

A responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde pela perda da chance de cura ou sobrevivência do beneficiário em casos de descumprimento reiterado de decisões judiciais

*Gabriela Silva Sady**

*Lucas Macedo Silva***

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar a aplicação da teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência no âmbito da saúde suplementar. Com o fito de compreender a profundidade temática, é realizada uma breve análise acerca dos conceitos básicos da teoria da perda de uma chance e da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, no atual cenário brasileiro, examinando-se os desafios para essa aplicação. Ademais, busca-se investigar quais as dificuldades existentes na efetiva aplicabilidade da teoria, principalmente quando a perda da oportunidade se dá no âmbito dos litígios que envolvem as operadoras de saúde e os usuários do serviço, em razão da negativa de cobertura por parte das empresas prestadoras do serviço de assistência à saúde. Por fim, impende delinear a ainda tímida jurisprudência pátria acerca da matéria, revelando a sua aplicabilidade como garantidora de direitos fundamentais dos beneficiários de planos de saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; teoria da perda de uma chance; saúde suplementar; plano de saúde; chance de cura ou sobrevivência.

*. Advogada. Pós-graduada em Direito Público pelo CEJAS. Pós-graduanda em Direito Médico e Hospitalar pelo CPJUR. Integra a Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA. Coordenadora de Grupos de Pesquisa em Direito Médico e da Saúde. E-mail: gabriela_sady@hotmail.com.

** Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA no triênio 2019/2021. Coordenador de Grupos de Pesquisa em Direito Médico e da Saúde. E-mail: contato@lucasmacedo.adv.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central analisar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência em casos em que a operadora de plano de saúde nega cobertura a tratamentos, procedimentos ou materiais indispensáveis ao restabelecimento da saúde do paciente, mesmo após a concessão judicial de antecipação dos efeitos da tutela em benefício do consumidor. A importância do trabalho mostra-se irrefragável, considerando que a referida teoria, em que pese bastante difundida na seara do direito médico, ainda é pouco aplicada no que tange à saúde suplementar.

O artigo emprega o método hipotético-dedutivo, partindo de fundamentos teóricos e práticos para alcançar a solução específica. Foram utilizadas referências bibliográficas nacionais e estrangeiras, levando em consideração trabalhos reconhecidos na área para verticalizar a discussão. Em que pese não tenha a intenção de exaurir o debate, este artigo pretende enriquecer a discussão no sentido de pensar a aplicabilidade da teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência no âmbito da saúde suplementar, mais precisamente em casos de descumprimento reiterado de decisões judiciais que determinam a cobertura de tratamentos, procedimentos ou materiais de saúde.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Neste primeiro momento, importa apresentar a atual conjuntura, tanto da teoria da perda de uma chance, quanto da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, no cenário jurídico brasileiro. Isso porque, apenas após esse exame minucioso é que se revela possível a discussão e análise acerca da possibilidade de aplicação da referida teoria no âmbito da saúde suplementar, notadamente a sua aplicabilidade em casos de descumprimento de decisões judiciais por parte das operadoras de planos de saúde que ensejem danos à saúde ou à vida dos beneficiários.

2.1. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL E SUA APLICABILIDADE NA ÁREA DO DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE

A teoria da perda de uma chance busca contemplar e oferecer proteção jurídica para situações em que a conduta de determinado sujeito faz desaparecer para o lesado a probabilidade de um evento que poderia lhe

gerar um benefício futuro (CAVALIERI FILHO, 2005). Como grande parte das teorias conhecidas em matéria de Responsabilidade Civil, sua origem é atribuída ao direito francês, podendo ser conceituada como uma espécie de reparação que “repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (PEREIRA, 2011, p. 61).

No Brasil, a teoria da perda de uma chance já é amplamente aceita e reconhecida pela doutrina e jurisprudência, enquadrando-se no vasto rol de inovações feitas à teoria clássica da responsabilidade civil com o objetivo de promover a ampla reparação da vítima. Conforme lecionam Loureiro, Martins e Reis (2014, p. 33),

A evolução da responsabilidade civil, incluindo o surgimento da reparação pela perda de uma chance no Brasil, está diretamente relacionada com as modificações constitucionais. Do chamado Estado Liberal passou-se ao Estado Social, o que importou numa ampla e progressiva preservação de valores como o solidarismo e justiça da relação entre as pessoas, e, especialmente, o da dignidade da pessoa humana e a reparação da vítima. Neste contexto, a teoria da perda da chance coaduna-se perfeitamente com este princípio, ao pretender a incessante reparação de danos, pois não mais se admite que a vítima suporte prejuízos, ainda que provenientes da perda da oportunidade de se obter uma vantagem.

A aplicação da teoria da perda de uma chance visa possibilitar, desse modo, que a vítima obtenha uma indenização junto a quem, por culpa, a privou de alguma oportunidade de obter determinada vantagem ou evitar determinado prejuízo (KFOURI, 2019). Sobre o aspecto tradicional da teoria, ensinam Mazeaud e Mazeaud (1978, p. 73-74):

São numerosos os casos em que uma pessoa se queixa de haver perdido uma chance (probabilidade) por culpa de outra. Encarregado de conduzir ao hipódromo um cavalo de corridas ou a seu jóquei, o transportador se atrasa, fazendo com que cheguem depois do início da corrida; por isso o proprietário perde a chance de ganhar o prêmio. Notário negligente no cumprimento do mandato que lhe havia sido conferido pelo cliente, faz com que se perca a probabilidade de adquirir uma propriedade. Auxiliar de escritório de advocacia, encarregado de protocolar apelação ou advogado, que deveria recorrer, perdem os prazos; seus clientes perdem a chance de que se modifique a decisão contrária. (...) Todas essas espécies e muitas outras surgem da jurisprudência. Sem dúvida, não era certo que o cavalo ganharia a corrida, ou que o recurso seria provido. Mas é inegável que havia uma chance. E esta chance se perdeu. Existe aí um prejuízo, que não é hipotético.

O caso pioneiro de aplicação da referida teoria na jurisprudência pátria data de 1991. Trata-se de acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve como relator o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior. No caso em questão, os desembargadores entenderam que pelo fato de um advogado, sabendo do extravio dos autos do processo judicial, não promover sua restauração, e ainda não informar a cliente sobre o ocorrido, este seria responsável pelos danos causados a ela pela perda de uma chance de obter a prestação jurisprudencial, devendo, pois, indenizá-la (TJRS, 1991).

A teoria da perda de uma chance situa-se, portanto, nas palavras de Miguel Kfoury Neto (2019, p. 310), “numa zona cinzenta ou limítrofe, entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro”, sendo apropriado dizer que se trata de uma situação intermediária entre um comportamento antijurídico que, por interferir no curso normal dos acontecimentos, impossibilita saber se a vítima teria ou não evitado o prejuízo – ou obtido um ganho – caso aquela conduta não tivesse acontecido (KFOURI NETO, 2019).

O vocábulo “chance”, em uma acepção muito mais matemática do que jurídica, pode ser definido como a probabilidade de ocorrência de um evento futuro, devendo-se levar em conta, por óbvio, a igual probabilidade de tal evento não ocorrer e ainda a possibilidade do prejuízo ocorrer, mesmo sem a intervenção do agente danoso (LOUREIRO; MARTINS e REIS, 2014). No aspecto puramente jurídico, configura-se em um tipo de dano projetado para o futuro, de modo que com a aplicação da teoria da perda de uma chance o que se indeniza é a própria chance perdida, e não o prejuízo final (KFOURI, 2019).

A noção de “perda de uma chance”, assim, configura-se quando o ofendido se encontra em uma circunstância que lhe permitiria, em tese, a possibilidade de alcançar determinada posição favorável, mas em razão de conduta ou comportamento adotado por terceiro, dá-se a perda dessa oportunidade. Ocorre que, tendo em vista a precariedade da probabilidade, aquele que se sentir prejudicado “deverá mensurar o dano em razão da perda dessa chance e não da sua totalidade, como se houvesse certeza de sua ocorrência. Trata-se do ressarcimento pelo fato de ter a possibilidade perdida” (MASCARENHAS; GODINHO, 2016, p. 176).

Essa teoria foi transposta para a área do Direito Médico e da Saúde sob a rubrica da perda de chance de cura ou sobrevivência, que estabelece, em síntese, que, caso o médico faça seu paciente perder uma chance de cura ou sobrevivência, ficará obrigado a reparar parcialmente o dano

sofrido, mesmo que o nexo de causalidade entre a ação culposa e o resultado danoso não possa ser estabelecido com certeza (KFOURI, 2019). A aplicabilidade dessa teoria no contexto da atuação profissional dos médicos tem ganhado cada vez mais atenção da doutrina e jurisprudência pátria, revelando-se crescente a discussão.

Para uma parte ainda minoritária da doutrina, não é possível a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em casos de responsabilidade civil médica, na medida em que ela só exsurge a partir da prática de um ato ilícito, isto é, negligência, imperícia ou imprudência – mensuráveis e puníveis por outras formas e meios de compensação de danos no direito civil. Assim, segundo as lições de DANTAS (2021), a perda da possibilidade de cura ou chance de tratamento não pode ser controlada pelo médico, tratando-se de uma circunstância aleatória, e que não implica em responsabilidade civil.

Nesse mesmo sentido, também se posicionam Igor Mascarenhas e Adriano Godinho (2016), que consideram que, sempre que estiver envolvido algum fator humano, a aplicação da teoria da perda de uma chance se revelará injusta. Especificamente no que concerne à aplicabilidade nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, destacam que a atuação do profissional médico é, por excelência, subjetiva, sendo a aplicação da teoria indevida, uma vez que o resultado na prestação do serviço médico pode, naturalmente, variar de acordo com a reação de cada corpo humano. Para os defensores da inaplicabilidade, portanto, “condição básica para a responsabilidade no campo da atividade médica é a culpa e incerteza e cenários hipotéticos não são suficientes para substituí-la” (DANTAS, 2021).

Para a doutrina majoritária, por outro lado, embora inçada de dificuldades quanto à fixação da indenização, é inegável a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance também no âmbito da responsabilidade civil médica. Doutrinadores como Miguel Kfoury Neto (2017, p. 947) consideram que, não obstante o profissional não ter diretamente causado o prejuízo final morte ou agravamento do estado clínico do paciente, “há situações em que a sua conduta é capaz de diminuir a probabilidade de cura ou sobrevida do paciente. A chance perdida deve ser vista como prejuízo específico e autônomo, mas não deve ser confundido com o prejuízo final e nem constitui fração deste”. Nesse diapasão, também os tribunais pátrios têm reconhecido vastamente o dano pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência em diversos casos de responsabilidade civil médico-hospitalar (KFOURI NETO, 2017).

Muito pouco, entretanto, tem sido explorada e estudada a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência em casos envolvendo a responsabilidade civil das operadoras de planos saúde, notadamente em casos de reiterado descumprimento de decisões judiciais que determinam a cobertura de tratamentos ou procedimentos médicos, e é a isso que se propõe o presente trabalho.

2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.

Conceituar a responsabilidade exige, inicialmente, destacar a origem do próprio vocábulo, que deriva do latim *respondere*, cuja tradução equivale a responder, e, conforme assevera Rui Stoco (2007, p. 114), corresponde à necessidade de se responsabilizar alguém pela prática de atos danosos. A responsabilidade é conceituada pela doutrina como espécie de fenômeno social, pois aquele que pratica um ato, positivo ou negativo e causa um dano deverá suportar as consequências do seu procedimento, garantindo, assim, a manutenção do equilíbrio social (GONÇALVES, 2009, p. 05).

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 04), define responsabilidade em sentido amplo como a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação. Entende, portanto, o renomado doutrinador, que toda e qualquer atividade é passível de vir a ser causa de responsabilização daquele que a pratica. Já o conceito apresentado por Sergio Cavalieri Filho (2012, p.02) compreende a ideia de que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que nasce para recompor o dano decorrente da violação de uma obrigação, ou seja, de um dever jurídico originário. Esse dever jurídico sucessivo, explica, corresponde ao de reparar o dano causado.

Na condição de um dos principais institutos do direito, a responsabilidade se traduz na obrigação de alguém responder por alguma coisa, que, na esfera cível, equivale a obrigação de reparar ou ressarcir um dano, quando injustamente causado a outrem. É, portanto, um instituto que se propõe a repartir os *custos* da vida em sociedade entre seus integrantes, valendo-se, para tanto, da imposição de um dever de indenizar (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 276).

Afunilando os conceitos da doutrina adotada ao âmbito do Direito Privado, conclui-se que a responsabilidade civil é a decorrente de situações em que um interesse particular é violado ou atingido, devendo aquele

que o violou se sujeitar a reparar os danos causados pela sua conduta. Trata-se, pois, de um fenômeno que, como dito, ultrapassa o âmbito jurídico e alcança a esfera da vida social (STOCO, 1999, p. 60), cujos principais interesses são o de restabelecer o equilíbrio (patrimonial ou moral) que restou abalado pelo dano sofrido pela vítima e o de garantir que a vítima seja restabelecida na mesma situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso.

Por sua vez, a saúde suplementar pode ser conceituada como “atividade econômica em sentido estrito, regida por princípios e regras de direito privado, sendo seu acesso garantido, tão somente, à parcela da população” (FIGUEIREDO, 2006, p. 29), atualmente regulada pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela Lei nº 9.656/98 e pelas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Nesse sentido, a Lei Federal nº 9.656/98, define o plano privado de assistência à saúde, no inciso I do artigo 1º, como

Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Consoante esclarece Fernanda Schaefer (2010), os planos e seguros de saúde podem ser comercializados por meio de contratação individual ou familiar, coletiva ou empresarial – vinculados a uma pessoa jurídica – ou coletiva por adesão, sendo estes últimos oferecidos por pessoa jurídica a um grupo de pessoas que tem liberdade de aderir, ou não. O plano privado de assistência à saúde, ademais, possui natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, envolvendo a transferência onerosa de riscos que possam afetar a saúde do contratante, mediante a prestação de serviços de assistência hospitalar e médico-ambulatorial, seja diretamente, seja por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas (SCHAEFER, 2010).

Independentemente da modalidade de contratação, a principal obrigação assumida é prestação do serviço de assistência à saúde, incluindo, como principais deveres: o de cuidado, o de respeito à dignidade e integridade física e psíquica da pessoa, o de efetivamente prestar o

atendimento prometido ou reembolsar as quantias acordadas, o de repassar aos médicos conveniados e segurados os valores devidos pelos atendimentos, o de não limitar tempo de internamento, o de escolher com atenção os profissionais conveniados, cadastrados ou indicados em listas referenciais (SCHAEFER, 2010).

Conforme leciona Marco Antônio Barbosa de Freitas (2018, p. 23), “o contrato de plano de saúde, não obstante se caracterizar como negócio jurídico descrito no artigo 104 do Código Civil, se constitui, na essência, em modalidade de contrato de consumo”, possuindo contorno nitidamente principiológico que tenta reequilibrar a relação jurídica, em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma cogente e de interesse social (FREITAS, 2018). Desse modo, subordinam-se, tais contratos, aos princípios da equidade ou equilíbrio contratual; da interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais; da proibição de inserção de cláusulas abusivas; do controle judicial dos contratos; da confiança e da vulnerabilidade dos consumidores (SCHAEFER, 2010).

Nesse diapasão, é cediço que o CDC adota dois sistemas de responsabilização civil, a subjetiva para os profissionais liberais e a objetiva para os demais fornecedores. Stolze e Pamplona (2011, p. 55) lecionam que a responsabilidade subjetiva é aquela causada em função de ato doloso ou culposo, ou seja, a culpa em sentido amplo. Nada obstante, “hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de ‘responsabilidade civil objetiva’” (STOLZE; PAMPLONA, 2011, p. 55). Em tais situações o dolo ou a culpa do agente causador do dano é juridicamente irrelevante, sendo necessária apenas a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta para que surja o dever de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva, respaldada na teoria do risco, soluciona uma gama maior de hipóteses do que a responsabilidade subjetiva, já que diminui o número de situações em que não é possível a reparação quando a vítima não consegue comprovar a culpa daquele que lhe causou o dano, pois se assente “na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo” (STOCO, 2007, p. 157).

Sobre a responsabilidade objetiva e a teoria do risco, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.23) que “para esta teoria, toda pessoa que

exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa”. Portanto, a responsabilidade objetiva é o sistema geral de responsabilização adotado pelo CDC, aplicável, inclusive, às operadoras de planos de saúde, que, aliás, assumem obrigação de resultado, na medida em que “assumem o compromisso de prestar um serviço médico de alto padrão e confiabilidade e garantir indenização caso esse resultado não seja alcançado” (SCHAEFER, 2010, p. 89).

Tem-se, desse modo, que as relações entre usuários e empresas privadas de saúde estão sob a égide do art. 14 do CDC, que impõe que o fornecedor de serviços, responda, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços – quando nega atendimento previsto contratualmente, baseando-se em cláusula abusiva – bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (FARIAS; FARIAS, 2018).

3. ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA EM FACE DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

O setor de saúde suplementar brasileiro é considerado um dos maiores sistemas privados do mundo e a atividade das operadoras de planos de saúde revela-se imprescindível ao acesso à saúde (FREITAS, 2018). Todavia, ainda assim, sua regulamentação só foi objeto de legislação específica em 1998, com o advento da Lei Federal nº 9.656/98, em resposta às necessidades mercadológicas e contratuais advindas dos conflitos e instabilidades decorrentes do longo período sem regulamentação (LAVECCHIA, 2019).

É importante perceber, portanto, a existência de dois momentos regulatórios distintos, que contribuíram para o surgimento de um expressivo número de conflitos entre operadoras e seus usuários. No primeiro cenário, havia ausência total de normas de regulamentação e, posteriormente, mesmo com a criação da ANS, esta exercia a função regulatória de forma insuficiente, chegando a ratificar práticas abusivas até então cometidas livremente pelas operadoras. Com isso, aos usuários não restou alternativa senão buscar o Judiciário para ver efetivados os direitos que entendiam possuir. Desde então, o fenômeno da judicialização no setor da saúde suplementar passou a ser uma realidade e, até hoje, as demandas

judiciais aumentam ano a ano e se concentram principalmente em questões relacionadas a coberturas e reajustes (TRETTEL, 2009).

Outro fator que contribui de forma significativa para a crescente judicialização do setor descansa nas características de vulnerabilidade e hipossuficiência dos beneficiários. De fato, grande parte dos consumidores sequer compreende os termos do que contrata com as operadoras, de modo que apenas com o surgimento do imbróglio decorrente de eventual negativa de cobertura é que a temática passa a ganhar especial atenção. Na maioria dos casos, as operadoras também não se mostram interessadas em prestar efetivos esclarecimentos aos consumidores nas tratativas que precedem a contratação, o que faz com que o litígio novamente se apresente como único caminho vislumbrado.

Contudo, a resposta oferecida pelo Estado-Juiz, através do conteúdo decisório, nem sempre se mostra como medida mais eficaz ao asseguramento do acesso à saúde e da garantia ao correspondente direito fundamental. Não são raras as situações de descumprimento a decisões judiciais provisórias, que, por versarem sobre bens jurídicos inestimáveis – saúde e vida – acabam sendo esvaziadas pela irreparabilidade dos danos advindos, é o que ocorre, exemplificativamente, nos casos em que o beneficiário vai a óbito antes do efetivo cumprimento da ordem judicial.

Sugere-se o exemplo de um beneficiário de um plano de saúde que esteja portador de neoplasia maligna e que precise se submeter a uma cirurgia em caráter de urgência. Diante da negativa do plano em cobrir o procedimento indicado pelo seu médico assistente, o beneficiário se vê compelido a ingressar judicialmente para ter reconhecido o seu direito. Em sede de cognição sumária, o juízo concede o pedido de tutela antecipada e determina que o plano de saúde autorize e custeie integralmente o tratamento prescrito. No entanto, o plano descumpra a ordem judicial e, nesse ínterim, o paciente vai a óbito. É nesse cenário que a aplicação de teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência ganha relevância.

No caso apresentado, não há como se ter certeza acerca da cura ou da sobrevida do paciente caso tivesse realizado a cirurgia. No entanto, é inegável que a recusa da operadora retirou do paciente a possibilidade de se submeter a um procedimento que seria potencialmente favorável ao seu quadro clínico. De fato, não são raras as situações em que, mesmo após a concessão da tutela de urgência para a realização ou cobertura de tratamento, as operadoras seguem insistindo no reiterado descumprimen-

to da ordem judicial, ocasionando prejuízos ao tratamento – e, por vezes, a perda da chance de cura ou sobrevivência do beneficiário.

Em tais casos, revela-se viável a aplicação da teoria da perda de uma chance, na medida em que, embora não seja possível assegurar que se a medida liminar fosse cumprida o beneficiário sobreviveria ou seria efetivamente curado, fato é que alguma chance de cura, sobrevivência ou de qualidade de vida lhe foi tolhida por conduta da operadora. Vê-se que, quando sequer o tratamento ou atendimento médico chega a ser prestado, por negativa de cobertura da operadora, a empresa prestadora de serviço retira do beneficiário a chance de cura ou manutenção da vida, sendo o fato causador da responsabilidade a má prestação do serviço, e não o resultado (agravamento da moléstia ou morte, intrínseca e naturalmente relacionado à enfermidade que o acometia).

A consideração de que a simples oportunidade de cura ou sobrevivência constituiria um bem jurídico – passível de lesão e, consequentemente, de reparação autônoma em relação ao benefício ao qual essa oportunidade poderia conduzir – é a base teórica para a compatibilização da teoria da perda de uma chance, afastando-a da vedação de reparação de dano hipotético. Em outras palavras, não seria o proveito abstratamente auferível que se buscaria repor, mas sim a pura chance de obtê-lo, entendendo-se que essa chance existia concretamente na esfera jurídica do lesado, notadamente quando já respaldada por uma decisão judicial (SOUZA, 2015).

Assim é que, aplicar-se-ia a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência sempre que o beneficiário/vítima ou seus familiares conseguissem demonstrar e comprovar que a conduta da operadora de plano de saúde/ré, na qualidade de agente danoso, constituiu condição necessária para a diminuição da probabilidade da vítima de auferir melhor condição e para o desconhecimento do resultado natural do processo aleatório em que se encontrava (LOUREIRO; MARTINS e REIS, 2014).

Com efeito, para que a perda da chance enseje o direito à reparação, alguns requisitos devem ser observados. O primeiro deles é a existência indubitável da existência de uma chance, probabilidade, possibilidade ou oportunidade de benefício na saúde do paciente. Nesse contexto, a chance deverá ser séria, real e efetiva, sendo destruída em virtude de ato comissivo ou omissivo do agente. Além disso, deve haver uma averiguação razoável sobre a existência do nexos causal entre o ato ilícito e a chance aniquilada. Apesar de não se tratar de um juízo de certeza, há que ser

induidosa a subtração da chance de se tentar uma possível cura, sobrevivência ou melhoria na qualidade de vida (KFOURI, 2017).

Ressalte-se, novamente, que a probabilidade deve dizer respeito apenas à ocorrência do resultado, na medida em que o nexo de causalidade entre a conduta e a perda da chance, nesses casos, é certo e aferível, já que é o descumprimento reiterado da obrigação de fazer concernente à autorização da cobertura e autorização de tratamentos ou procedimentos de saúde que dá causa à perda de oportunidade de cura ou sobrevivência.

A jurisprudência pátria, ainda que de forma tímida, já se debruçou sobre questões semelhantes, como ocorreu no Recurso Especial 1335622/DF que examinou longamente a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, chegando a ponderar que

É de se concluir, portanto, que, ainda que sem garantia de cura, seria possível o restabelecimento da criança em alguma medida (completo, ou parcial, pelo menos, conceito que inclui o prolongamento temporal de sua vida), caso tivesse sido atendida. A questão da perda da chance de cura ou sobrevivência se afigura na situação fática definitiva, que nada mais modificará, haja vista que o fato do qual originou o prejuízo está consumado, e no presente caso, quanto ao direito à vida, seu fundamento não pode ser outro que a própria dignidade humana. Isso porque o que se indeniza na responsabilidade por perda de chance outra coisa não é senão a própria chance perdida. (...) A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de sucesso em pretensão assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano. Em verdade, a perda de uma chance já existia no momento da recusa do hospital em receber a menor. (...) O fato é certo: a menor faleceu. A simples chance (de cura ou sobrevivência), no presente caso, é que passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. A perda de chance, aqui, se arruma por inteiro, como um alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana (STJ, 2013).

Como salienta Miguel Kfoury Neto (2017), o raciocínio desenvolvido no referido acórdão se mostra irrepreensível, não deixando dúvidas acerca do acatamento da teoria pela Corte. A decisão acima referenciada solidifica a produção doutrinária consolidada na matéria, além de ressaltar que o bem jurídico protegido na relação de saúde é a própria vida humana. Nesse mesmo sentido, e ainda de forma mais específica no tocante ao âmbito da saúde suplementar, tem-se algumas decisões do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁻², que reconhecem a aplicabilidade da teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência. Em um dos casos, concluiu-se que

[...] é exigível das operadoras de planos de saúde a rápida resolução das solicitações médicas a respeito de internações e remoções em virtude do inegável risco de vida e à saúde no ramo que atuam, sendo desproporcional e injustificado qualquer atraso em responder aos segurados em virtude de entraves burocráticos. Patente a falha na prestação do serviço, resultante da demora excessiva, que gera violação a direito da personalidade e angústia para os familiares do paciente internado em estado grave de saúde [...]. Não se pode olvidar que o réu, ao demorar a proceder a transferência do paciente ou de comunicar a negativa de autorização do procedimento, inviabilizou uma autêntica oportunidade de prolongamento da vida do segurado do plano, importando no dever de indenizar os familiares da vítima pelo prejuízo experimentado com a perda da oportunidade do êxito. A verba compensatória mostra-se aquém do dano sofrido, merecendo majoração por todo o transtorno que autora suportou pela demora da ré, ocasionando a morte de seu cônjuge sem nenhuma possibilidade de melhora em virtude de estar internado em hospital inadequado para o tratamento de sua doença. Mais razoável e proporcional com os danos seria o arbitramento da compensação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em consonância com as peculiaridades do caso concreto. (TJRJ – APL: 01011624520148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 26 VARA CÍVEL, Relator: MARIA DA GLORIA OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO, Data de Julgamento: 27/04/2016, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 05/05/2016)

Como se depreende da interpretação da decisão acima referenciada, o dano que se pretendeu reparar não foi o resultado morte, mas sim a supressão da possibilidade de se tentar o êxito no procedimento. Vê-se que se trata de um dano autônomo e que, para o seu arbitramento, devem ser considerados diversos fatores, consoante leciona Miguel Kfourri (2017, p. 949):

1. TJ-RJ – APL: 00254801320128190209 Rio de Janeiro Barra da Tijuca Regional 6 Vara Cível, Relator: Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio, Data de Julgamento: 29/04/2015, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, Data de Publicação: 04/05/2015.
2. TJ-RJ – APL: 01011624520148190001 Rio de Janeiro Capital 26 Vara Cível, Relator: Maria da Glória Oliveira Bandeira De Mello, Data de Julgamento: 27/04/2016, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor, Data de Publicação: 05/05/2016.

o juiz, para avaliar o dano resultante da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, deverá estabelecer a gravidade do estado do paciente e todas as consequências para sua saúde e patrimônio. Em sendo 100 os danos finais, o dano da perda de uma chance ficará entre 1 e 99,9. A fixação levará em conta o nível de consistência da chance originariamente detida e, entretanto, perdida pelo doente lesado.

Por se tratar de uma análise probabilística, deve ser realizado um cálculo matemático contemplando variáveis relativas à gravidade do quadro clínico do paciente e, dentro dos percentuais de êxito do procedimento registrados na literatura médica, a expectativa estimada dos especialistas para o caso concreto. Não se defende que sejam estabelecidos *standards* para serem utilizados como resposta apriorística para todo e qualquer caso, considerando que, em cada situação específica, haverá uma conformação individualizada de comorbidades, diagnóstico, prognósticos e aspectos da própria relação com a operadora, tais como a demora na autorização ou da efetiva prestação do serviço.

4. CONCLUSÃO

Para se pensar na responsabilidade civil em todo e qualquer caso que envolva saúde humana, é preciso que se compreenda que a medicina não é uma ciência exata, de modo que não se pode extrair certezas acerca da cura ou da sobrevivência de pacientes. Por tal razão, não há como se garantir o êxito propriamente dito do tratamento. No entanto, existem deveres relativos aos profissionais de saúde, aos planos de saúde e aos demais sujeitos do sistema de saúde que, quando inobservados, podem ensejar a responsabilização civil do agente.

Nesse contexto, a teoria da perda de uma chance surgiu como uma forma de reparar as situações em que não haja possibilidade jurídica de se ter um grau de certeza quanto ao nexo de causalidade com o dano direto. Para além da discussão sobre a aplicabilidade no âmbito de responsabilidade civil profissional do médico, sugere-se a análise da aludida teoria nos casos de recusa arbitrária em autorizar e custear tratamentos médicos e de descumprimento de decisões judiciais por parte das operadoras de planos de saúde.

Nesta senda, a pretensão reparatória não estaria relacionada ao sucesso ou não da terapêutica, mas sim da subtração da possibilidade de se submeter ao procedimento indicado pelos médicos assistentes. O beneficiário sequer consegue se submeter aos riscos do tratamento, consideran-

do que lhe é negada a própria prestação de assistência à saúde por parte da operadora. Nesses casos, é que se compreende que o plano de saúde poderia ser responsabilizado pela chance de cura ou de sobrevivência que retirou do usuário.

Ao longo do trabalho, após o estabelecimento das bases legais e doutrinárias que sustentam a hipótese suscitada, conclui-se pela possibilidade jurídica da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde pela perda de chance de cura ou de sobrevivência, nos casos decorrentes de negativa arbitrária de cobertura e de descumprimento de decisões judiciais que tutelam a obrigação de realizar o tratamento indicado pelo médico. Há que se defender o direito constitucional à reparação do beneficiário que perde a possibilidade de se submeter ao procedimento prescrito para o seu quadro clínico.

Para tanto, é preciso que o Magistrado aprofunde a matéria para averiguar, inicialmente, se efetivamente houve o aniquilamento de uma chance real e séria no caso concreto e, posteriormente, mensurar matematicamente os aspectos que envolvam o tratamento do beneficiário para o arbitramento do *quantum* indenizatório. Por óbvio, o Poder Judiciário deverá contar com o apoio técnico de profissionais médicos, contadores e de outros campos para buscar o coeficiente resultante da conformação de todas as variáveis da relação jurídica apreciada.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDES (ANS). **Prazos de espera para usar o Plano de Saúde e prazos máximos de atendimento**. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/prazos-maximos-de-atendimento>>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos de saúde**. São Paulo: MP, 2006.
- FREITAS, Marco Antônio Barbosa de. **Tutelas Provisórias Individuais nos Contratos de Plano de Saúde**. Editora Lumen Juris, RJ, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. IV. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. **Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou Sobrevivência**. Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, nº 3, pp. 947-964, Set.-Dez. 2017.
- LAGO JÚNIOR, Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 395 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2013.
- LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. **A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. R. Dir. sanit., São Paulo v.19 n.3, p. 277-291, nov. 2018/fev. 2019.
- LOUREIRO, C. A. H.; MARTINS, C. L. R.; REIS, M. C.S. **A teoria da perda de uma chance de cura e sua aplicação na seara médica**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 11, nº 1, jul. 2014.
- MAZEAUD, Henry e León; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**, v. 2, Buenos Aires: EJEA, 1978.
- SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. **Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 20, nº 3, p. 767-790, set./dez. 2015.
- STJ. **REsp 1335622/DF**, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TEIXEIRA PEDRO, Rute. **A responsabilidade civil do médico: Reflexão sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado**. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.
- TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/>>. Acesso em 20 maio 2021.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.