

Teoria da perda de uma chance: atraso no tratamento do câncer e aumento da mortalidade

Loss of a chance theory: delay in cancer treatment and increased mortality

Bruno Karaoglan Oliva¹

RESUMO: A Teoria da Perda de uma Chance, mesmo sem preceito legal específico no ordenamento jurídico pátrio, encontra amplo respaldo na doutrina e na jurisprudência há alguns anos. Para sua ocorrência na responsabilização civil, necessário demonstrar a certeza da probabilidade de obtenção de lucro ou de evitar uma perda certa, real e atual. O objetivo deste trabalho visa analisar o recente artigo científico publicado em novembro de 2020 pelo *The British Medical Journal* e aplicá-lo à Teoria da Perda de uma Chance. Isto porque, nesse estudo concluiu-se que o atraso por um mês no tratamento do câncer (cirurgia, quimioterapia ou radioterapia) aumenta a mortalidade do paciente de 6% a 13% – risco esse aumentando quanto mais tempo se demore o tratamento.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Perda de uma Chance. Direitos Fundamentais. Tratamento do Câncer. Atraso. Mortalidade.

ABSTRACT: *The Loss of Chance Theory, even without a specific legal precept in the Brazilian legal system, has been widely supported by Brazilian doctrine and jurisprudence for some years. For its occurrence in civil liability, it is necessary to demonstrate the certainty of the probability of obtaining a profit or avoiding a certain, real and current loss. The aim of this work is to analyze the recent scientific article published in November 2020 by The British Medical Journal and apply it to the Loss of a Chance Theory. This is because, in this study, it was concluded that delay of one month in cancer treatment (surgery, chemotherapy ou radiotherapy) increases patient mortality from 6% to 13% - this risk increasing the longer the treatment takes.*

KEYWORDS: *Loss of a Chance Theory. Fundamental rights. Cancer Treatment. Delay. Mortality.*

INTRODUÇÃO

Inexiste, na legislação pátria, uma previsão legal específica que conceitue a perda de uma chance, novel espécie de dano da responsabilização civil que tem sido aplicada no Judiciário brasileiro há pelo menos duas décadas.

Por analogia, sua fundamentação legal sustenta-se nos direitos e nas garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1998, assim como nos princípios gerais trazidos pelo Código Civil de 2002.

A perda de uma chance é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparação pela subtração de uma oportunidade futura.

Embora o resultado seja incerto e impossível de ser demonstrado, o dano consiste "na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo" (NORONHA, 2003).

¹ Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília de Santos (Unisantia). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Sócio-Fundador da Associação Brasileira dos Usuários do Sistema Único de Saúde (ABUSUS). Formado em Direito pela Universidade Santa Cecília de Santos (Unisantia).

No presente texto, busca-se cotejar essa ideia com o artigo publicado em novembro de 2020 pela revista científica *The British Medical Journal*, que revisou publicações no Medline² de 1º de janeiro de 2000 a 10 de abril de 2020 e reuniu dados de 1.2 milhão de pacientes do Reino Unido e do Canadá, concluindo que o atraso de tratamento por um mês aumenta a mortalidade do paciente de 6% a 13% – risco esse aumentando quanto mais tempo não se realiza a cirurgia, a quimioterapia ou a radioterapia.

Assim, a Teoria da Perda de uma Chance surge como fundamento do dever de indenizar pelo atraso no tratamento contra o câncer no serviço público (Sistema Único de Saúde – SUS) ou no sistema particular (Saúde Suplementar).

1 SURGIMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance foi desenvolvida na França (*laperte d'une chance*), com posterior aplicação na Inglaterra (*loss-of-a-chance*), visando indenizar o evento danoso acarretado pela perda de uma chance de obter um proveito determinado ou ainda de evitar uma perda.

O precedente, no direito francês, foi o caso apreciado pela Corte de Cassação, em 17 de julho de 1889 (SILVA, 2006), que concedeu indenização à perda provocada pela conduta negligente de um oficial ministerial, que impediu o prosseguimento do procedimento e, conseqüentemente, a possibilidade de ganhar o processo.

Em seguida, em um caso inglês de 1911, conhecido como *Chaplin V. Hicks*³, a vítima estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza e teve sua chance interrompida, uma vez que o infrator a impediu de participar da última etapa do concurso. Em razão disso, entendeu-se que a vítima teria 25% de chances de ser a vencedora.

A perda de uma chance foi objeto de estudo e análise na Itália, na década de 1940, quando Giovanni Pacchioni tratou do assunto na obra “*Diritto Civile Italiano*” (SAVI, 2006), reportando-se aos casos trazidos pelas doutrinas francesa e inglesa.

Por se tratar de uma espécie nova de dano no Direito brasileiro sua identificação, caracterização e conceituação ainda não estão consagradas na legislação pátria.

Considerado por muitos doutrinadores como “*leading case*” no Direito Brasileiro, o Recurso Especial nº 788.549/BA, julgado em 08/11/2005 e relatado pelo Ministro do STJ Fernando Gonçalves, aplicou a “perda da oportunidade” (que viria a se tornar a Teoria da Perda de uma Chance) no caso do “*Show do Milhão*”⁴.

² MEDLINE® é uma sigla em inglês para Sistema Online de Busca e Análise de Literatura Médica (Medical Literature Analysis and Retrieval System Online). É a base de dados bibliográficos da Biblioteca Nacional de Medicina dos Estados Unidos da América (US National Library of Medicine - NLM).

³ Cf. [1911] 2 KB 786, Court of Appeal of England And Wales

⁴ Neste caso, a vítima alegou que a última pergunta do programa foi erroneamente formulada, por isso, perdera a chance de obter o prêmio máximo do jogo, ou seja, um milhão de reais. Isto porque, na última etapa do programa, realizou-se à vítima a pergunta sobre o percentual do território brasileiro que a Constituição Federal reconhecia aos índios, tendo como alternativas: 22%, 2%, 4% ou 10%. Sem saber responder à esta indagação, a vítima desistiu e, assim, recebeu R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), conforme regra do programa. No entanto, como a vítima posteriormente verificou que nenhuma das alternativas encontrava respaldo na Constituição Federal de 1988, ajuizou ação pleiteando o valor integral do prêmio em razão da questão mal formulada, ou seja, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Na primeira instância, a teoria da perda de uma chance foi acolhida, integralmente no valor pleiteado. Após análise do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça da Bahia

2 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A responsabilidade civil consiste na obrigação legal de que cada um tem de reparar o prejuízo causado em decorrência de seu ato (comissivo ou omissivo) perante terceiros, sujeitando-se ao pagamento de uma compensação pecuniária.

Na hierarquia das leis, encontra-se em primeiro lugar a Constituição Federal, de maneira que por esta começará a análise da perda de uma chance.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consoante consagra a Constituição Federal de 1988, está o de construir uma sociedade livre, “justa” e solidária, conforme artigo 3º, inciso I.

Diante dessa necessidade trazida pela Lei Maior de conceder à sociedade brasileira a proteção dos seus direitos com o respeito às garantias individuais, principalmente, com “dignidade à pessoa humana”, conforme previsto no artigo 1º, inciso III, é que algumas interpretações no Direito Brasileiro estão sendo aclaradas com o passar do tempo.

Percebe-se, assim, que Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira criação dogmática, influenciando, sobremaneira, a formulação dos institutos do Direito Civil.

Apesar da ausência de expressa disposição legal sobre a perda de uma chance, a Constituição Federal, nos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I e também o 5º, incisos V e X, consagra ao Direito da Responsabilidade Civil situações mercedoras da tutela do Estado, principalmente no reconhecimento de novos institutos jurídicos.

Diante disso, como Código Civil de 2002 utilizou-se de um conceito amplo de dano (cláusula aberta), não impedindo, nem restringindo, interpretações extensivas, a perda de uma chance deriva também do “caput” do artigo 927, consagrando que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, presumindo-se, portanto, que “todo” e “qualquer” tipo de dano mereça a devida reparação.

Ao contrário do preceito acima que não aponta para qual o dano abarcado (considera-se dano material, moral, estético e perda da chance), o disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002 apenas ressalta que existe violação ao direito ainda que o dano seja exclusivamente moral, ditando que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O saudoso Silvio Rodrigues dizia que “Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontrada no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de reparar” (RODRIGUES, 1979).

negou provimento ao recurso do infrator, mantendo a sentença. No Superior Tribunal de Justiça, houve provimento em parte do recurso especial interposto pelo infrator, não para afastar a perda de uma chance, mas para reduzir a indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), que representava a probabilidade que a vítima possuía, ou seja, percentual de 25% que representam as quatro perguntas. Entretanto, a despeito de acertadamente ficar reconhecida a Teoria da Perda de uma Chance, entende-se, “data maxima venia”, que seu desfecho no Superior Tribunal de Justiça não ocorreu de modo adequado, pois, ao indenizar a vítima com apenas 25% do valor máximo, considerarse-ia que uma entre as quatro alternativas estivesse correta, porém, não é isso, na medida em que, se todas as alternativas formuladas no programa estavam incorretas, a reparação deveria ser mantida na integralidade, seja para reparar adequadamente a vítima, seja para aplicar o critério de desistímulo (pedagógico) ao infrator!

Na toada da incidência do Código Civil de 2002 para fundamentação legal da perda de uma chance, o Ministro do STJ Ricardo Villas Boas Cueva, em 20/08/2019, ponderou no Recurso Especial nº 1.757.936/SP que

“a reparação dos danos pela perda de uma chance encontra fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, que estabelecem, respectivamente, uma cláusula geral de responsabilidade civil, utilizando um conceito amplo de dano, e o dever de reparar como consequência da prática de ato ilícito. Assim, ao adotar essa técnica legislativa, os danos passíveis de reparação não são apenas aqueles enumerados pelo legislador, a exemplo dos incisos I e II do artigo 948 do CC/2002, podendo abranger também a chance perdida, desde que estejam comprovados a prática do ato lesivo e o nexo causal entre a conduta do ofensor e a perda da chance.”

E com base no critério da extensão do dano prevista no artigo 944 do Código Civil de 2002 no sentido de que “A indenização mede-se pela extensão do dano”, que inexistente qualquer óbice legal para a apuração, mensuração e arbitramento da indenização pela perda de uma chance.

Portanto, as proteções constitucionais com a dignidade da pessoa humana e com a integral reparação dos danos servem, a nosso ver, para a criação da perda de uma chance.

3 DEFINIÇÃO E REQUISITOS

A Teoria da Perda de uma Chance, que possui base na analogia e no direito comparado, está sendo recebida por parte da doutrina e da jurisprudência como sendo uma quarta categoria de dano na responsabilidade civil. São elas: (i) danos materiais; (ii) danos morais; (iii) danos estéticos e (iv) perda de uma chance.

A perda de uma chance é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparação, independentemente da certeza de um resultado, ou seja, da subtração de uma oportunidade futura.

Nessa seara, para a ocorrência da perda de uma chance faz-se necessária a presença do seguinte requisito: a certeza da probabilidade.

Embora o resultado seja incerto e impossível de ser demonstrado ante a interrupção da cadeia de eventos, o dano deve ser certo e consistir "na possibilidade que havia, por ocasião da oportunidade que ficou perdida, de obter o benefício, ou de evitar o prejuízo" (NORONHA, 2003).

Para os irmãos Mazeaud, “a perda de uma chance não é apenas um prejuízo hipotético, mas deve ser certa e específica a perda de uma chance, variando o arbitramento da indenização em conformidade com a maior ou menor probabilidade de sucesso” (MAZEAUD, 1961).

A perda da chance é, pois, um benefício futuro, com esperança e probabilidade de um proveito (econômico ou não), cuja privação caracteriza um dano pela diminuição ou extinção de obter um possível benefício.

Desta forma, torna-se desnecessário fazer prova do prejuízo, que não aconteceu, mas tão somente da demonstração da perda da possibilidade.

A teoria propõe, assim, a modificação (ou ampliação) do enfoque, antes, exclusivo no futuro incerto – a vantagem não experimentada -, para abranger o passado certo, em que havia

um interesse jurídico legítimo e merecedor de tutela, consubstanciado na chance, cuja perda acarretava dano.

Assim, conclui-se que teoria da perda de uma chance é uma construção doutrinária e jurisprudencial aceita no ordenamento jurídico brasileiro como uma quarta categoria de dano da responsabilidade civil.

Baseando-se na remansosa doutrina e jurisprudência, constata-se que para a ocorrência da perda de uma chance faz-se necessária a certeza da probabilidade.

Essa probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda deve ser certa, real e atual, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Almejando-se a reparação integral pela perda de uma chance, exige-se que, tal como nas demais espécies dos demais danos presentes na responsabilização civil, que sejam comprovados o bem juridicamente tutelado, o evento danoso, o ato ilícito (comissivo ou omissivo), o infrator, o nexo de causalidade (relação causa-efeito) e a norma jurídica de reparação, que enseja o dever de reparar o dano causado conforme o bem juridicamente tutelado (PADILLA, 1997).

O bem protegido juridicamente consiste na positivação que se tem de determinado comportamento humano, adquirindo relevância jurídica para o Direito, a fim de se manter a ordem jurídica.

Glenda Gondim enfatiza que este pressuposto entrelaça a conduta culposa à causa de lesão existente, sendo necessária a demonstração e não apenas a presunção dessa causa e efeito. O nexo causal abrange todos os efeitos da conduta culposa e não apenas a lesão sofrida diretamente pela vítima (GODIM, 2005).

Comprovada a existência desses requisitos, surge um vínculo jurídico pelo qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor, a de devedor.

No julgamento do REsp nº 1.254.141/PR, diz a Ministra Nancy Andrighi, com propriedade, que "nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato".

Em confronto com parte da doutrina estrangeira citada em seu voto, que enxerga a teoria da perda de uma chance como um processo de mitigação do nexo causal, a Ministra Nancy Andrighi ponderou que

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

Ao final, destacou a Ministra:

"para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) de uma 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 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."

Esse modo de pensar põe de lado a controvérsia existente quanto à caracterização do nexo causal entre a conduta antijurídica (comissiva ou omissiva) e o resultado danoso, pois considera a chance perdida um bem jurídico autônomo, passível de ser indenizado se indevidamente subtraído de seu titular.

4 ESTUDO DO “THE BRITISH MEDICAL JOURNAL”

Artigo científico, publicado em novembro de 2020 pelo *The British Medical Journal*, concluiu⁵ que o atraso por um mês do tratamento contra o câncer aumenta a mortalidade do paciente de 6% a 13% – risco esse aumentando quanto mais tempo não se realiza a cirurgia, a quimioterapia ou a radioterapia.

Foram revisados os dados de 1.2 milhão de pacientes do Reino Unido e do Canadá, de 1º de janeiro de 2000 a 10 de abril de 2020, em sete tipos de cânceres – mama, bexiga, cólon, reto, pulmão, colo do útero e de cabeça e pescoço, que representam 44% de todos os cânceres incidentes globalmente.

A pesquisa contou com a participação de médicos e especialistas do Instituto de Pesquisa em Câncer da Queen’s University, em Kingston (Canadá), do Departamento de Oncologia Clínica do NHS (Sistema Nacional de Saúde) do Reino Unido, da Universidade King’s College de Londres e da Escola de Londres de Higiene e Medicina Tropical⁶.

Para a cirurgia, houve aumento de 6 a 8% no risco de morte para cada atraso de tratamento de quatro semanas.

O impacto foi ainda mais acentuado para os casos de tratamento com radioterapia e indicações sistêmicas, com um risco de óbito de 9% e 13% para a radioterapia de cabeça e pescoço, e tratamento sistêmico adjuvante para câncer colorretal, respectivamente.

Além disso, os pesquisadores calcularam que atrasos de até 8 semanas e 12 semanas aumentaram ainda mais o risco de óbito.

Um exemplo utilizado foi o atraso de 8 semanas na cirurgia de câncer de mama de uma paciente, que aumentaria o risco de óbito em 17%. Já 12 semanas de atraso elevaria o risco em 26%.

Já adiar as terapias apresentou efeitos no risco de mortalidade variados segundo os tipos de cânceres. Para o câncer de bexiga, de mama e colorretal, a associação entre tempo de atraso no tratamento e risco relativo foi positiva (ou seja, há uma forte correlação entre o tempo de espera e o aumento da mortalidade), variando de 1% a 26%.

Para os cânceres de pulmão, bexiga e colo de útero com tratamento (associação de quimioterapia e cirurgia), no entanto, não foi encontrada uma associação estatisticamente significativa.⁷

⁵ Um atraso de quatro semanas no tratamento está associado a um aumento na mortalidade em todas as formas comuns de tratamento do câncer, com atrasos mais longos sendo cada vez mais prejudiciais. À luz desses resultados, as políticas focadas em minimizar os atrasos no nível do sistema no início do tratamento do câncer poderiam melhorar os resultados de sobrevivência no nível da população.

⁶ Disponível em <https://www.tribunadeituverava.com.br/atraso-de-um-mes-no-tratamento-de-cancer-eleva-risco-de-morte-em-10/>

⁷ Disponível em <https://www.tribunadeituverava.com.br/atraso-de-um-mes-no-tratamento-de-cancer-eleva-risco-de-morte-em-10/>

Para Timothy Hanna, oncologista do Instituto de Pesquisa em Câncer da Queen's University (Canadá)⁸ e principal autor do estudo, disse que se impressionou ao ver que os resultados eram consistentes mesmo quando foram avaliados diferentes tipos de tratamentos.

“Eu fiquei surpreso em ver como os números eram claros para demonstrar associação [entre tempo de atraso e risco de morte] mesmo no universo variado de tipos de câncer e de tratamentos. Há diferenças na magnitude desses efeitos, como era esperado, mas os resultados para cirurgia, por exemplo, são consistentes. Isso foi impressionante.”

O oncologista diz que espera que os seus resultados possam ser utilizados para guiar políticas de saúde pública no mundo:

“Gasta-se no mundo todo muito dinheiro em tratamentos inovadores para câncer que às vezes elevam o tempo de vida em poucos meses. Nossos dados, embora sejam restritos aos sete tipos de câncer avaliados, apontam para um efeito claro entre atraso no tratamento e custo de novas vidas.”

Hanna frisa: “Não estamos sugerindo tratar pacientes que não estejam aptos para tal, mas, sim, dar condições para os centros hospitalares tomarem decisões sobre quais tratamentos e pacientes devem ser priorizados”.

Apesar de ser baseado em dados de pesquisas observacionais que não podem estabelecer perfeitamente a causa, os resultados dessa análise podem ser usados para elaboração de políticas focadas em minimizar os atrasos no início do tratamento do câncer, o que deverá melhorar os resultados de sobrevivência da população.

Compreender o impacto do atraso sobre a mortalidade e outros resultados, como recorrência ou impacto financeiro sobre os pacientes, é essencial para projetar sistemas, caminhos e modelos de tratamento do câncer que ofereçam resultados acessíveis e equitativos.⁹

CONCLUSÃO

Os dados mostram que o atraso no tratamento contra o câncer aumenta a mortalidade do paciente.

Não são poucas as ocasiões que nos deparamos na vida real ou pela imprensa sobre atrasos sistêmicos para início do tratamento do câncer pelo serviço público (Sistema Único de Saúde – SUS) e pelo sistema particular (Saúde Suplementar).

Assim, o julgador decidirá, individualmente, se a chance perdida pelo paciente em razão do atraso no tratamento causou-lhe dano passível de reparação.

⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/11/estudo-mostra-que-atraso-de-um-mes-no-tratamento-de-cancer-eleva-risco-de-morte-em-10.shtml>. Consulta em: 10/06/2021.

⁹ THE BMJ. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/371/bmj.m4087>. Consulta em: 10/06/2021.

REFERÊNCIAS

- BOTTALLO, Ana. Estudo mostra que atraso de um mês no tratamento de câncer eleva risco de morte em 10%. In: Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/11/estudo-mostra-que-atraso-de-um-mes-no-tratamento-de-cancer-eleva-risco-de-morte-em-10.shtml>. Consulta em: 10/06/2021.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. Revista dos tribunais, ano 94, n. 840, p. 22, São Paulo: Ed. RT, out. 2005.
- HANNA, Timothy P et al. Mortality due to cancer treatment delay: systematic review and meta-analysis. BMJ 2020; 371 doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m4087>. Consulta em: 10/06/2021.
- MAZEAUD Henri; MAZEAUD, Léon. Leciones de derecho civil. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1962. v. II; TUNC, Andre. Tratado teórico e prático da la responsabilidad civil delictual y contratual. Buenos Aires: EJEJA, 1961.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev, e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PADILLA, René A. Sistema de La responsabilidad civil. Buenos Aires: Adebledo-Perrot, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. Direito civil - Responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1979.
- SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006.