode ser tratado de formas diferentes, porque um pode ter determinado perfil genético, mutações de tal tipo e o outro não.

Então, o médico trata um tumor de 1 cm, na mama direita, no mesmo quadrante de uma paciente, de forma diferente do que outro biologicamente diferente do de outra.⁹⁴

O próprio Ministério da Saúde, no já citado compilado de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em Oncologia, aponta que

A oncologia é uma das especialidades médicas mais relevantes pelo enfrentamento diário do clássico dilema da luta entre a vida e a morte. Médico e paciente assumem riscos maiores de comum acordo, na busca por algum benefício de um novo tratamento, mesmo que este seja de resultado pequeno. A especialidade é uma das mais carentes de ensaios clínicos de grande porte, muitas vezes pela raridade da condição clínica outras vezes pela gravidade dela, que impõe a necessidade de respostas rápidas, ou pela presença de múltiplas comorbidades ou de diferentes estágios da evolução e dos tratamentos da neoplasia. Assim, novas estratégias de tratamento recebem atenção especial (“fast track”) de agências reguladoras ou dos próprios profissionais da saúde, que permanecem, porém, sempre à espera de um novo tratamento ou método preventivo.

O risco desta situação é a incorporação precoce e acrítica de tecnologias não seguras ou pouco eficazes e efetivas. Esta tem sido uma das grandes preocupações da comunidade científica internacional, em especial das instituições responsáveis pela elaboração de políticas públicas. A conversão da melhor evidência científica em prática clínica é um desafio internacional em todas as áreas da medicina e toma proporções ainda maiores na oncologia pelos motivos acima expostos e pelo grande impacto financeiro dos novos tratamentos ou intervenções, em especial a chamada terapia biológica.⁹⁵

Logo, apesar de haver um leque muito amplo de opções padrão *Gold Standard*, há casos de evoluções atípicas do câncer, algumas vezes decorrentes do bom progresso dos tratamentos, outras da resposta negativa de um organismo aos padrões consagrados, que exigem do médico lançar mão de opções não consagradas pelo chamado consenso científico.

Ainda de acordo com o Oncologista entrevistado, para uma maior segurança, tanto para o médico, quanto para o paciente,

essas opções de tratamento devem, sempre que possível, ser submetidas a discussões multidisciplinares. Nos grandes centros de tratamentos, as especialidades se

⁹⁴ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁹⁵ BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas em Oncologia**. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/diretrizes-diagnosticas-e-terapeuticas-em-oncologia#ano2015>. Acesso em: 12 jun. 2019.

conversam. Além disso, essas decisões devem sempre ser compartilhadas com o doente. E pondera: na oncologia não se peca por excesso de prudência, mas o excesso de prudência também pode levar a um desfecho pior.⁹⁶

Em que pese, portanto, a utilidade da adoção dos critérios de consenso científico e protocolos de acordo com o atual estágio da ciência médica para análise da responsabilidade civil do médico pela escolha e emprego do tratamento do câncer, certo é que eles não podem ser utilizados isoladamente pelo julgador.

Desta feita, cabe ao Judiciário, ao analisar situações de perda da chance de cura por responsabilidade civil médica na escolha e condução do tratamento oncológico, ponderar se eventual afastamento do médico das opções consagradas, preconizadas, consensuais, se deu em razão do esgotamento dessas opções para o melhor tratamento daquele paciente. E, sobretudo, se essas escolhas foram devidamente informadas e esclarecidas ao paciente, a quem é conferida a palavra final nesses casos. Preenchidos esses requisitos, não há como se responsabilizar o médico pelo não emprego da técnica consagrada pelo consenso da ciência médica oncológica.

1.6 Não emprego do melhor tratamento por indisponibilidade de recursos

Mas e se, novamente em razão das diferenças conjunturais, ao médico e ao paciente, as opções *Gold Standard* não são acessíveis?

Isso porque as disparidades abordadas na seção anterior não se restringem ao diagnóstico. Também em relação às condições de tratamento há substancial diferença quanto à disponibilidade de recursos.

A forma de remuneração praticada pelo SUS, por meio de pacotes (Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade – APAC) cujos valores praticados são historicamente superados pela conhecida inflação médica (curva da variação de custos médico-hospitalares – VCHM), torna inviável oferecer aos pacientes dos serviços credenciados os mesmos tratamentos usualmente praticados nos centros particulares.

Paralelamente, não há forte regulação e fiscalização quanto às drogas e hormônios utilizados por esses serviços credenciados. Normalmente, o próprio SUS só libera o uso de medicamentos já consagrados e reconhecidos na prática médica privada após grande pressão popular e da comunidade médica.

⁹⁶ Informação verbal. Ver apêndice 2.

Na visão do Oncologista entrevistado,⁹⁷ o serviço de radioterapia oferecido pelo SUS está muito defasado em número de aparelhos e, em grande parte dos casos, apresenta tecnologia inferior à necessária para ofertar ao paciente as opções *Gold Standard*. Se comparado com a estrutura de países com um nível de exigência, pública ou privada, maior do que a do Brasil, o maquinário de que dispõe o usuário do SUS não estaria em atividade. E o desfecho, os efeitos colaterais e o sucesso do tratamento são diretamente influenciados pelo desenvolvimento tecnológico desse maquinário.

Nesse cenário, o que acontece, novamente nas palavras do Oncologista entrevistado,⁹⁸ na maioria absoluta dos casos, é que esse paciente da rede pública vai ser “subtratado”, com recursos com um grau de obsolescência muito grande em relação aos tratamentos privados de referência, de décadas talvez.⁹⁹ Em sua opinião, não é demais afirmar que a maioria desses pacientes do SUS está sofrendo uma privação de oportunidade: ao menos 75% da população do Brasil está potencialmente perdendo a chance de um tratamento mais adequado, talvez não em todas as patologias, mas na grande maioria delas.

A Sexta Câmara de Direito Público do TJ/SP¹⁰⁰ responsabilizou o município de Jacareí pela perda da chance de sobrevivência ou, ao menos, de menor sofrimento no período final de vida de paciente acometido por câncer de esôfago, em razão da omissão do ente público em ofertar-lhe o tratamento por dilatação de boca anastomótica, mesmo após intimado de ordem judicial concedida em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

A prescrição da dilatação esofágica ocorrera em outubro de 2007 e, até o óbito do paciente, em 05 de janeiro de 2008, o procedimento não havia sido colocado à sua disposição. Reconheceu o Tribunal que houve omissão do ente público no tocante ao seu dever de assegurar o tratamento de saúde do paciente, restando comprovado o nexo causal entre essa omissão e o agravamento do seu estado de saúde, com base no que constou do laudo pericial, que assim dispôs:

acreditamos que a indicação de dilatação esofágica proposta pelo Dr. Morato Luis, sendo que no período em que foi indicada e solicitada ainda representava condição paliativa dos sintomas disfágicos, porém devido a entraves burocráticos e

⁹⁷ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁹⁸ Informação verbal. Ver apêndice 2.

⁹⁹ Cita, como exemplo, o tratamento complementar curativo do câncer de intestino. Quando se usava Leucovorin Fluorouracil como tratamento complementar, que muitos serviços do SUS ainda usam, havia um acréscimo de 5% a 7% de cura. Hoje, com o Folfox 4 e Folfox 6, que é o Leucovorin Fluorouracil mais outras drogas, há um *spread* de 35%.

¹⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000945-09.2008.8.26.0292**. 6ª C. Dto. Público. Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 06 maio 2013.

administrativos não foi realizado em tempo ainda compatível com o quadro clínico, o qual devido a gravidade da patologia de base veio a desenvolver processo evolutivo rápido e queda do estado geral do periciado.

[...]

Não podemos afirmar que a ausência do procedimento solicitado de Dilatação esofágica endoscópica, foi limitante do quadro clínico do paciente, ou atribuir como motivo de óbito, o qual ficou na dependência da patologia de base, doença neoplásica invasiva, **porém acreditamos que se a dilatação esofágica fosse realizada em período precoce, quando solicitado, a qualidade de bem estar do paciente talvez fosse melhor, visto que a Disfagia impedia a função natural de deglutição e alimentação.**

[...]

“Temos que considerar que a patologia de base do periciado, Neoplasia de esôfago, representa patologia grave, de prognóstico reservado, que foi submetido a tratamento médico cirúrgico compatível com o diagnóstico da doença de base, porém não encontramos justificativa técnica que possa justificar a não realização da dilatação esofágica, devidamente prescrita pelo médico assistencial, e que **a ausência deste procedimento veio a contribuir com o agravamento do quadro de desnutrição do periciado, com o seu sofrimento e até com sua dignidade ante a doença e condição de morte.**¹⁰¹ [grifos nossos]

Nesse contexto, diante da impossibilidade de se reconhecer o nexo causal entre a omissão estatal em fornecer o tratamento de saúde prescrito ao paciente e seu falecimento, a Sexta Câmara de Direito Público do TJ/SP fixou o valor da indenização em 80 salários mínimos por entender aplicável

a denominada teoria da perda de uma chance, pela qual, ainda que não haja evidência incontroversa de que determinada omissão seja a causa direta e exclusiva do resultado lesivo, é possível concluir que ela contribui substancialmente para a redução da possibilidade de se evitar o dano, o que é suficiente para acionar os mecanismos jurídicos aleatórios, especialmente na seara do dano moral.¹⁰²

A verdade é que o direito e a medicina estão em consenso quanto à necessidade de celeridade na conclusão do diagnóstico do câncer e no início do melhor tratamento de acordo com o atual estágio da ciência. No entanto, as realidades estruturais, políticas e econômicas de um país como o Brasil não permitem ao Judiciário adotar uma postura estanque, uma visão única, quanto ao atual estágio da ciência médica apta a avaliar, por meio de perícias judiciais, geralmente realizadas por médicos que dispõem de bom acesso a recursos em sua prática profissional, a adequação da sua conduta na prática diária da medicina pública no país.

No entanto, considerando-se todas as disparidades entre regiões e entre serviços público e privado — genericamente, por óbvio —, caso algum médico venha a ser demandado por responsabilização por eventual falha na condução da atividade diagnóstica ou na instauração

¹⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000945-09.2008.8.26.0292**. 6ª C. Dto. Público. Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 06 maio 2013.

¹⁰² Ibidem.

do tratamento médico, entende-se prudente que o Judiciário observe, além da conduta do profissional, as condições estruturais a que estava submetido e a que equipamentos e medicamentos tinha acesso.

1.7 O período de remissão da doença e a omissão médica

Encerrado o tratamento da doença oncológica, inicia-se o chamado período de remissão.

A remissão do câncer é o período em que o tumor está respondendo ao tratamento ou está sob controle. Esse termo é utilizado para designar a fase da doença em que não há sinais de câncer em exames clínicos, de imagem e de sangue. Cada doença apresenta um período esperado para a ausência de sinais detectáveis nesses exames.

Apesar de não haver um consenso, costuma-se considerar curado o paciente que atinge o marco de cinco anos sem evidência de doença após o término do tratamento. Isso porque, após esse período, o risco de recidiva da doença cai consideravelmente.

A diferença entre remissão e cura do câncer parece ser, basicamente, o fato de a remissão ser um passo anterior à cura. Em outras palavras, o paciente em remissão completa é aquele sem evidência da doença oncológica já tratada. É considerado curado o paciente com longo período em remissão completa, sem a recidiva da doença.

Cura significa a erradicação de todas as células cancerígenas e que o câncer nunca mais retornará. Remissão significa que os sinais e sintomas do câncer diminuíram ou desapareceram, mas não garante que todas as células foram erradicadas.¹⁰³

Por definição, cura é só quando o paciente tem ausência de atividade da doença por mais de cinco anos a partir do momento que o câncer foi diagnosticado, afirma o hemato-oncologista Garles Vieira, do Hospital A.C. Camargo, de São Paulo. O que normalmente acontece é que, com o passar dos anos, as chances de recidiva vão diminuindo. Após cinco anos, dificilmente o tumor volta, diz o hematologista Nelson Hamerschlak, do Hospital Albert Einstein.¹⁰⁴

Isso significa que o médico tem a obrigação de acompanhar seu paciente mesmo após o tratamento operatório e químico do câncer. Esse acompanhamento consiste, basicamente, em consultas periódicas e realização de exames. A periodicidade dessas consultas varia de acordo com a enfermidade e com o tempo transcorrido do fim do tratamento.

¹⁰³ SANTINI, Luiz Antônio; SILVA, Ronaldo Corrêa Ferreira da. O câncer de mama e o senso comum. **Folha de São Paulo**, 7 mar. 2014. Disponível em: <https://www.cancer.org.br/o-cancer-de-mama-e-o-senso-comum>. Acesso em: 20 jan. 2019.

¹⁰⁴ COLLUCCI, Cláudia. Paciente deve aguardar 5 anos para cura total. **Folha de São Paulo**, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2606200919.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

Isso porque, como bem explica o Oncologista entrevistado,

o índice de recidiva cai progressivamente de acordo com o passar dos anos. Os maiores índices de recidiva são, portanto, nos três primeiros anos. O acompanhamento é mais próximo logo após o tratamento. O controle inclui também qualidade de vida e reabilitação emocional. Não é só a doença em si. No primeiro ano, o médico pede exames de 3 em 3 meses; no segundo ano, de 4 em 4 meses; no terceiro, de 6 em 6 meses, depois anual. A partir daí, ele pode dar alta de acordo com o tipo de patologia com que está lidando.

O acompanhamento em período de remissão prolonga-se pelo período de 5 anos e, em alguns casos, até mais. Tratando-se de Câncer de Mama, há casos na literatura de recidiva após mais de 20 anos, mesmo sendo doença primária. Por isso, não se pode tirar a vigilância.¹⁰⁵

Na realidade, diz,

o próprio paciente consciente, quando retiramos o acompanhamento semestral, sente falta. O acompanhamento anual é muito comum a longo prazo, até porque o vínculo com o médico cirurgião/oncologista é grande.

Hoje, os serviços mais modernos de oncologia têm, inclusive, tentado fazer um controle ativo do retorno dos pacientes, até porque os pacientes têm ido a óbito por outros motivos, porque o índice de sobrevida do câncer tem sido muito alto. O paciente de câncer hoje é um paciente crônico, mesmo, muitas vezes, os metastáticos.¹⁰⁶

A doutrina jurídica está ciente desta obrigação imposta ao médico no tratamento e acompanhamento oncológico. Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto registra que

o médico tem o dever de acompanhar, zelosamente, o tratamento prescrito, bem como o pós-operatório. Tal acompanhamento é feito pelo próprio médico ou por pessoal qualificado. A falta desse cuidado e vigilância pode caracterizar culpa. Por isso, a jurisprudência francesa, em matéria de perda de uma chance, considera que a ausência de cuidados pós-operatórios faz o paciente perder uma chance de sobrevivência e determina a responsabilidade profissional, ainda que a causa da morte seja desconhecida e o nexo causal entre a negligência e o resultado não possa ser provado.¹⁰⁷

Importante ressaltar que o médico não pode ser responsabilizado pela recidiva em si da doença, eis que, pelas próprias características da doença, o paciente oncológico não goza de chances sérias e reais de se ver livre da recidiva da doença. Porém, pode o médico responder por eventual omissão, negligência ou imperícia no acompanhamento de seu paciente que, de alguma forma, tenha contribuído para o agravamento da doença recidivada, o atraso em seu

¹⁰⁵ Informação verbal. Ver apêndice 2.

¹⁰⁶ Informação verbal. Ver apêndice 2.

¹⁰⁷ 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 em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

diagnóstico ou mesmo o incremento da angústia do paciente em razão dessa demora injustificada.

Um caso que bem ilustra isso foi apreciado pela Terceira Câmara de Direito Privado do TJ/SP em recurso de apelação¹⁰⁸ em que a paciente buscava a responsabilização de seu médico, da clínica radiológica em que realizava seus exames de acompanhamento e de sua operadora de plano de saúde por suposto atraso no diagnóstico de recidiva de câncer de mama.

Em breve resumo, a paciente fora submetida, em 07 de julho de 1995, a uma cirurgia de quadrantectomia no quadrante superior externo da mama direita, para retirada de um nódulo classificado como carcinoma tubular, realizada pelo médico réu e apelado.

A partir de então passou a fazer tratamento quimioterápico no período de agosto de 1995 a janeiro de 2000. Passados cinco anos, o médico afirmou que aquele câncer era considerado curado pela medicina.

Entretanto, em 21 de setembro de 2000, um novo exame de ultrassonografia, realizado no Centro Radiológico corréu e também apelado, detectou mais um nódulo na mama direita (operada) da paciente, com sugestão de controle evolutivo, a critério clínico.

Seguiram-se novos exames em 06 de novembro de 2003, 04 de março de 2005, 01 de setembro de 2006 e 26 de março de 2007, com referência a BI-RADS na categoria III, que indica achados mamográficos provavelmente benignos. Contudo, em menos de um mês, os resultados de uma ultrassonografia e de uma ressonância magnética mamária com contraste, requisitada por outro médico, cirurgião plástico, em 30 de março de 2007, realizada na mesma Clínica Radiológica em 13 de abril de 2007, apontava “Deformidade cicatricial e recidiva na mama direita. BI-RADS V”.

Em consequência da recidiva, realizou-se a mastectomia da mama direita da paciente em 14 de maio de 2007, com achado de carcinoma ductal invasivo, com padrão tubular.

A paciente autora, então, imputou culpa ao médico corréu por atraso no diagnóstico do novo câncer de mama, deixando de proceder ao aprofundamento do caso, apesar dos resultados dos exames radiológicos, inclusive com sugestão de realizar ultrassonografia e classificação do BI-RADS na categoria III. Ainda de acordo com a autora apelante, a Clínica Radiológica também prestara serviços de forma defeituosa, e a operadora de planos de saúde deveria responder objetivamente em razão da relação de consumo estabelecida.

A Terceira Câmara de Direito Privado do TJ/SP, porém, afastou a responsabilidade civil pela perda da chance de cura da autora porque entendeu que a recidiva do câncer de mama

¹⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0019131-42.2007.8.26.0510**. 3ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Egídio Giacoia, j. 18 mar. 2014, p. 01 abr. 2014.

aconteceria de qualquer forma, eis que decorrente da natureza da própria doença. No entanto, entenderam os Desembargadores que o acompanhamento pós-cirúrgico foi negligente, causando injusta ansiedade na paciente, condenando médico e operadora ao pagamento de indenização por danos morais de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Entenderam os julgadores que a hipótese não comportava a aplicação da teoria da perda de uma chance, eis que a paciente não gozava de chances sérias e reais de não recidivar da doença: “no caso dos autos, infelizmente a autora foi vítima de recidiva tardia de doença grave (câncer na mesma mama operada), possível de ocorrer conforme previsto pelos protocolos médicos”.

Ademais, ficou comprovado, por meio de laudo pericial, que o tratamento por mastectomia da mama direita eleito pelo médico réu era o correto diante de um novo tumor ou recidiva numa mama previamente operada por neoplasia maligna.

O perito do juízo fora também categórico ao afirmar que, se o novo diagnóstico do câncer da paciente tivesse sido feito anteriormente, não teria evitado a doença e, tampouco, que ela tivesse se submetido à cirurgia.

Além disso, não era possível, igualmente, responsabilizar-se o médico por eventual perda de chance de uma sobrevivência mais longa da paciente, uma vez que se adentraria “no campo do denominado dano eventual e não indenizável”. Entendeu-se que o “importante é que a autora foi operada do segundo câncer, com êxito”.

Contudo, concluiu aquela Terceira Câmara de Direito Privado, por outro lado, que

a alegada demora, e mesmo ausência imediata, de maior aprofundamento da pesquisa do caso da autora, embora insuficiente para evitar a eclosão do segundo carcinoma, contribuiu apenas para aumentar a angústia e sofrimento da apelante naquele momento difícil por que passava. Ressalte-se que a autora já apresentava antecedente de câncer de mama, além de contar com duas tias maternas que haviam desenvolvido a doença.

Tem-se, pois, como caracterizada a ocorrência de defeito na prestação de serviços, decorrentes dessa demora na solução do problema de saúde da autora que, sempre ansiosa, procurava o primeiro réu para esclarecimentos a respeito de seu estado de saúde.

Exclusivamente por conta desta situação peculiar, cabível a indenização em favor da autora apenas por danos morais [...].¹⁰⁹

Assim, foi reconhecida a responsabilidade solidária entre o médico e a operadora de planos de saúde em razão da relação de consumo havida entre as partes.

¹⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0019131-42.2007.8.26.0510**. 3ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Egídio Giacoia, j. 18 mar. 2014, p. 01 abr. 2014.

A Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) também já se viu instada a julgar recurso de apelação¹¹⁰ em que a paciente buscava a responsabilização civil do hospital público onde se submeteu a tratamento de câncer de útero por negligência em seu diagnóstico, tratamento e acompanhamento pós-operatório.

A paciente e sua filha ajuizaram ação de reparação de danos morais em face do hospital, narrando que, em 24 de maio de 2006, a primeira autora apresentou sangramento uterino anormal pós-menopausa, sendo encaminhada pelo posto de saúde ao hospital requerido, em caráter de urgência, com agendamento da primeira consulta para 03 de agosto de 2006.

Realizados exames, foi diagnosticada com hiperplasia complexa de endométrio e, mais de um ano depois, em 27 de agosto de 2007, foi submetida a retirada total do útero. A despeito de o exame realizado na peça extraída do corpo da paciente indicar a presença de “Adenocarcinoma de Endométrio, com invasão da metade interna do miométrio de ambas as paredes, o que representava um estadiamento I de Câncer de Endométrio”.¹¹¹

Sustentaram que nenhuma diligência foi tomada pelo hospital para saber se o tumor estava limitado ao endométrio ou se havia metástase da doença, em que pese fosse do conhecimento do médico que atendeu a paciente os fatores de riscos em que ela se enquadrava para a progressão da hiperplasia para câncer de endométrio (obesidade, diabetes, hipertensão, menopausa com sangramento).

Noticiaram, ainda, que em nenhum momento a paciente ou seus familiares “foram informados de que se tratava de câncer, mas tão somente de que o mioma havia sido retirado com sucesso”.¹¹²

Destacaram que, após o procedimento, a paciente retornou para a retirada dos pontos e, seis meses depois, retornou para consulta com o mesmo médico que havia realizado o procedimento cirúrgico, o qual, após questionar a paciente se tinha sentido dores, liberou-a, orientando-a a procurar o posto de saúde caso apresentasse qualquer problema.

Referiram que, após dois anos e três meses da cirurgia, houve o espalhamento da doença de forma fulminante para outros órgãos, comprometendo o rim esquerdo, partes da bexiga e estômago, bem como desenvolvimento de trombose em face da grande massa cancerosa que se alastrou dentro do organismo da paciente, devido ao não encaminhamento ao serviço de

¹¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0029018-71.2014.8.21.7000**. 9ª C. Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 26 mar. 2014, p. 4 abr. 2014.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Ibidem.

oncologia, eis que “o tratamento da paciente fora conduzido por um médico cuja especialidade se restringia à área ginecológica”.¹¹³

Em 01 de agosto de 2010, quando a paciente foi atendida no Hospital de Clínicas de Porto Alegre, tomaram conhecimento de que houve recorrência do problema anteriormente apresentado em 2007, em função da falta do necessário acompanhamento, tornando-se a situação irreversível. Referiram que a paciente não foi indicada para cirurgia nem quimioterapia, pois sua saúde debilitada não garantiria chances de sobrevivência, sendo-lhe indicada a radioterapia como medida paliativa. Por fim, sustentaram a falha na prestação do serviço oferecido pelo hospital, o que geraria o dever de indenização diante dos danos sofridos pelas autoras.

Citado, o hospital réu contestou a ação sustentando que a primeira consulta da paciente com o médico que a atendeu foi em 27 de junho de 2007, em que foi orientada sobre a necessidade de retirada do útero, trompas e ovários. Relatou que, diante das comorbidades apresentadas pela paciente, foram realizados exames de análise e avaliação pré-operatória. Noticiou que, após tratamento de infecção no trato urinário, foi a paciente liberada para cirurgia, que ocorreu no dia 27 de agosto de 2007, sendo que, no dia 22 de agosto de 2007, consultou-se novamente com o médico, que lhe deu orientações sobre o procedimento cirúrgico e seus riscos, bem como sobre o risco de uma hiperplasia atípica possuir focos de transformação para adenocarcinoma, o que acontece em 5% das vezes.

Referiu que a cirurgia evoluiu sem intercorrências e que a revisão da cavidade abdominal não demonstrou nenhuma evidência da disseminação da doença, tendo pós-operatório dentro da rotina, com alta hospitalar em 03 de setembro de 2007, com orientações de cuidados pós-operatório, sendo agendada consulta extra para o dia 12 de setembro de 2007, para revisão e retirada dos pontos.

Ponderou que, na revisão, mostrou boa evolução, sendo retirados os pontos e marcada consulta extra para o dia 11 de outubro de 2007, para revisão pós-operatória e vista do exame anatomopatológico, que teve como resultado “Adenocarcinoma de Endométrio tipo endometrióide, grau 2 da FIGO, invasão vascular e perineural AUSENTES e margens cirúrgicas LIVRES de neoplasia. Ovários e trompas sem alterações. ESTADIO IB, G2.”¹¹⁴ Ponderou que, no estágio IB, G2, sem outros fatores de risco, não há evidências de que qualquer modalidade adjunta — como quimioterapia, radioterapia ou hormonioterapia — poderia

¹¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0029018-71.2014.8.21.7000**. 9ª C. Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 26 mar. 2014, p. 4 abr. 2014.

¹¹⁴ Ibidem.

melhorar a sobrevida da paciente. Somava-se a isso o fato de a paciente ser portadora de inúmeras comorbidades clínicas graves, sendo que os parafeitos destas modalidades não seriam desprezíveis.

Diante disto, ressaltou o hospital réu que a paciente fora orientada sobre o diagnóstico e sobre a necessidade de controles periódicos semestrais por um período mínimo de cinco anos. Assim, foi agendada nova consulta no ambulatório do médico que atendia a paciente; contudo, esta não teria comparecido à consulta. Ponderou que foram empregados todos os procedimentos previstos na ciência médica e prelecionados na literatura — contudo, a paciente abandonou o acompanhamento, e o fato de ter sido constatada metástase não pode ser imputado ao atendimento prestado por seus prepostos.

A prova pericial produzida nos autos atestou que, no caso de sangramento anormal, o câncer de endométrio deve ser considerado entre as possibilidades diagnósticas e os exames usados na rotina para o diagnóstico de patologia uterina intracavitária são: ultrassonografia transvaginal e a histeroscopia associada à biópsia endometrial sendo, ademais, esta última considerada o método *standard* de investigação.

Assim, afirmou o perito judicial que a demora injustificada de mais de um ano para a realização dos exames diagnósticos e agendamento da cirurgia pode ensejar prejuízo no prognóstico e morbimortalidade em pacientes com neoplasias malignas.

O alto volume de agendamentos e atendimentos sustentados como justificativa para a demora na instituição dos procedimentos não foi, porém, suficiente para afastar a responsabilidade civil do hospital. Em resumo, entendeu a Nona Câmara do TJ/RS que restara demonstrado que o hospital réu demorou

aproximadamente oito meses para adotar o método *standard* de investigação visando ao diagnóstico de câncer de endométrio e, a partir de então, mais quatro meses para realizar procedimento cirúrgico adequado para o tratamento da moléstia, tempo classificado como capaz de ensejar prejuízo no prognóstico e morbi-mortalidade em pacientes com neoplasias malignas. Prejuízo este que se sabe pela própria máxima da experiência, pois certa a maior probabilidade de propagação das células cancerígena com o simples passar do tempo.

[...]

Pois tamanha demora, apta a causar dano à paciente, não restou justificada de maneira suficiente, sendo pouco, para tanto, alegar a existência de alto volume de agendamentos, sob a gerência da Central de Consultas (100% SUS).¹¹⁵

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0029018-71.2014.8.21.7000**. 9ª C. Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 26 mar. 2014, p. 4 abr. 2014.

Entendeu ainda aquela Câmara julgadora que houve descumprimento da obrigação do hospital de alertar sobre a existência (e gravidade) da doença que acometia a paciente e, sobretudo, de indicar/disponibilizar as medidas recomendadas para o seu acompanhamento:

De posse do diagnóstico de câncer (pós-cirurgia), a negligência da Requerida persistiu, diante da falta de informações e orientações à paciente e seus familiares, tal como exigido inclusive à vista do disposto na parte final do art. 14 do CDC.

De fato, em que pese a alegação da Ré de que a paciente foi apoiada e orientada sobre o diagnóstico, inclusive quanto à necessidade de controles semestrais por no mínimo 5 anos, período no qual seriam realizados exames diversos para tratamento do câncer, não há prova qualquer nos autos indicando que tenha havido tal orientação à paciente, alegação, aliás, contrariada pelo próprio registro inserido no boletim de atendimento de fl. 106, datado de 21/05/2008, onde médico do hospital demandado, Dr. Miguel Varella, anotou: **“paciente sem queixas. Controle no posto de saúde. Retorno se necessário”**.

Ora, em se tratando de consulta de revisão de acompanhamento de paciente acometido por câncer, quase 1 ano após a cirurgia, recomendar **controle no posto de saúde** e orientar retorno do paciente **se necessário**, s.m.j., não corresponde a correta orientação, notadamente no caso de paciente com grave histórico de saúde, que registrava hipertensão, hipotireoidismo, diabetes, depressão, menopausa e obesidade, além de ser pessoa idosa, simples, humilde, sem conhecimento técnico das questões de saúde, o que impunha, mais do que nunca, a adoção do procedimento padrão que o próprio hospital demandado afirma que adotava **“para todas as pacientes na mesma situação”**, consistente em **“realização de exames físico com coleta do exame citológico da cúpula vaginal e exames de laboratório e de imagens para controle da doença”** (fl. 264).

Tal procedimento também foi referido pelo perito, como indispensável, ao afirmar que o “acompanhamento ou seguimento, embora possa apresentar variações em certo grau na literatura, é realizado a cada 4 meses por 1 ano, a cada 6 meses por mais 4 anos e depois anualmente; consistindo em: entrevista, exame físico e citopatológico. Radiografia de tórax e ecografia abdominal são sugeridas anualmente ou na dependência de sintomas” (fl. 457-v).

[...]

De qualquer forma, o que importa sinalar é que não houve, por parte da ré, acompanhamento pós-operatório efetivo e adequado, tal como descrito pelo perito (fl. 456-v), consistente em **informação sobre os sintomas de recorrência, entrevista, exame físico e CP** a cada 4 meses por 1 ano, a cada 6 meses por mais 4 anos e depois, anualmente, **radiografia de tórax e US abdominal anuais**.

[...]

Com isso, mesmo que confirmado pelo perito, que a “guia da federação internacional de ginecologia e obstetrícia — FIGO — de 2006, orientava, para os estágios IaG1/G2, IbG1/G2 e IcG1 — não realizar tratamento coadjuvante (radioterapia e quimioterapia)” (fl. 457-v), a confortar a tese da Ré quanto à inadequação de eventual tratamento quimio ou radioterápico, o fato é que o correto acompanhamento poderia sim ter possibilitado senão a cura, a melhora das condições da paciente suportar o tratamento a que futuramente acabou sendo submetida no HCPA ou mesmo ter antecipado esse tratamento que lhe poderia garantir uma sobrevida.

Nesse contexto probatório, cabia à Ré demonstrar que adotou o procedimento padrão no caso da autora, dando correto encaminhamento da paciente à rede primária (posto de saúde), com a **“informação do tipo de tumor e seu estágio, do tratamento executado, do plano de seguimento e de quando deve retornar ao serviço terciário”** (fl. 456-v e 458 e 474), prova que lhe incumbia fazer mas não fez, já que, segundo o perito, **“não foram encontrados registros a esse respeito”**, tocante à elaboração de relatório circunstanciado informando ao médico da rede primária os procedimentos tomados e o plano de seguimento.

Por outro lado, mesmo diante da afirmação de que o procedimento cirúrgico foi exitoso, como sustenta a Ré e o próprio laudo pericial (fl. 460), não havia como

descartar a possibilidade de recidiva, possibilidade que, segundo o próprio médico do hospital réu, dependeria principalmente da baixa defesa (imunológica) do paciente, o que reforçava a exigência de orientações claras e objetivas acerca da importância do acompanhamento pós-cirurgia.

Conforme o perito, a informação acerca da possibilidade de recidiva de câncer, nos casos em que for diagnosticado, deve ser repassada ao paciente, conforme determina o art. 59 do Código de Ética Médica (fl. 458-v), sendo de destacar que, segundo o laudo pericial (fl. 460-v) **“não foram encontrados registros expressos destas informações”**, quando questionado se na revisão pós-operatória a paciente havia sido orientada sobre seu estado de saúde e orientada a manter acompanhamento por um período mínimo de 5 anos.

No mesmo sentido o depoimento da autora Berenice (fl. 508), quando afirma que **“foi uma surpresa”** falar em câncer naquele momento (quando do atendimento no HCPA), a evidenciar que a Ré, por seu profissional médico, não prestou os devidos esclarecimentos à paciente acerca do resultado da biópsia realizada, onde fora constatada a presença de câncer de endométrio, o que contribuiu para o acompanhamento desidioso em posto de saúde, retardando a possibilidade de tratamento efetivo, já que, quando do atendimento pelo HCPA, não havia chances significativas de cura (fl. 458-v).¹¹⁶ [todos os grifos no original]

A Nona Câmara Cível do TJ/RS decidiu, então, pela manutenção da condenação do hospital pela perda da chance de cura da paciente, ponderando, todavia, que não era possível responsabilizar o hospital pela morte da paciente, como pretendia a parte autora:

Não se pode perder de vista, ainda, que, quando se trata de aplicação da teoria da perda de uma chance, não se pode imputar ao réu a totalidade do dano, como parecem querer os autores, pela simples razão de que, no caso em espécie, não foram os prepostos do réu que causaram o câncer em Maria de Lourdes. Ou seja, não há relação de causa e efeito entre as falhas detectadas no serviço prestado pelo réu e a patologia que causou a morte do paciente. Os atos negligentes imputáveis resumem-se (I) à demora injustificada em investigar quadro clínico que culminou na descoberta de um carcinoma e, conseqüentemente, no seu adequado tratamento e, depois, (II) ao descumprimento da obrigação de alertar sobre a existência (e/ou gravidade) da doença e indicar/disponibilizar as medidas recomendadas para o seu acompanhamento.¹¹⁷

Vê-se, assim, que restou acertadamente afastada a responsabilização do hospital pela morte, ou mesmo pela perda da chance de cura da paciente, eis que impossível se criar uma relação de causa e efeito entre a evolução da doença com sua recidiva e eventual negligência do médico que atendeu a paciente.

A responsabilidade daquele hospital decorreu, exclusivamente, da má prestação do serviço no que tange à omissão de esclarecimentos da paciente sobre seu real estado de saúde, à solicitação de exames periódicos preconizados no acompanhamento pós-operatório do câncer e ao encaminhamento da paciente ao acompanhamento ambulatorial no posto de saúde sem sequer um relatório que evidenciasse a gravidade da doença que lhe acometera.

¹¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0029018-71.2014.8.21.7000**. 9ª C. Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 26 mar. 2014, p. 4 abr. 2014.

¹¹⁷ Ibidem.

Além dos casos acima expostos, a responsabilização do médico pela perda da chance de cura em razão de defeito no acompanhamento pós-operatório também foi objeto de análise no julgamento do já mencionado paradigmático acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.254.141/RJ.

Como já exposto na seção 1.5, a responsabilidade do médico pela perda da chance de cura naquele caso restou configurada também em razão de o acompanhamento pós-operatório por ele instituído se distanciar do preconizado pela literatura e pela prática médica consagradas.

Restou disposto naquele acórdão que uma das falhas praticadas pelo médico na condução do tratamento da paciente estava em não seguir os protocolos consagrados na literatura e na prática médica após a recidiva da doença.

Asseverou, naquele caso, o perito do juízo de primeira instância que, no seguimento de uma paciente com câncer de mama tratado, devem ser realizados a cada seis meses dos primeiros dois anos os exames de mamografia, ultrassonografia do abdômen total, RX de tórax, cintilografia óssea e CA 15.3. No caso da paciente, somente foi pedido o CA 15.3. Avaliou ainda que suspender o anticoncepcional oral foi uma atitude correta, mas era fundamental tê-la orientado quanto a outro tipo de método eficiente, uma vez que a gestação pode ser prejudicial, estimulando o crescimento do câncer de mama.

Além disso, criticou o perito do juízo a conduta do médico réu após diagnosticada a recidiva local na quadrantectomia, afirmando que o tratamento preconizado nesses casos é a mastectomia. Entretanto, no caso da paciente, foi realizada, apenas, a ressecção da área acometida, seguida de radioterapia. Naquele momento a quimioterapia também poderia ser uma outra arma a ser considerada após a cirurgia.

Entendeu o STJ nesse caso que a omissão do médico assistente da paciente em solicitar a realização dos exames preconizados foi causa direta para o retardamento do diagnóstico da recidiva e pelo agravamento irreversível de seu estado de saúde, ceifando, assim, suas chances de cura.

Observa-se, assim, que, no que se refere ao período de remissão do câncer, o que se analisa juridicamente não é a responsabilidade civil do médico pela perda da chance de não recidiva da doença em si, eis que o paciente oncológico não goza, em regra, de chances sérias e reais de não ter sua neoplasia recidivada.

O que deve estar em voga é se a conduta do médico, durante o período de remissão, foi diligente no que concerne ao acompanhamento periódico do paciente, ao pedido dos exames indicados de acordo com o consenso médico para o caso e sua correta interpretação, bem como à ampla informação ao paciente acerca da evolução de seu quadro de saúde.

2 VALORAÇÃO DE CHANCE PERDIDA DE CURA OU SOBREVIDA

2.1 Chance de cura como espécie de dano

O exercício de valoração da chance perdida passa necessariamente pela detida análise da natureza da chance, bem como da perquirição de sua seriedade no caso concreto.

A Terceira Turma do STJ, conforme exposto neste trabalho, ao julgar o Recurso Especial n. 1.254.141/PR,¹¹⁸ em meio ao intenso debate acerca da aplicabilidade ou não da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência ao direito médico,¹¹⁹ filiou-se à corrente doutrinária que enxerga na chance perdida uma nova categoria de dano, mantendo-se o respeito pelas tradicionais regras de responsabilidade civil e da causalidade adequada, o que veio a permitir a adoção da teoria no Brasil nos casos de responsabilidade civil médica.

Sem se furtar ao acalorado debate doutrinário, tanto nacional quanto em terras francesas, acerca da aceitação da teoria da perda da chance de cura, para a Terceira Turma do STJ, no entanto, as críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina para a seara médica:

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

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

¹¹⁹ A grande discussão quanto à aplicabilidade ou não da teoria da perda da chance aos casos de responsabilidade civil médica decorre diretamente do debate acerca da natureza jurídica da chance perdida no contexto do processo aleatório já terminado. A doutrina francesa, berço de seu surgimento, capitaneada por Savatier, para quem a teoria é “o paraíso do juiz indeciso” (SAVATIER, René. **J.C.P.** 1966. II. 14753, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89), tece severas críticas à responsabilidade civil pelas perdas de chances de cura ou sobrevivência, por entender tratar-se de uma acrobacia intelectual que representa uma porta aberta para arbitrariedades daqueles que buscam indenizações proporcionais por ilusórios prejuízos parciais. Jean Penneau aduz que, na realidade, a perda de uma chance de cura e sobrevivência nada mais é do que um artifício verbal para aqueles que pretendem resolver, no plano do dano, um problema que, pela sua verdadeira natureza, é de causalidade (PENNEAU, Jean. **La responsabilité du médecin**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 32). No Brasil, a crítica encontra ressonância em nomes como Rafael Peteffi da Silva, para quem “a necessidade de arquitetar presunções para provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final ocorre exatamente pela impossibilidade de se admitir um dano autônomo e independente consubstanciado nas chances perdidas” (SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109), e Miguel Kfoury Neto, para quem “a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo” (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 em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111).

chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar.

[...]

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a **chance**, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se **direto**. Não há necessidade de se apurar se o **bem final** (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a **chance de viver** lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas **quantificar esse dano**, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.¹²⁰ [grifos no original]

Sopesados, então, todos os argumentos pró e contra a aceitação da teoria da perda da chance de cura, a Terceira Turma do STJ, capitaneada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, conclui pela “consideração da perda da chance como bem jurídico autônomo, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil médica”, acrescentando que “todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da quantificação do dano”.¹²¹

No entanto, como será visto adiante, o exercício da quantificação das chances perdidas nesse caso em especial acabou por não observar o que se entende como melhor técnica.¹²²

Sob essa ótica, portanto, a aplicação da teoria da perda de uma chance não exige a flexibilização do liame causal ou a adoção de uma causalidade alternativa, mas apenas uma maior flexibilização em relação ao conceito de dano indenizável, incluindo entre as possibilidades conceituais justamente a chance.

Esse raciocínio deriva do fato de a teoria da perda de uma chance ser encarada como uma das vertentes representativas da evolução do instituto da responsabilidade civil e da ampliação do rol de bens jurídicos tutelados. As evoluções social, econômica e industrial trouxeram ao indivíduo moderno um sem número de riscos, como a quebra da confiança, a violação da privacidade, o atentado à moral ou mesmo a chance perdida, que hoje já são tidos pelo ordenamento jurídico como plenamente reparáveis.

Para Fernando Noronha, essa ampliação dos danos suscetíveis de reparação está estreitamente conectada com outros dois aspectos do desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil: a objetivação e a coletivização.¹²³

Rafael Peteffi da Silva apresenta o trabalho de Joseph King Jr., que lançou as bases da teoria no direito norte-americano, para quem as chances perdidas pela vítima nada mais

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Vide seção 2.2.1.

¹²³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 564 et seq.

representam do que categoria de dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo desnecessária qualquer flexibilização do nexo causal.¹²⁴

Parece-nos, assim, que, hoje, o debate acerca da acepção da chance perdida como dano autônomo representa no ordenamento jurídico o que outrora foi, por exemplo, o aguerrido debate acerca dos danos morais ou estéticos como categorias de danos autônomos, atualmente já pacificado, sobretudo com a consagração constitucional do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e o consequente direito à reparação pelos danos morais e materiais decorrentes de sua violação.¹²⁵

Superada, portanto, a questão da aceitação jurisprudencial majoritária da teoria da perda da chance de cura pela jurisprudência brasileira, atribuindo-se à chance perdida a natureza jurídica de dano, remanesce, contudo, o debate acerca da espécie ou espécies deste dano, se moral ou patrimonial, e, nesse último caso, se caberia sua categorização como dano emergente ou lucro cessante.

Grácia Cristina Moreira do Rosário entende que o dano pela chance perdida é de ordem exclusivamente moral:

Questão importante é a quantificação do dano, de natureza extrapatrimonial, no que se refere à responsabilidade médica, pois em outras sendas, como na responsabilidade do advogado, pode ensejar indenização de natureza patrimonial — dano emergente e lucro cessante. O atuar do médico gerador da perda de uma chance importa em indenização moral minorada, já que estamos no campo da probabilidade.¹²⁶

Mais à frente, a autora aduz que:

Em sede de perda da chance de cura, o dano que exsurge é o de natureza moral, não obstante entendimentos divergentes, entendendo a presença do dano emergente — em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada — e do lucro cessante, apesar da impossibilidade de quantificar o dano material, ou de estabelecer a possibilidade de sua ocorrência.¹²⁷

A autora, no entanto, parece tirar duas conclusões diferentes para a mesma situação, porque tanto os danos oriundos da perda da chance por responsabilidade do advogado quanto

¹²⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77 et seq.

¹²⁵ Art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2019)

¹²⁶ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

¹²⁷ Ibidem, p. 143.

do médico ocorrem no campo da probabilidade. Ademais, da responsabilização do advogado pela perda da chance podem também decorrer danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, em uma ação que se discuta a guarda de um filho. Ali, eventual chance processual perdida decorrente da conduta do advogado traria ao genitor prejuízos morais, como, por exemplo, ver reduzida a chance de obter a guarda de seu filho porque seu advogado não interpôs um recurso no prazo legal. Desta feita, razão não há para se fazer tal diferenciação.

Para Sérgio Novais Dias, o dano é uma espécie de dano material na modalidade de lucro cessante:

Ao tratar de lucro cessante, estamos acostumados a conviver com a ausência de certeza absoluta dessa forma de dano, pois nunca se saberá, com absoluta precisão, se o credor teria ou não aquele lucro esperado, que se indeniza. Na situação da perda de uma chance, os danos materiais emergentes têm sua certeza equiparada à certeza dos lucros cessantes, ou seja, à certeza baseada na probabilidade.¹²⁸

Aqui, no entanto, o autor parece confundir a locução “aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar” com a probabilidade de se atingir um resultado final, que representaria a chance perdida.

Para Sérgio Cavalieri, a questão ainda não está pacificada na doutrina e jurisprudência, o que nos leva a colocá-la como fase intercalar do lucro cessante e do dano moral.”¹²⁹

Nuno Santos Rocha, no direito português, a pretexto de defender a autonomia da chance em relação ao dano final, como “entidade economicamente avaliável”, coloca-a como uma espécie de dano emergente:

Para que possamos reconhecer esta autonomia do dano da perda da chance, é necessário que se possa afirmar as chances como uma entidade economicamente avaliável, merecedora de tutela jurídica. As chances que preexistiriam no património do lesado foram destruídas por uma acção culposa do lesante, provocando o seu desaparecimento no momento em que ocorreu o facto ilícito, transformando desta forma a perda da chance num verdadeiro dano emergente. Fala-se sobre a vertente ontológica da chance: a perda de chance consiste numa perda patrimonial, uma mais valia do património do lesado-credor; é um bem autónomo diferente do bem final que se aspirava.¹³⁰

¹²⁸ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 95

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 109.

¹³⁰ ROCHA, Nuno Santos. **A perda da chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 64

Para Sérgio Savi, a chance perdida pode se tratar de prejuízo de ordem material — e, nesse caso, incluir-se-ia apenas na categoria do dano emergente — e também imaterial, a depender da natureza do dano final suportado pela vítima.¹³¹

Discorda-se dos entendimentos acima apresentamos, posicionando-nos no sentido de que a chance perdida indenizável terá a natureza jurídica dos danos oriundos do resultado final frustrado. Isso porque a autonomia da chance em relação ao dano final é apenas relativa, afinal, a chance será sempre chance de algo final que restou frustrado e esse algo será, como será demonstrado adiante, o paradigma, o referencial (inteiro) para o cálculo da indenização pelas chances frustradas (parcial).¹³²

Nesse mesmo sentido, Jacques Boré enfatiza que,

quanto ao aspecto qualitativo, não há qualquer distinção do dano representado pela perda de uma chance e o dano final. Destarte, observa-se que a vítima, pela perda de uma chance, não requer qualquer dano que tenha elementos diferenciadores do prejuízo final: se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo financeiro.¹³³

Esse mesmo entendimento foi adotado também no Enunciado n. 444 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.¹³⁴ [grifo nosso]

Nesse contexto, quando falamos em perda da chance de cura e sobrevivência por conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa do médico, os bens jurídicos violados podem ser a vida, a cura, a integridade física, a dignidade — todos, evidentemente de ordem extrapatrimonial. Assim, perdida a chance de cura e sobrevivência, advêm à vítima (ou a seus familiares, por ricochete) danos de natureza moral. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de, daquela conduta do médico, surgirem também prejuízos de natureza patrimonial, sejam eles na modalidade emergentes ou lucros cessantes, devendo o médico repará-los, por força dos arts.

¹³¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 112.

¹³² Para maiores considerações acerca da natureza e quantificação das chances perdidas, vide seção 2.2.1.

¹³³ BORÉ, Jacques. **L'indemnisation pour les chances perdus**: une forme d'appréciation quantitative de la causalité, d'un fait dommageable. J.C.P., 1974. I. 2620, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Conselho da Justiça. **Recurso Especial Federal**. Jornada de Direito Civil, 5. Enunciado n. **1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez.444. 2012.

5º, X, CRFB; arts. 186, 927, 944 e 949 do Código Civil, bem como de acordo com a Súmula n. 37 do STJ.¹³⁵

Para exemplificar, imagine-se que, no caso retratado no Recurso Especial n. 1.254.141/PR,¹³⁶ os autores daquela ação reivindicassem, além dos danos morais decorrentes da perda da chance de cura e sobrevivência da paciente, que fosse o médico também condenado a ressarcir-lhes pelos custos do tratamento errôneo instituído, bem como pelo pensionamento correspondente à renda que auferia em vida com seu trabalho comprovadamente revertida à família.

Nesse caso, entendemos que, em relação ao tratamento, os seus custos teriam natureza de dano emergente. Todavia, cabível seria o seu ressarcimento integral, porque, se erroneamente indicado, foi totalmente inútil ao tratamento da vítima.

Quanto ao pensionamento, que assume a natureza de lucros cessantes, cabível o seu ressarcimento; porém, apenas na proporção reconhecida das chances perdidas.

No entanto, como bem observa Rafael Peteffi, alguns julgados brasileiros parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial.¹³⁷

A definição da natureza da chance perdida é tema que suscita tantas dúvidas que a controvérsia se estende à jurisprudência do Superior Tribunal do Justiça.¹³⁸

Especificamente quanto à responsabilidade civil médica, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça divergiu sobre a natureza das chances perdidas ao julgar o Recurso Especial n. 1.335.622/DF,¹³⁹ sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Em breves linhas, tratava-se de ação indenizatória contra hospital particular do Distrito Federal pelos danos

¹³⁵ Súmula 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

¹³⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212.

¹³⁸ Já em 2008, a Terceira Turma, ao julgar caso clássico de perda da chance por erro de advogado no patrocínio de determinada ação judicial, consignou de forma expressa que “a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.079.185/MG**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11 nov. 2008, p. 4 ago. 2009). Em 2010, foi a vez da Quarta Turma, em acórdão de lavra do Ministro Luiz Felipe Salomão, registrar a importância da correta definição da natureza jurídica da chance perdida: “Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da ‘perda de uma chance’, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.190.180/RS**. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 16 nov. 2010).

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez. 2012.

materiais e morais que sofreu o casal autor em decorrência de omissão de socorro à sua filha menor, que veio a falecer. Após ser internada em hospital público da região, o quadro clínico da criança agravou-se de tal forma que aquele hospital não dispunha de estrutura adequada para seu atendimento. Em razão disso, os médicos orientaram os pais a conseguir vaga em hospital privado, mesmo que por meio de decisão judicial.

Narram que a liminar foi deferida no final da tarde do dia 21 de junho de 2007 e que, às 20h30min, o médico que acompanhava a menor no hospital público comunicou à médica plantonista do hospital privado sobre a decisão e foi informado de que este receberia a paciente mediante a apresentação da cópia da decisão liminar.

Buscando agilizar o recebimento da menor, aquele próprio médico dirigiu-se com a cópia da liminar ao hospital recorrido, que se recusou a recebê-la ao fundamento de que a decisão impressa da Internet não tinha valor legal. Diante de tal quadro fático, a criança foi mantida na enfermaria do serviço público, respirando sob ventilação mecânica, em equipamento ultrapassado, e, à 1h30min do dia 22 de julho, veio a falecer.

Sustentaram os pais da criança, então, que sua morte poderia ter sido evitada com o uso de equipamentos adequados e que o hospital privado, ao negar o pronto atendimento, obrigação que lhe cabia, acabou por agravar o quadro clínico que levou ao óbito da menor.

Tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgaram improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que não houve recebimento oficial da ordem judicial pelo hospital privado e que, conquanto sejam os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços, não se formara uma relação de consumo entre o hospital privado e a paciente, ao passo que também não restara demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, tal como na responsabilidade civil prevista no art. 927 do Código Civil pelo dano advindo do cometimento de ato ilícito.

Houve, a seguir, reforma do julgado pela via especial. Após versarem sobre os pressupostos da responsabilização civil do Estado, os i. Ministros discorreram sobre a vigência, no direito brasileiro, do princípio de causalidade adequada para uns, e, por outros, o princípio do dano direto e imediato, reiterando que ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e que somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.

Afirmaram, no entanto, que, naquele caso em específico, havia peculiaridades que atraíam outro enfoque para o deslinde da causa, afastando-se a aplicação “de forma pura” do princípio de causalidade adequada. Apesar de consignarem que não se estaria ali promovendo debates a respeito da relativização do nexo causal, entenderam que a questão envolvia uma

conduta (omissão) que poderia ter garantido a chance de um resultado diverso, concluindo que a relação entre a omissão do hospital e o dano à paciente não era natural, mas estritamente jurídica. Ao omitir-se, o nosocômio acabara evidenciando o dano, ao reduzir substancialmente a possibilidade de sobrevivência da menor.

Entenderam, portanto, que era indiscutível que, naquele caso em apreço, o hospital poderia não ter causado diretamente o resultado morte, mas tinha a obrigação legal e não o impediu, privando a paciente de uma chance de receber um tratamento digno que, talvez, pudesse lhe garantir uma sobrevida. Entenderam, em suma, que aquela omissão estava em relação de causalidade não com o evento morte, mas com a interrupção do tratamento, o qual tinha a obrigação jurídica de realizar, ainda que nunca se venha a saber se geraria resultado positivo ou negativo para a vítima.

Foi, assim, dado provimento, por maioria, ao recurso dos pais da paciente para condenar o hospital a indenizá-los pelos danos morais sofridos no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um.

A divergência residiu, em parte, porém, quanto ao pedido de pensionamento até a data em que a vítima completaria 25 anos. Entendeu a Turma, por maioria, pelo desprovimento do recurso neste ponto, sob o fundamento de que:

considerando que não há como ser ligada a conduta da ré ao evento morte — não há como ter certeza de que, ainda que prestado o atendimento de emergência de forma adequada, a paciente sobreviveria —, a indenização deve ater-se apenas ao dano moral, excluído o material. Mesmo porque, como já dito, não se pode indenizar o possível resultado. Não se indeniza o que a vítima hipoteticamente deixou de lucrar, mas, sim, a oportunidade existente em seu patrimônio no momento em que ocorreu o ato danoso. O que os pais perderam, repita-se, é a chance do tratamento e não a continuidade da vida. A falta reside na chance de cura de sua filha, e não na própria cura. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação do recorrente ao pagamento do pensionamento, nos termos em que formulado.^{140, 141}

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez. 2012.

¹⁴¹ Solução distinta foi alcançada ao se julgar caso que, na origem, tratava-se de ação indenizatória ajuizada pelo companheiro e pelo filho da vítima, por defeito no serviço médico prestado em cirurgia de ooforectomia bilateral (retirada dos ovários), em razão de suspeita de câncer, durante a qual houve a perfuração de seu reto, culminando com o falecimento da paciente. Buscavam os autores a condenação do hospital e do cirurgião, solidariamente, a, dentre outras verbas, o pagamento ao filho da paciente de pensão mensal no valor correspondente a 1/3 (um terço) dos rendimentos líquidos que a vítima receberia como servidora pública no cargo de Assistente do Ministério Público Estadual até que ele completasse vinte e quatro anos de idade. Restou reconhecida a responsabilidade do hospital e do médico cirurgião. A paciente era advogada e tinha sido aprovada em concurso público para assessor do Ministério Público Estadual. Em recurso, sustentaram os réus que o filho da vítima teria apenas uma expectativa de direito a receber percentual dos rendimentos líquidos da mãe. A Segunda Turma do STJ, por unanimidade, em acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, entendeu que: “Quanto ao ponto, imperioso observar que a Corte de origem, a partir dos elementos de convicção existentes nos autos, conclui que a vítima só não tomou posse no concurso para qual foi nomeada, justamente porque veio a falecer, por culpa do ora agravante. Nesse contexto, não merece acolhida a tese de que o filho possuía apenas expectativa de direito a receber percentual dos

Em relação a este ponto, divergiu a i. Min. Nancy Andrighi ao expor que o i. Min. Relator teria se confundido na apreciação do nexo de causalidade enquanto requisito indispensável à caracterização de cada um dos danos. Em sua visão:

Salvo melhor juízo foram levados em consideração diferentes liames de causalidade: para o dano material buscou-se nexo entre o comportamento do hospital e o resultado morte, enquanto para o dano moral procurou-se nexo entre a referida conduta e a redução de chance de sobrevivência do paciente.

Daí as diferentes conclusões alcançadas, admitindo a existência de dano moral, mas afastando a presença do dano material. [grifos nossos]

Ocorre que, em se tratando de perda da chance, há um único nexo de causalidade a ser perquirido, ligado, como visto, não ao resultado final (morte) para o qual a conduta do agente pode ou não ter contribuído, mas apenas à oportunidade que se privou. Trata-se, pois, de quantificar em que medida a conduta do hospital contribuiu para a chance (de viver) perdida.

Nesse aspecto, deve-se: (i) verificar a presença de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) confirmar se a ação ou omissão do agente tem nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético.

A partir daí, a reparação civil pela perda de uma chance se dará pelo estabelecimento de uma indenização para esse bem jurídico autônomo, em uma proporção aplicada sobre o dano final experimentado, fixada conforme a probabilidade da chance perdida de alterar esse resultado danoso.¹⁴²

Logo, ao acertado ver da Ministra Nancy Andrighi, concluindo-se pela responsabilidade do hospital pela perda de chance de tratamento da menor, deveriam os julgadores perquirirem qual seria, percentualmente, essa chance perdida. E esse percentual deveria incidir sobre o prejuízo integral — moral e material e, nesse último caso, danos emergentes ou lucros cessantes — suportado pelos recorrentes por força do falecimento da criança, atuando como um quantificador do dano, de modo a se obter uma indenização exclusivamente pela perda da chance.

Em termos práticos, comprovada a responsabilidade do hospital e sua contribuição percentual para a perda das chances de cura de que dispunha a menor, esse percentual deve incidir sobre todas as indenizações dos danos oriundos da perda dessa chance.¹⁴³

rendimentos líquidos da mãe, devendo ser referendada a compreensão no sentido de que: ‘A probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não aconteceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável.’ E, no caso concreto, a chance de que a vítima destinaria ao filho menor parcela de seus ganhos é bastante razoável, e isso é suficiente para gerar a obrigação de reparar a perda.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.222.132/RS**. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 03 dez. 2009).

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez. 2012.

¹⁴³ Especificamente quanto ao pensionamento, reportamo-nos aos requisitos apresentados na seção 2.2.1.

No entanto, no caso em específico, havia uma particularidade processual relevante para o julgamento do feito. Como tanto a primeira instância quanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios haviam se pautado pela ausência de nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e o evento morte, ambos deixaram de apreciar um ponto necessário para a aplicação da teoria da perda da chance de cura, qual seja, até que ponto a transferência da menor para o hospital poderia ter evitado o seu falecimento, ou seja, em que medida a sua internação na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) aumentaria a sua expectativa de vida.

Em termos práticos, não fora produzida nos autos prova técnica tendente a determinar se a internação em unidade de terapia intensiva teria conferido à paciente uma chance real e concreta de sobrevivência, o que, naquele caso, era elemento indispensável à averiguação se havia ou não uma chance séria e real perdida e indenizável, e, em caso positivo, em que percentual.

Chama a atenção nesse caso que a criança permanecera diversos dias internada e seu falecimento se deu apenas cinco horas após o deferimento da liminar para transferência (não concretizada) para o hospital demandado, o que certamente era um ponto carecedor de atenção do perito judicial a fim de concluir se eventual alteração nas condições do tratamento oferecido à menor àquele estágio seria apta a alterar drasticamente seu trágico desfecho.

Nas palavras da Ministra:

Transpondo essas considerações para a hipótese dos autos, deve-se apurar se a internação em UTI — impossibilitada pela conduta omissiva do hospital — traria à menor uma chance real e concreta de sobrevivência e, em caso afirmativo, qual seria, percentualmente, essa chance. Esse percentual incidirá sobre o prejuízo integral — material e moral — suportado pelos recorrentes por força do falecimento da menor, atuando como um quantificador do dano, de modo a se obter uma indenização exclusivamente pela perda da chance. Por outro lado, constatada a inexistência de uma oportunidade efetiva de sobrevivência, não estaremos diante de uma perda da chance indenizável.¹⁴⁴

Entretanto, como aquela quantificação dependeria do revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, a Ministra divergiu em parte do voto do i. Min. Relator, reconhecendo a conduta omissiva do hospital recorrido, porém entendeu imperiosa a baixa dos autos à origem para que o Tribunal local procedesse a necessária investigação, com base nos parâmetros delimitados na fundamentação e mediante realização de perícia técnica, em que medida essa conduta reduzira a chance de sobrevivência da menor.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez. 2012.

Dessa conclusão evidenciou-se uma grave falha no julgamento, porque mesmo sem a produção nos autos da prova técnica tendente a determinar se a internação em unidade de terapia intensiva teria conferido à paciente uma chance real e séria de sobrevivência, houve a condenação do hospital pela perda de chance de sobrevivência.

A prova era ainda fundamental para que, caso constatada a responsabilidade do hospital, fossem identificados os danos oriundos da perda da chance e sua correta quantificação.

Tal tarefa não poderia ser substituída pela experiência individual dos julgadores, carecedores que são de conhecimento médico específico, que optaram, ante todas as lacunas que existiam no momento do julgamento, por indenizar apenas parte dos danos que os pais da criança alegavam ter suportado em razão da perda de chance de sua sobrevivência, ou seja, os danos morais, em patamar aleatoriamente apontado, afastando a indenização pelos materiais por um fundamento equivocado.

Trata-se de expediente que contribui de forma negativa à aplicação da perda da chance de cura, pois evidencia uma confusão de liames causais que remete a toda a consternação que seu uso na seara médica causa. Da leitura, parece que o frágil liame causal (fragilidade essa justificada pela falta de provas, conforme exposição acima) foi suficiente para a Terceira Turma conceder a indenização por danos morais, mas não “comprovado o bastante” para a concessão dos danos materiais, o que remete a Savatier e sua célebre frase de que a teoria da perda da chance de cura e sobrevivência é o paraíso para o juiz indeciso.¹⁴⁵

2.2 Necessidade de fixação do valor da chance perdida de acordo com critérios objetivos

Se a teoria da perda da chance suscita, como foi visto ao longo de todo este trabalho, uma série de discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais, em um ponto há consenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência: a indenização pela chance perdida deve ser necessariamente inferior ao bem jurídico final perseguido pelo lesado.

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida. Caso o agente tenha retirado as chances da vítima de não perder um braço, as chances perdidas representarão apenas uma percentagem do valor que seria concedido se houvesse nexos causal entre a ação do agente e a efetiva perda do braço.
[...]

¹⁴⁵ SAVATIER, René. **J.C.P.** 1966. II. 14753, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

Em decisão recente datada de 09 de abril de 2002, a primeira câmara da Corte de Cassação francesa ratificou que a “reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado”^{146, 147}

Importante ponderar que o fato de o valor da indenização ser parcial em relação ao prejuízo final — ou seja, corresponder apenas à parte da vantagem final frustrada atinente ao percentual das chances perdidas de alcançá-la — não significa que se esteja com isso admitindo o nexo de causalidade parcial.

O nexo causal entre a conduta comissiva/omissiva do agente e os danos decorrentes das chances perdidas deve ser direto e total. A parcialidade reside apenas na valoração da indenização se comparada à indenização que seria devida em razão do dano final. Afinal, como já dito, a autonomia da chance em relação ao dano final é relativa, pois a chance será sempre chance de algo final que restou frustrado. A partir disso, a vantagem final frustrada será o paradigma, o referencial (inteiro) para o cálculo da indenização pelas chances perdidas.

É exatamente pela impossibilidade de reparar o dano final que doutrinadores e magistrados afirmam, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se presta a uma reparação integral do prejuízo. Consoante tal afirmação, já se afirmou que: **“isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida”**.¹⁴⁸ [grifo nosso]

Mas como calcular o valor da chance perdida proporcionalmente ao dano final?

O claro e preciso enfrentamento da complexa questão da quantificação da chance perdida já era objeto da doutrina clássica civilista brasileira de Agostinho Alvim em 1955, ao tratar do exemplo da perda da chance pela perda do prazo pelo advogado para interpor um recurso de apelação:

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

¹⁴⁶ FRANÇA. Corte de Cassação. D. 2002. IR, p. 1.469, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

¹⁴⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143.

¹⁴⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance, no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001, p. 28, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143-144.

Tanto isso é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença de primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.

Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido.¹⁴⁹

O valor da chance terá de ser calculado, então, tomando-se o dano final, ou seja, a vantagem final frustrada, como paradigma, e dela subtraindo as chances perdidas pela conduta do ofensor. Para tanto,

será assim necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor econômico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor calculado numa percentagem — traduzindo a consistência e seriedade das “chances” —, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da “perda da chance”.¹⁵⁰

Em sentido similar, Rute Teixeira Pedro também apresenta a sua sistemática de cálculo:

Num primeiro momento, deve ficcionar-se que ao comportamento do médico pode imputar-se a globalidade dos danos ocorridos, e, portanto, avaliá-los na sua totalidade. Abrangem-se aí danos patrimoniais e danos não patrimoniais, nas várias sub-modalidades que qualquer dessas espécies de dano pode revestir.¹⁵¹

Num segundo momento, importa averiguar o valor das chances de que o doente dispunha de se furtar à consumação de todos os danos sofridos e que o acto do médico destruiu.

¹⁴⁹ ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 207-208.

¹⁵⁰ ROCHA, Nuno Santos. **A perda da chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 66.

¹⁵¹ Para exemplificar a necessidade de se computar todos os danos sofridos pelo lesado, a autora traz o já citado precedente do Direito inglês (INGLATERRA. High Court of Justice. Queen’s Bench Division. **Hotson v. Fitzgerald**, 15 mar. 1985, in [1985], 3, All ER, p. 180-181, apud PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 321-322), em que o juiz contabiliza os prejuízos decorrentes da incapacidade permanente do paciente: “i) danos até a data do julgamento; ii) dor, sofrimento e perda da tranquilidade; iii) perdas futuras [...] incluindo o custo de tratamento cirúrgico futuro bem como quaisquer perdas salariais.” Tradução livre de: “*i) special damages to the date of trial; ii) pain, suffering and loss of amenity; iii) future losses [...], including the cost of future operative treatment together with any attendant loss of wages*”. Aduz que, “quanto ao último aspecto, o tribunal considerou não só a dificuldade que Hotson teriam em encontrar emprego (dada a sua ‘desvantagem substancial [...] no mercado de trabalho’ [tradução livre de: “*very substantial disadvantage [...], in the open labour market*”], mas também o desapontamento sofrido por não poder concretizar o sonho de vir a ser carpinteiro.” (PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 321-322).

Por fim, num terceiro momento, pela aplicação deste valor — em regra um valor percentual — àquele montante (global) apurado por referência ao dano final, determina-se que fracção daqueles prejuízos corresponde à perda de chance de os evitar.¹⁵²

Rafael Peteffi traz o conceito matemático utilizado por Jean-Pierre Couturier para ilustrar o processo de quantificação da chance perdida de modo geral: “a função ‘chance perdida’ é a derivada da ‘função vantagem esperada’ (dano final) e varia conforme esta, mesmo mantendo sua autonomia”.¹⁵³

Considerando-se que o percentual estatístico das chances será variável de acordo com cada caso, entende-se, por consequência natural, não ser viável adotar-se uma fórmula percentual única de fácil aplicação geral a todos os casos envolvendo a perda da chance pelos tribunais. Isso porque para que uma fórmula matemática atendesse a todos os casos e suas respectivas particularidades, seria composta por tantas variáveis que certamente tornaria impossível seu uso no dia a dia das cortes judiciais.

A despeito dessa dificuldade, no entanto, parece-nos que uma regra não pode deixar de ser seguida: há de se perquirir, de forma o mais objetiva possível, o percentual matemático das chances perdidas de cura e aplicá-lo sobre o valor que seria cabível à indenização pela perda da vantagem final esperada.

Não desconhecemos, é claro, a dificuldade inerente a esse exercício, sobretudo tratando-se de vida humana, da sua perda ou da invalidez do indivíduo. No entanto, ele é fundamental para garantir a segurança jurídica aos envolvidos e a devida reparação integral à vítima.

Para desenvolver esse exercício de perquirição das chances de cura perdidas, devem os Tribunais se valerem da ciência médica por meio da atuação de peritos judiciais. Como já abordado a longo deste trabalho, parte do exercício da medicina, sobretudo a oncologia, é baseado em estatísticas e, no momento em que o juiz deve investigar quais as chances que o lesado perdeu em razão de um diagnóstico tardio ou equivocado, ou da escolha errônea de um tratamento, são esses percentuais, adequadamente adaptados à situação em concreto, que guiarão sua conclusão.

Nesse mesmo sentido, leciona Rute Teixeira Pedro que, “nesta avaliação *ex post* das chances que o doente tinha, aquando da conduta do médico, que as comprometeu, os peritos

¹⁵² PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 321-322.

¹⁵³ COUTURIER, Jean-Pierre. **D.** 1991, p. 160, apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144.

desempenharão um papel importante, assim como as informações fornecidas pelas estatísticas constituirão uma ajuda preciosa”.¹⁵⁴

Nesse contexto, diretrizes e protocolos como os preconizados pelo Ministério da Saúde, em 2014, que vieram sendo atualizados no que cabia a partir de então,¹⁵⁵ representam um recurso valioso para o exercício de quantificação da chance perdida pelos peritos judiciais. Essas *guidelines* têm por objetivo a uniformização das melhores práticas de acordo com estudos baseados em evidências que “garantam a segurança, a efetividade e a reprodutibilidade do que se protocola ou orienta”, e trazem, em relação a boa parte dos tipos de câncer, as chances percentuais de cura, sobrevida, os critérios de aferição dos prognósticos dos pacientes, etc.¹⁵⁶

Caberá, portanto, à ciência médica oncológica fornecer as informações necessárias (como, por exemplo, pelas suas consagradas *guidelines*) para que os juízes, por meio de peritos judiciais, definam de forma mais segura os percentuais de chances de cura perdidas pelos pacientes em razão da responsabilidade civil médica. Em outras palavras, deve o julgador afastar-se da prática de encontrar o valor da chance perdida com base em bom senso, experiência pessoal ou senso comum.

O percentual encontrado pelo julgador deverá ser aplicado sobre o montante correspondente aos danos decorrentes da vantagem final frustrada independentemente de sua natureza, seja ela moral ou material, e, nesse último caso, emergente ou lucros cessantes. Deve-se evitar, assim, a “desmaterialização” dos danos cuja reparação persegue a vítima.

Esse proceder dos Tribunais de optar, diante da dificuldade do caso concreto, por indenizar apenas os danos morais oriundos da perda da chance, ou mesmo “desmaterializar” os danos oriundos da perda da chance em razão da dificuldade de sua quantificação, tem sido,

¹⁵⁴ PEDRO, Rute Teixeira. **A responsabilidade civil do médico**: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 322-323.

¹⁵⁵ BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas em Oncologia**. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/diretrizes-diagnosticas-e-terapeuticas-em-oncologia>. Acesso em: 12 jun. 2019.

¹⁵⁶ Além do exemplo do câncer de mama, já trazido na seção 1.2, o documento do Ministério da Saúde traz ainda, por exemplo, a taxa de mortalidade do câncer gástrico, a qual, apesar de vir diminuindo, permanece alta: “Apesar das diferenças de incidência e dos programas de detecção precoce diferentes entre o Oriente e o Ocidente, a sobrevida em 5 anos é de cerca de 30% nos países desenvolvidos e de 20% nos países em desenvolvimento. Nesse contexto, o cálculo da perda de chances de sobrevivência de um paciente acometido por esse tipo de carcinoma nessas condições deve partir de um referencial de todo de 80% e não 100%.” Interessante notar ainda como até o país onde será apreciada a questão poderá influenciar o percentual das chances de sobrevida. Há registro também da taxa de sobrevida dos pacientes acometidos por melanomas malignos cutâneos que, apesar de ser o de pior prognóstico entre as neoplasias de pele, “nos últimos anos, principalmente devido à detecção precoce”, passou por grande melhora: “A sobrevida média mundial estimada em 5 anos é de 69%, sendo de 73% nos países desenvolvidos e de 56% nos países em desenvolvimento (3,10). O melanoma geralmente tem bom prognóstico, com altas possibilidades de cura, quando diagnosticado em estágio inicial, razão por que a prevenção e o diagnóstico precoce assumem importante papel.”

infelizmente, uma tendência já identificável,¹⁵⁷ como observado por Maria Celina Bodin de Moraes:

Pela dificuldade de quantificar certos danos patrimoniais representados pela perda de uma chance, talvez a jurisprudência brasileira esteja criando uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais, posto que estes estão sujeitos a um subjetivismo mais acentuado na sua quantificação.¹⁵⁸

A jurisprudência, no entanto, tem se mostrado hesitante. É possível identificar diversos julgados em que a valoração das chances perdidas de cura parece decorrer muito mais de critérios vagos, muitas vezes chamados nos julgados de “bom senso” e “experiência comum”, do que, efetivamente, da ponderação de dados percentuais científicos.

Em acórdão proferido no julgamento de apelação,^{159, 160} a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul condenou o médico demandado por perda da chance de cura da paciente por suposto erro de diagnóstico de um condrossarcoma grau II que a acometera, vindo ela a falecer tempos depois em razão da evolução da doença.

Tal julgado foi, anos mais tarde, integralmente reformado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça,¹⁶¹ no entanto, chama a atenção no acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância a falta de critérios minimamente objetivos para fixação das chances perdidas de sobrevivência da paciente em 50%.

Apesar de apresentar de forma detalhada todo o desenvolvimento do caso, o acórdão não faz menção a nenhum apontamento percentual das chances de sobrevivência previstos em

¹⁵⁷ A Quarta Turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial n. 1.190.180/RS, interposto por advogado para afastar condenação a ele imposta ao pagamento de indenização por danos morais por ter deixado de contestar ação movida contra seu cliente. Entendeu o TJ/RS que o autor, cliente do advogado demandado, teria perdido a chance de sagrar-se vencedor daquela outra ação. Ocorre que o pedido do cliente se referia aos danos materiais decorrentes da desídia do advogado e o TJ/RS teria deixado de apreciar esse pedido, desmaterializando os danos comprovadamente sofridos pelo autor da ação indenizatória a fim de condenar o advogado desidioso aos danos morais decorrentes daquela chance perdida. Naquele contexto, o STJ, por meio do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, entendeu pelo provimento do recurso especial interposto pelo advogado demandado para anular o julgamento da apelação por reconhecer que, tendo o acórdão recorrido tomado em consideração pedido e causa de pedir (perda de uma chance e danos morais), não deduzidos na inicial, laborou, de fato, em julgamento *extra petita*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.190.180/RS**. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 16 nov. 2010).

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, 2003, p. 37, apud SILVA, Rafael Peteffi, **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214.

¹⁵⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0003367-44.2008.8.12.0001**. 5ª C. Cível. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 10 fev. 2015.

¹⁶⁰ O acórdão mencionado ensejaria a interposição do Recurso Especial de n. 1.622.538/MS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013), já analisado neste trabalho (vide seção 1.2).

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.622.538/MS. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

literatura de um paciente com condrossarcoma grau II, com diagnóstico precoce, e à devida ponderação da queda desse percentual em casos de diagnóstico tardio, o percentual de risco de desenvolvimento de metástase, etc.

Nesse contexto, após discorrer sobre o conceito de dano moral e os critérios de sua valoração, como a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, bem como os caracteres punitivo e preventivo da indenização, a Quinta Câmara Cível, após ponderar que “a indenização fundada na aplicação da *la perte d’une chance* deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas”,¹⁶² limitou-se a assim decidir:

Desta forma, tenho que a indenização pelo dano moral há que ser fixada em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, os quais, tomando-se por base o valor vigente, equivalem a R\$ 118.200,00, já ponderando a redução do *quantum* em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima.¹⁶³

Merece destaque o fato de que, no acórdão, não há um elemento técnico sequer que leve à conclusão de que a vítima perdera 50% das chances de curar-se em razão da suposta demora injustificada do diagnóstico, o que leva à inevitável constatação de que o percentual apontado não resultou de qualquer critério minimante objetivo baseado nas estatísticas médicas, mas apenas do senso comum dos julgadores.

O mesmo problema esteve presente no julgamento da Apelação Cível n. 415.873-4 pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná,¹⁶⁴ a qual, posteriormente, ensejaria a interposição do paradigmático Recurso Especial n. 1.254.141/PR¹⁶⁵ pelo médico condenado a reparar os danos oriundos da perda da chance de cura de sua paciente acometida por câncer no seio, em razão de erro no diagnóstico, na instituição de seu tratamento cirúrgico e quimioterápico e no acompanhamento em período de remissão.

Conforme exposto na seção 1.5, naquele acórdão de apelação, a Câmara traz a íntegra da conclusão pericial, em que constam expressões caras ao exercício de fixação da indenização pelos danos decorrentes a perda da chance de cura, como: chance de cura “com probabilidade menor do que com o tratamento utilizado”; “probabilidade de cura seria muito baixa, ‘porém, com melhor qualidade de vida’”, ou mesmo que “conduta médica diversa da adotada pelo réu poderia trazer a cura à vítima”.

¹⁶² MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0003367-44.2008.8.12.0001**. 5ª C. Cível. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 10 fev. 2015.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 415.873-4**. 10ª C. Cível. Rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. 04 jun. 2009.

¹⁶⁵ Vide seção 1.5.

Além disso, o perito chegou a indicar percentuais de falecimento de pacientes com nódulos axilares negativos em recidiva do câncer em “20% (vinte por cento) a 30% (trinta por cento) de pacientes”.

Releva notar que, apesar de o perito do juízo se referir constantemente a expressões de natureza estatística, aborda apenas nessa citada oportunidade percentuais definidos. Em todas as suas outras tantas afirmações, limita-se a empregar as citadas indefinidas expressões — como “grande possibilidade”, “chance diminuída”, “incidência menor”, “probabilidade menor ou maior” — sem indicar um parâmetro objetivo, fundamentado nos estudos médicos que lhe levaram a tirar tais conclusões.

Apesar disso, o TJ/PR manteve o valor da condenação pelas chances perdidas em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) sem qualquer exercício para a sua quantificação.

Ao apreciar o caso por meio do Recurso Especial n. 1.254.141/PR, a Ministra Nancy Andrighi chega a mencionar em seu voto unanimemente vencedor que “todas as perplexidades que a aplicação dessa teoria [da perda da chance de cura] possa suscitar resolvem-se, assim, no âmbito da quantificação do dano”.¹⁶⁶

A partir daí, reconhecidos os pressupostos de aplicação da teoria ao caso, dedica um capítulo inteiro do julgado ao exercício de quantificação da chance perdida, criticando o fato de o TJ/PR ter deixado de “ponderar a redução proporcional da indenização que a Teoria da Perda da Chance recomenda”.¹⁶⁷

Desta feita, considerando que “o acórdão recorrido não reconheceu ao médico responsabilidade integral pela morte da paciente”, conclui por dar provimento ao recurso especial no ponto referente ao valor da indenização, reduzindo em 20% a indenização fixada pela sentença: “Ponderando-se todas as circunstâncias da hipótese sob julgamento, é adequado dizer que **as chances perdidas, por força da atuação do médico, têm conteúdo econômico equivalente a 80% do valor fixado pelo acórdão recorrido, a título de indenização final.**”¹⁶⁸ [grifo nosso]

A despeito do louvável trabalho de chancelar a necessidade de submeter a indenização confirmada pelo TJ/PR ao exercício de ponderação em relação às chances perdidas, parece que faltou, para uma correta conclusão, o uso de parâmetros técnicos objetivos para uma conclusão assertiva acerca dos percentuais de redução das chances de cura da paciente. Afinal, não há, no

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibidem.

acórdão, qualquer indicativo estatístico que leve, de forma assertiva, à apontada redução de 20% de chances de sobrevivência.

A nosso ver, o julgamento deveria ter sido convertido em diligência para que o perito do juízo indicasse, de acordo com a literatura médica da época,¹⁶⁹ (i) qual o percentual de cura de uma paciente acometida por câncer de mama em caso de diagnóstico precoce; (ii) qual o percentual de cura da paciente se tivesse sido submetida à mastectomia ao invés da quadrantectomia; (iii) em que percentual os corretos tratamentos quimio e radioterápico poderiam ter incrementado a chance de cura da paciente; (iv) qual a influência percentual da demora diagnóstica da recidiva nas chances de cura daquela paciente (considerando que o perito informou o percentual médio de 80% a 70% de sobrevida em caso de metástase).

A partir de um exercício de suposição, eis que tal ponto não está expresso no acórdão, resta concluir que os 20% de redução da condenação apontados no acórdão do recurso especial se refeririam ao percentual que a paciente tinha de falecer em razão da recidiva com metástase.

Contudo, esse valor também não parece correto, porque, de acordo com os esclarecimentos do perito, ainda que todo o tratamento tivesse sido corretamente conduzido, a paciente poderia ter desenvolvido metástase e, mesmo que prontamente diagnosticada e tratada, já contaria com 20% a 30% de chance de vir a falecer em razão da doença por si só, sem a interferência da falha médica.¹⁷⁰

Parece claro, assim, que não houve um exercício de ponderação das chances e aplicação do cálculo percentual das chances perdidas no caso concreto para a correta fixação da indenização.

Vê-se assim que falta um exercício primoroso de quantificação das respectivas indenizações nos casos de responsabilidade civil pela perda da chance de cura e sobrevivência. Essa falta fica mais evidente especialmente no caso do câncer, em que o tratamento (no sentido

¹⁶⁹ Em razão dos constantes avanços da ciência médica e do elevado tempo médio de julgamento de ações dessa natureza, é necessário que os trabalhos periciais fundamentem-se nos consensos científicos vigentes à época dos fatos em discussão, sob o risco de eventualmente se reconhecer a incorreção de uma conduta médica com base em parâmetros que vieram a ser aceitos e consagrados pela ciência em momento posterior à conduta analisada.

¹⁷⁰ Longe de se querer assumir aqui o papel de perito judicial, a redução percentual de 20 pontos apontada no acórdão já não se coaduna com os dados apresentados pelo Ministério da Saúde nas diretrizes diagnósticas e terapêuticas, porque a paciente, em condições ideais de tratamento, já dispunha de menos 20% de chances de sobreviver do que um indivíduo saudável. Explica-se. Se restou reconhecido pela 3ª Turma que o acórdão do TJ/RS não havia feito qualquer redução proporcional às chances perdidas pela conduta ilícita do médico réu, então, tem-se que o valor de R\$120.000,00 representa a correspondência pecuniária das chances que a vítima dispunha de sobreviver naquele momento, equivocadamente avaliadas pelo TJ/RS em 100%. No entanto, de acordo com o Ministério da Saúde, sem nenhuma avaliação técnica quanto ao prognóstico preciso daquela paciente quando tratada pelo médico réu, “a sobrevida média após cinco anos do diagnóstico”, no Brasil, “aproximada é de 80%”. Logo, o que fez a 3ª Turma foi apenas trazer o valor da condenação às chances de sobrevida que qualquer paciente disporia ao ser acometida por câncer de mama, sem, contudo, fazer a devida ponderação quanto à influência da conduta ilícita do médico na redução desse percentual.

lato da expressão) é sabidamente baseado em estatísticas, sendo não apenas permitido, mas mandatório, que o direito se valha desses parâmetros estatísticos estabelecidos pela medicina (notadamente pelos *guidelines* oncológicos) para o cálculo de indenizações por perdas de chances de cura.

Releva notar que tal prática é adotada de forma já sedimentada pelo sistema da *common law* do direito norte-americano, onde, como já visto, as chances perdidas, sobretudo nos casos de responsabilidade civil médica, são vistas como *commodities*, valoradas economicamente.

Em *Falcon v. Memorial Hospital*,¹⁷¹ a Suprema Corte de Michigan, nos Estados Unidos, condenou um hospital pelo falecimento de uma jovem mãe, em razão de uma embolia, logo após dar à luz. A perícia médica atestou que a embolia era imprevisível e inevitável. No entanto, afirmaram também que 37,5% dos pacientes que padecem do mesmo mal sobrevivem se receberem o tratamento correto uma vez instalado o quadro da embolia, o que não ocorreu com a Sra. Falcon. Em razão disso, a indenização foi fixada em 37,5% do valor que seria concedido se houvesse a responsabilização pela morte da vítima (dano final).

O amparo do julgador na ciência médica para fixação das chances perdidas já foi, inclusive, defendido por Joseph King, para quem “como uma questão puramente técnica, a valoração da chance parece incluir-se na competência da ciência”.¹⁷²

A despeito de nossa crítica quanto à plausibilidade do direito dos pais da vítima, autores da ação, ao pensionamento pleiteado,¹⁷³ a solução dada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁴ para o cômputo daquela verba indenizatória pareceu técnico e acertado. Tratava-se de uma paciente de 18 anos que veio a falecer em razão de sepse e SARA (Síndrome da Angústia Respiratória Aguda) decorrente de uma pielonefrite. Entendeu o Tribunal que o dano que o serviço hospitalar deficiente causou aos autores foi fazer com que eles perdessem a chance de, eventualmente, ter sua filha viva, caso fosse ela tempestiva e eficazmente atendida.

¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of Michigan. **Falcon v. Memorial Hosp.**, 462 N.W. 2d 44, 52 (Mich. 1990), apud SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144-145.

¹⁷² Tradução livre de: “*as a purely technical matter, valuing chance appears to be well within the competency of science*”. (KING, Joseph H., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. **The Yale Law Journal**, v. 90, n. 6, maio 1981).

¹⁷³ No caso em questão, a vítima, então com 18 anos de idade, nunca havia trabalhado até o seu falecimento. Nesse contexto, sua renda futura e o possível auxílio financeiro dela decorrente aos pais parecem-nos probabilidades muito remotas. O TJ/RS considerou, contudo, que, apesar de a filha dos autores ainda não trabalhar, plausível que assim ela o fizesse em um futuro próximo, sobretudo conjugando o fato de se tratar de família de baixa renda, presumindo a dependência de seus pais em relação à sua contribuição com a renda familiar.

¹⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0095472-91.2018.8.21.7000**. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 28 nov. 2018.

O TJ/RS valeu-se do parecer técnico médico juntado aos autos que atestava que, “à luz da documentação trazida aos autos, a chance de sobrevivência da paciente era diminuta, tal a gravidade do seu quadro e a sua rápida evolução”, razão pela qual calcularam, assim, em 25% a chance perdida de cura da vítima.

A partir disso, entenderam devida a fixação do pensionamento

em 2/3 de 25% do salário mínimo vigente na data do pagamento até que a vítima completasse 25 anos de idade, reduzindo-se a partir de então para 1/3 de 25% do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 70 anos, já que foi esse o marco final indicado na inicial, salvo se os autores vierem a falecer anteriormente a este momento. Usa-se o redutor de 25% em razão de se estar aplicando a teoria da perda de uma chance.^{175, 176}

Logo, a despeito da existência de critérios estatísticos na ciência médica oncológica tão confiáveis que se prestam a pautar a escolha do melhor tratamento pelo médico, é possível observar que, apesar de os Tribunais brasileiros se utilizarem em algumas vezes desse conceito da melhor prática com base nas estatísticas médicas para reconhecer a responsabilidade do médico, raramente se valem deles no momento da fixação da indenização.

No momento da quantificação das indenizações, a jurisprudência tem evidenciado exercícios baseados muito mais no “senso comum” e no “bom senso do julgador” do que na efetiva investigação matemática e estatística da influência daquelas chances no resultado final.

¹⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0095472-91.2018.8.21.7000**. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 28 nov. 2018.

¹⁷⁶ A redução às frações de 2/3 e 1/3 da renda auferida pela vítima em vida (ou do salário mínimo, quando não comprovada a renda) decorre de entendimento jurisprudencial já consolidado. A redução de 1/3 até os 25 anos decorre da presunção de que a vítima empregaria esse recurso em suas despesas pessoais. A partir dos 25 anos a contribuição é reduzida em mais 1/3, pois se presume que o falecido constituiria família empregando menor parte de seus recursos no auxílio aos pais: “Agravamento no Agravamento em Recurso Especial. Responsabilidade civil. Acidente. Via férrea. Culpa exclusiva da companhia demandada comprovada. Dever de indenização material e moral decidido com base nos elementos fáticos coligidos aos autos. Súmula 7/STJ. Pensionamento. Insurgência quanto ao direito de acrescer deficientemente fundamentada. Súmula 284 do STF. Pensionamento. Valor a ser estabelecido em liquidação por arbitramento. Agravamento regimental improvido. [...] 3. **Esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada no sentido de que, no caso de morte de genitor(a), a pensão aos filhos é de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade.** Acórdão que decidiu alinhado ao entendimento desta Corte. [...] 5. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravamento Regimental no Agravamento em Recurso Especial n. 789.450/RJ. 1ª T. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15 dez. 2015, p. 5 fev. 2016). “Agravamento Regimental. Agravamento em Recurso Especial. Ação de indenização. Morte da vítima. Arts. 463, II, e 535, II, do CPC. Violação. Não ocorrência. Dever de indenizar. Reexame de matéria de fato. Revisão do valor. Pensão mensal devida ao filho. Termo final. 25 anos de idade. Revisão do valor. Sucumbência. [...] 3. **Esta Corte tem firmado o entendimento de que ‘presumindo-se que a vítima teria de despendar parte de sua remuneração com gastos próprios, a pensão deve ser fixada em 2/3 da renda que auferia’** (REsp 555.302/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 25.2.2004). 4. Pensionamento devido até a idade em que o filho da vítima completa 25 anos, conforme precedentes do STJ. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravamento Regimental no Recurso Especial n. 151.072/SP**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05 fev. 2015, p. 13 fev. 2015).

Esse proceder gera profunda insegurança jurídica aos envolvidos nesse tipo de ação, e tamanha abstração pode ter reflexos diretos ainda na garantia constitucional à ampla defesa.

CONCLUSÃO: “TERAPÊUTICA” AO JUDICIÁRIO E “PROFILAXIA” AOS MÉDICOS

Este trabalho buscou analisar criticamente a aplicação da teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência pelos Tribunais, notadamente no pioneiro Recurso Especial n. 1.254.141/PR,¹⁷⁷ bem como nos demais acórdãos que o sucederam naquela Corte, sem deixar de lado alguns acórdãos proferidos em Tribunais de Justiça estaduais e federais cujos conteúdos se coadunam com o tema deste trabalho, a fim de conectar esse acervo jurisprudencial com a ciência médica.

Para tanto, buscou-se analisar os critérios da aplicação da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência aos casos oncológicos a partir das características do diagnóstico, do tratamento e do período de remissão, por meio da abordagem do diagnóstico difícil, da demora diagnóstica injustificada, do que se compreende como tratamento correto de acordo com o atual estágio da ciência e de como as diferenças de estruturas e condições entre as diversas medicinas que convivem no Brasil podem influenciar nas chances de cura e sobrevida do paciente.

Por fim, examinou-se a postura ainda vacilante dos tribunais quanto ao tormentoso exercício de valoração das indenizações pelos danos oriundos da chance perdida de cura e sobrevivência.

Os objetivos principais — os quais serão desenvolvidos a seguir — foram, portanto:

- Identificar os argumentos jurídicos e médicos que fundamentam as decisões judiciais;
- Desenvolver parâmetros para decisões jurídicas e médicas com base nos padrões normativos adequados identificados.

Sugestão “terapêutica” para os Tribunais

No curso da pesquisa realizada, foi possível observar que a aplicação da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência pelos tribunais já é uma realidade. A teoria, principalmente a partir do paradigmático acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.254.141/PR, alastrou-se pelos Tribunais brasileiros.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 20 fev. 2013.

Entretanto, foi possível observar que sua popularização não vem sendo acompanhada dos mais rigorosos e técnicos critérios de análise da seriedade e, sobretudo, de valoração da chance perdida.

A teoria da perda da chance de cura e sobrevivência alia duas áreas do conhecimento humano: direito e medicina. A partir dessa óbvia afirmação, não há como o aplicador do direito aplicá-la sem estar devida e totalmente alicerçado em conhecimento técnico médico, o que, na prática, se dá por meio da atuação dos peritos judiciais.

Essa conclusão pode parecer óbvia, mas, na prática, não tem ocorrido da forma mais adequada.

A medicina é talvez a ciência cujos resultados estejam mais distantes do controle humano. Muito além do atuar do médico, dos recursos clínicos, tecnológicos, exames, drogas, etc., o sucesso de um tratamento clínico está sujeito às características do organismo de cada paciente, ao seu poder de reação à agressão da doença, e, para aqueles que acreditam, até às forças divinas e ao imponderável.

No câncer, médicos e pacientes enfrentam diariamente o clássico dilema da luta entre a vida e a morte. A corrida para o fechamento do diagnóstico, os recursos de tratamento, a raridade da condição clínica ou a sua gravidade, as comorbidades ou diferentes estágios da evolução da doença são todos fatores que influenciam o atuar médico e a participação de sua conduta nas chances de cura e sobrevida do paciente.

Contudo, muito pouco se vê essa abordagem no compilado jurisprudencial sobre o tema. É, portanto, nesse contexto que este trabalho pretende sugerir parâmetros para decisões judiciais com base também em argumentos médicos, notadamente:

- A análise da seriedade da chance perdida de cura ou sobrevivência do paciente oncológico deve se pautar em critérios médicos objetivos. Os *guidelines* de oncologia — como, por exemplo, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, ou mesmo protocolos oncológicos internacionais adotados no Brasil —, como documentos reconhecidos que são para orientar condutas e protocolos institucionais, são uma importante ferramenta para esse exercício;
- O exame judicial do erro ou demora de diagnóstico deve se pautar pela análise da natureza daquela atividade e pelas suas características no caso concreto: se diagnóstico complexo ou evidente;

- Manutenção da postura ponderada dos Tribunais quanto à responsabilização por erro de diagnóstico apenas nos casos de erro crasso (demora ou erro injustificado, por negligência médica);
- Necessidade de ponderação judicial no sentido de que o paciente portador de um tipo de câncer de alta dificuldade diagnóstica pode não dispor de chances sérias e reais de um diagnóstico célere e correto;
- A análise judicial quanto à correta indicação de tratamento oncológico deve considerar que o consenso científico de acordo com o atual estágio da oncologia (Tratamento *Gold Standard*) comporta exceções, eis que a medicina não é uma ciência exata. A evolução da oncologia, a multiplicidade de opções e a maior sobrevida de pacientes têm exigido dos médicos atuação para além dos tratamentos *Gold Standard*.
- A avaliação judicial deve ponderar se o afastamento do médico das opções ouro pode ter se dado em razão do seu exaurimento ou mesmo incompatibilidade para o melhor tratamento do paciente;
- O médico não pode ser responsabilizado pela recidiva da doença em si, caso o tratamento anterior tenha sido bem instituído. A responsabilidade médica se restringe a eventual culpa (mais comumente negligência) no acompanhamento de seu paciente no período de remissão;
- A análise da responsabilidade civil médica pela perda da chance de cura pelo não emprego do “melhor tratamento de acordo com o atual estágio da ciência” não pode ser realizada isoladamente, sem se considerar as substanciais diferenças técnicas e estruturais entre as diferentes medicinas hoje praticadas no Brasil, a acessibilidade a médicos e recursos oncológicos, sobretudo, mas não se limitando às realidades das saúdes pública e privada;
- O exercício de valoração da chance perdida deve se basear na ciência médica. É a prova pericial médica que deve apontar, com base nos *guidelines* médicos, além da existência de culpa médica, em qual percentual ela contribuiu para a perda de chance de cura do paciente;
- Os danos decorrentes da chance perdida devem ser individualmente indenizados de acordo com suas respectivas naturezas, evitando-se substituir danos patrimoniais de difícil comprovação por danos morais presumidos;
- O paciente acometido pelo câncer raramente dispõe de 100% de chance de cura e sobrevida. Logo, o “todo” sobre o qual serão calculas as chances que lhe foram

subtraídas pelo médico deve observar preferencialmente os protocolos e diretrizes oncológicas também quanto aos percentuais gerais de cura e sobrevida de acordo com cada espécie de neoplasia, individualizados a partir do prognóstico do paciente, avaliado também de acordo com os critérios desses *guidelines*.

Sugestão “profilática” para os oncologistas

O médico tem por obrigação deontológica e legal dedicar ao seu paciente toda a sua atenção, agindo sempre em benefício de seu paciente, com o máximo de zelo e de sua capacidade profissional,¹⁷⁸ guardando em relação a ele o mais absoluto respeito.¹⁷⁹

Nesse mister, não deve deixar de exercer sua profissão com autonomia,¹⁸⁰ sem, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.¹⁸¹

Ciente desse contexto, esta pesquisa não pretende, de forma alguma, fazer proposições que limitem a autonomia dos médicos na tomada de decisões terapêuticas, mas, sim, apresentá-lhes o panorama acerca do atual posicionamento jurisprudencial em relação à teoria da perda da chance de cura e sobrevivência do paciente oncológico, a fim de permitir aos médicos o uso de parâmetros para decisões médicas autônomas com base também nos padrões normativos identificados, especialmente:

- A chance perdida de cura e sobrevivência é um dano por si só. Assim, mesmo que o paciente oncológico já esteja desprovido de chances de se curar, o médico pode ser responsabilizado por não se utilizar de todos os recursos diagnósticos e de tratamento a seu alcance, por ceifar seu paciente das chances de obter o melhor tratamento

¹⁷⁸ O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (Resolução CFM n. 2.217/2018 – Código de Ética Médica, capítulo I – Princípios Fundamentais, inciso II)

¹⁷⁹ O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade. (Resolução CFM n. 2.217/2018 – Código de Ética Médica, capítulo I – Princípios Fundamentais, inciso VI)

¹⁸⁰ O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. (Resolução CFM n. 2.217/2018 – Código de Ética Médica, capítulo I – Princípios Fundamentais, inciso VII)

¹⁸¹ O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho. (Resolução CFM n. 2.217/2018 – Código de Ética Médica, capítulo I – Princípios Fundamentais, inciso VIII)

disponível, ou de um maior tempo de sobrevida, ou de gozar de melhor qualidade de vida nesse período, por exemplo;

- O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja um erro grosseiro. O que se coloca sob exame judicial, nessa análise, é a conduta do médico no desenrolar da atividade diagnóstica: se a atuação foi diligente e prudente com o uso de todos os recursos técnicos e intelectuais que estavam a seu alcance para conclusão diagnóstica;
- A análise dos tribunais quanto à adequação do tratamento oncológico empregado se baseia no conceito de “melhor tratamento de acordo com o estágio atual da ciência”, consagrando, portanto, o consenso e os protocolos e diretrizes científicos como norteadores para a avaliação jurídica da conduta médica;
- Se for necessário se desviar das opções de tratamento *Gold Standard* em razão das peculiaridades do paciente, é importante que esta opção esteja muito bem descrita em prontuário médico e que o paciente seja informado e esclarecido acerca das escolhas de tratamento. Ao paciente cabe a palavra final quanto ao seu tratamento;
- Apesar de não poder ser responsabilizado pela recidiva da doença, o médico pode ser responsabilizado pela perda da chance de cura e sobrevivência em caso de culpa (mais comumente negligência) no acompanhamento do paciente no período de remissão da doença.

Acredita-se que, com uma maior aproximação da realidade da oncologia e a observação das diretrizes ora sugeridas, os aplicadores do direito poderão tomar decisões mais próximas da realidade médica quanto ao emprego da teoria da perda da chance de cura e sobrevivência do paciente oncológico nos casos de responsabilidade civil e, por sua vez, os médicos oncologistas, conhecedores do contexto judicial sobre seu atuar profissional, poderão tomar decisões, autônomas, sim, porém, mais conscientes quanto aos padrões normativos identificados ao longo desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. Teoria de perda de chance é aplicada a erro médico. **Valor Econômico**, 17 dez. 2012. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/2941916/teoria-de-perda-de-chance-e-aplicada-erro-medico>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ALVIM, Agostinho, Da inexecução das obrigações e suas consequências. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 207-208.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. **Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTr, v. 120, p. 609-616, 2012.

BIAZZI, Renato. Instituto do Câncer Dr. Arnaldo irá reduzir pela metade o número de cirurgias de alta complexidade por mês. **G1**, 6 abr. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/instituto-do-cancer-ira-reduzir-pela-metade-numero-de-cirurgias-de-alta-complexidade-realizadas-por-mes.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2018.

BITENCOURT, Rodrigo Sérgio Gomes. O avanço da responsabilidade civil sob a ótica da perda da chance. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 16, n. 62, p. 262-273, abr./set., 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.752/2012**. 25 abr. 2012. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=542553>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. **Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas em Oncologia**. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/diretrizes-diagnosticas-e-terapeuticas-em-oncologia#ano2015>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornada de Direito Civil, 5. **Enunciado n. 444**. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 10. 406/2002**. 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.078/1990**. 11 set. 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. **Blog da Saúde**, 2 jun. 2015. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/35588-71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Onde tratar pelo SUS**. [s.d.]. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/ondetratarsus>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 909.233/PR**. 3ª T. Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 832.397/ES**. 3ª T. Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 140.251/MS**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 789.450/RJ**. 1ª T. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 15 dez. 2015, p. 5 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.220.911/RS**. 2ª T. Rel. Min. Castro Meira, j. 17 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 151.072/SP**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05 fev. 2015, p. 13 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 553.104/RS**. 4ª T. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.079.185/MG**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 11 nov. 2008, p. 4 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.104.665/RS**. 3ª T. Rel. Min. Masami Uyeda, j. 09 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.184.128/MS**. 3ª T. Rel. Min. Sidney Beneti, j. 08 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.190.180/RS**. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 16 nov. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.254.141/PR**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 04 dez. 2012, p. 20 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.622/DF**. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.591.178/RJ**. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.338/SP**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.622.538/MS**. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.677.083/SP**. 3ª T. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 14 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 153.098/PE**. 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins, j. 29 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 351.178/SP**. 4ª T. Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 24 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 555.302/PR**. 4ª T. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, p. 25 fev. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 788.459/BA**. 4ª T. Rel. Min. Fernando Gonçalves, p. 11 set. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. 3 jul. 1990.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5013520-47.2011.404.7100**. 4ª T. Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. 15 mar. 2017.

BRUER, Robert S. Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases. **Missouri Law Review**, v. 59, n. 4, p. 969-996, inverno 1994, p. 983.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 139, ago. 2012.

CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Direito do Consumidor**, v. 23, n. 95, p. 291-309, set./out. 2014.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COLLUCCI, Cláudia. Paciente deve aguardar 5 anos para cura total. **Folha de São Paulo**, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2606200919.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

COSTA, Gislene Barbosa da. STJ adota teoria da perda da chance em erro médico. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-21/gislene-costa-stj-adota-teoria-perda-chance-erro-medico>. Acesso em: 15 fev. 2019.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; Souza, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**: v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: v. 7: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENTENDA como funciona o tratamento de câncer no Brasil. **iG: Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://saude.ig.com.br/minhasaude/entenda-como-funciona-o-tratamento-de-cancer-no-brasil/n1597350811723.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIOSTRI, Hilegard Taggesell. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. [Rev. atual. Edvaldo Brito].

GONDIM, Glenda Gonçalves. A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 922, p. 611, ago. 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev. atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011. [2 v.].

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 em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KING, Joseph H., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. **The Yale Law Journal**, v. 90, n. 6, maio 1981.

KOWALSKI, Luiz Paulo. Câncer: o diagnóstico precoce é o melhor tratamento. **Revista Veja**. 02 fev. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/cancer-o-diagnostico-precoce-e-o-melhor-tratamento>. Acesso em: 23 set. 2018.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne ; PORCHY-SIMON, Stéphanie. **Droit du dommage corporel** : systèmes d'indemnisation. 8. ed. Paris: Dalloz, 2016.

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

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º ao 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0003367-44.2008.8.12.0001**. 5ª C. Cível. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 10 fev. 2015.

MELO, Raimundo Simão. Indenização pela perda de uma chance. **Revista LTr**, v. 71, n. 4, abr. 2007.

NICOLAS, Guy. **A responsabilidade médica**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Lucilene. Hospital de câncer no centro de SP desativa andar por falta de verba. **Folha de São Paulo**, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1878994-instituto-de-cancer-no-centro-de-sp-desativa-andar-por-falta-de-verba.shtml>. Acesso em: 28 out. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 415.873-4**. 10ª C. Cível. Rel. Des. Albino Jacomel Guérios, j. 04 jun. 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise económica da responsabilidade civil médica**. Lisboa: AAFDL, 2017.

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

PENNEAU, Jean. **La responsabilité du médecin**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2004.

PESQUISA mostra que quase 70% dos brasileiros não têm plano de saúde particular. **Época Negócios**, 22 fev. 2018. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2018/02/pesquisa-mostra-que-quase-70-dos-brasileiros-nao-tem-plano-de-saude-particular.html>. Acesso em 15/08/2018.

POMPEU, Carolina. Unidades do SUS podem ter prazo máximo de 30 dias para atendimento. **Câmara Notícias**, 23 jul. 2012. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/422921-UNIDADES-DO-SUS-PODEM-TER-PRAZO-MAXIMO-DE-30-DIAS-PARA-ATENDIMENTO.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0015086-77.2008.8.19.0211**. 25ª C. Cível. Rel. Des. JDS Isabela Pessanha Chagas, p. 14 dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0271281-10.2012.8.19.0001**. 25ª C. Cível. Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. 15 jul. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0285220-91.2011.8.19.0001**. 13ª C. Cível. Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, p. 21 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.222.132/RS**. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 3 dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0095472-91.2018.8.21.7000**. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 28 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0355390-47.2015.8.21.7000**. Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, j. 28 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0029018-71.2014.8.21.7000**. 9ª C. Cível. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 26 mar. 2014, p. 4 abr. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda da chance como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2017.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 11, n. 43, p. 167-186, 2008.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTINI, Luiz Antônio; SILVA, Ronaldo Corrêa Ferreira da. O câncer de mama e o senso comum. **Folha de São Paulo**, 7 mar. 2014. Disponível em: <https://www.cancer.org.br/o-cancer-de-mama-e-o-senso-comum>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0001081-67.2015.8.26.0160**. 7ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Relator Luis Mario Galbetti, j. 12 dez. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 004460-03.2012.8.26.0457**. 4ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Maia da Cunha, p. 28 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0144921-44.2003.8.26.0100**. 10ª C. Dto. Privado. Rel. Des. Relator José Araldo da Costa Telles, j. 22 ago. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1017241-68.2017.8.26.0003**. 2ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Rosângela Telles, p. 04 fev. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0019131-42.2007.8.26.0510**. 3ª C. Dto. Priv. Rel. Des. Egídio Giacoia, j. 18 mar. 2014, p. 01 abr. 2014.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**: t. 1 : le sources de la responsabilité civile. 12. ed. Paris: LGDJ, 1951.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**: t. 2 : conséquences et aspects divers de la responsabilité. 12. ed. Paris: LGDJ, 1951.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHEFFER, Mário (Coord.). **Demografia Médica no Brasil 2018**. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018. [Equipe de pesquisa: Alex Cassenote; Aline Gil Alves Guilloux; Aureliano Biancarelli; Bruno Alonso Miotto; Giulia Marcelino Mainardi].

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável: pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão? **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 12, n. 48, p. 87-101, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Cassia Bertassone da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 2, n. 19, p. 574-567, 1ª quinzena out. 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade pela perda de uma chance: rico exemplo da circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais. **Empório do Direito**, 17 abr. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/backup/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva>. Acesso em: 20 dez. 2017.

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 Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, v. 9, n. 36, p. 24-49, 2006.

STAUTON, Patricia; CHIARELLA, Mary. **Law for Nurses and Midwives**. 7. ed. New South Wales (Australia): Churchill Livingstone; Elsevier, 2012. [Kindle].

TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2011.

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas; SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; RABELO, Cesar Leandro de Almeida Rabelo. A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações jurídicas civis e do trabalho. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 3, n. 12, 2012.

XAVIER, Luiz Gustavo. Comissão fixa prazo de 30 dias para exames e início de tratamento de câncer pelo SUS. **Câmara Notícias**, 09 out. 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/546262-COMISSAO-FIXA-PRAZO-DE-30-DIAS-PARA-EXAMES-E-INICIO-DE-TRATAMENTO-DE-CANCER-PELO-SUS.html>. Acesso em: 28 set. 2018.

APÊNDICES

APÊNDICE A – Distribuição de UNACONs e CACONs pelo país¹⁸²

Estado da federação	Cidade	Tipo	Quantidade
ACRE	RIO BRANCO	UNACON	1
AMAZONAS	MANAUS	UNACON	1
AMAPÁ	MACAPÁ	UNACON	1
PARÁ	BELÉM	CACON	1
	SANTARÉM	UNACON	1
RORAIMA	BOA VISTA	UNACON	1
RONDÔNIA	CACOAL	UNACON	1
	PORTO VELHO	UNACON	2
TOCANTINS	PALMAS	UNACON	1
	ARAGUAÍNA	UNACON	1
MATO GROSSO	CUIABÁ	UNACON	3
	RONDONÓPOLIS	UNACON	1
	SINOP	UNACON	1
GOIÁS	GOIÂNIA	CACON	1
		UNACON	2
	ANÁPOLIS	UNACON	2
MATO GROSSO DO SUL	CAMPO GRANDE	UNACON	4
	CORUMBÁ	UNACON	1
	DOURADOS	UNACON	1
	TRÊS LAGOAS	UNACON	1
MARANHÃO	SÃO LUIZ	UNACON	2
	IMPERATRIZ	CACON	1
		UNACON	1
PIAUÍ	TERESINA	CACON	1
	PARNAÍBA	UNACON	1
CEARÁ	FORTALEZA	CACON	1
		UNACON	7
	BARBALHA	UNACON	1
	SOBRAL	CACON	1
RIO GRANDE DO NORTE	NATAL	CACON	1
		UNACON	4
	MOSSORÓ	UNACON	2

¹⁸² Tabela elaborada com dados de: BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer. **Onde tratar pelo SUS**. [s.d.]. Disponível em <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/ondetratarsus>. Acesso em: 28 set. 2018.

ESPÍRITO SANTO	VITÓRIA	CACON	1
		UNACON	3
	CACHOEIRO DO ITAPEMIRIM	UNACON	1
	COLATINA	UNACON	1
	VILA VELHA	UNACON	1
RIO DE JANEIRO	RIO DE JANEIRO	CACON	2
		UNACON	10
		HOSPITAL GERAL COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	1
	BARRA MANSA	UNACON	1
	CABO FRIO	UNACON	1
	CAMPOS DOS GOYTACAZES	UNACON	3
	ITAPERUNA	UNACON	1
	NITERÓI	UNACON	1
		HOSPITAL GERAL COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	1
	PETRÓPOLIS	UNACON	2
	RIO BONITO	UNACON	1
	TERESÓPOLIS	UNACON	1
	VASSOURAS	UNACON	1
	VOLTA REDONDA	UNACON	1
SÃO PAULO	SÃO PAULO	CACON	7
		UNACON	8
		HOSPITAIS GERAIS COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	2
	ARAÇATUBA	UNACON	1
	ARARAQUARA	UNACON	1
	ASSIS	UNACON	1
	AVARÁ	UNACON	1
	BARRETOS	CACON	1
	BAURU	UNACON	1
	BOTUCATU	UNACON	1
	BRAGANÇA PAULISTA	UNACON	1
	CAMPINAS	CACON	1
		UNACON	3
	CATANDUVA	UNACON	1
	DIADEMA	HOSPITAL GERAL COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	1
	FRANCA	CACON	1
	GUARATINGUETÁ	UNACON	1
	GUARUJÁ	UNACON	1
	JACAREÍ	UNACON	1

	JALES	UNACON	1
	JAÚ	CACON	1
	JUNDIAÍ	UNACON	1
	LIMEIRA	UNACON	1
	MARÍLIA	CACON	1
		UNACON	1
	MOGI	UNACON	1
	MOGI GUAÇU	UNACON	1
	PARIQUERA-AÇU	UNACON	1
	PIRACICABA	UNACON	2
	PRESIDENTE PRUDENTE	UNACON	3
	RIBEIRÃO PRETO	CACON	2
		UNACON	1
	RIO CLARO	UNACON	1
	SANTO ANDRÉ	UNACON	3
	SANTOS	CACON	1
		UNACON	22
	SÃO BERNARDO DO CAMPO	UNACON	1
		HOSPITAL GERAL COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	1
	SÃO CAETANO	UNACON	1
	SÃO CARLOS	UNACON	1
	SÃO JOÃO DA BOA VISTA	UNACON	1
	SÃO JOSÉ DO RIO PRETO	CACON	1
		UNACON	1
	SÃO JOSÉ DOS CAMPOS	UNACON	3
	SOROCABA	UNACON	3
	TABOÃO DA SERRA	HOSPITAL GERAL COM CIRURGIA ONCOLÓGICA	1
	TAUBATÉ	UNACON	1
	TUPÃ	UNACON	1
PARANÁ	CURITIBA	CACON	1
		UNACON	5
	APUCARANA	UNACON	1
	CAMPINA GRANDE DO SUL	CACON	1
	CAMPO MOURÃO	UNACON	1
	CAMPO LARGO	UNACON	1
	CASCAVEL	CACON	1
		UNACON	1
	GUARAPUAVA	UNACON	1
	FOZ DO IGUAÇU	CACON	1
	FRANCISCO BELTRÃO	UNACON	1

	LONDRINA	CACON	1
		UNACON	1
	MARINGÁ	UNACON	3
	PATO BRANCO	UNACON	1
	PONTA GROSSA	UNACON	1
SANTA CATARINA	FLORIANÓPOLIS	UNACON	4
		HEMATOLOGIA	1
	BLUMENAU	UNACON	2
	CHAPECÓ	UNACON	1
	CRICIÚMA	UNACON	1
	ITAJAÍ	UNACON	1
	JARAGUÁ DO SUL	UNACON	1
	JOAÇABA	UNACON	1
	JOINVILLE	CACON	1
		UNACON	1
	LAGES	UNACON	1
	PORTO UNIÃO	UNACON	1
	TUBARÃO	UNACON	1
RIO GRANDE DO SUL	PORTO ALEGRE	CACON	2
		UNACON	3
	BAGÉ	UNACON	1
	BENTO GONÇALVES	UNACON	1
	CACHOEIRA SUL	UNACON	1
	CANOAS	UNACON	1
	CARAIZINHO	UNACON	1
	CAXIAS DO SUL	UNACON	2
	CRUZ ALTA	UNACON	1
	ERECHIM	UNACON	1
	IJUÍ	CACON	1
	LAJEADO	UNACON	1
	NOVO HAMBURGO	UNACON	1
	PASSO FUNDO	UNACON	2
	PELOTAS	UNACON	2
	RIO GRANDE	UNACON	1
	SANTA CRUZ DO SUL	UNACON	1
	SANTA ROSA	UNACON	1
	SÃO LEOPOLDO	UNACON	1
	SANTA MARIA	UNACON	1
	URUGUAIANA	UNACON	1

APÊNDICE B – Termo de Autorização de Uso e Confidencialidade¹⁸³

Eu, _____, portador do RG n.º _____ e CRM/___ n.º _____, autorizo Bianca Maria de Souza Macedo Pires a utilizar e registrar as declarações feitas por mim na entrevista realizada no dia 01/08/2018, resguardado o sigilo quanto a minha identidade, em seu trabalho acadêmico de conclusão do mestrado profissional da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo.

São Paulo, 01 de agosto de 2018

¹⁸³ A autora informa que consta seu nome de solteira no Termo de Autorização de Uso e Confidencialidade.