

A REPARAÇÃO DE DANOS POR PARTE DO ESTADO SOB O ARGUMENTO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA

Francieli Strege¹

Cristiane Schmitz Rambo²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO E REQUISITOS. 4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O presente artigo consiste na análise da aplicação da teoria da perda de uma chance como argumento de reparação de danos frente à omissão do Estado em garantir o direito fundamental à saúde. O tema a ser tratado se mostra relevante, uma vez que foi instituído pela Constituição Federal de 1988 o direito fundamental à saúde como direito de todos e dever do Estado. O artigo foi elaborado utilizando-se o método de abordagem dedutivo, por meio do procedimento histórico e analítico, bem como aliado à técnica de pesquisa documental indireta, com auxílio bibliográfico e interpretação jurisprudencial que visa à efetivação da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. O trabalho é organizado em três seções, sendo que, a primeira aborda o princípio da reserva do possível versus a garantia do direito fundamental à saúde, a segunda trata do instituto da teoria da perda de uma chance e, por fim, a terceira seção traz à baila julgados do Superior Tribunal de Justiça, objetivando a análise da aplicação da teoria e a efetivação da responsabilidade civil do Estado quando este permanecer inerte quando deveria ter agido e garantido o direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Direito Fundamental à Saúde. Teoria da Perda de uma Chance.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é essencial para a vida de todos os seres humanos, por isso, no presente artigo estudar-se-á a respeito da mesma, sendo de imensurável importância a pesquisa deste bem jurídico sob o viés da dignidade da pessoa humana.

O termo saúde, é um direito social fundamental que necessita da atuação do poder público, assim como ocorre com os demais direitos sociais, quando o Estado é o único garantidor do direito à saúde, e o mesmo se omite, ou atua em caráter precário, ou tardiamente, muitos seres humanos tem o seu direito fundamental violado.

¹ Francieli Strege. Acadêmica do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades. E-mail: francielistrege@outlook.com.

² Professora do Curso de Direito da FAI Faculdades. E-mail: cristiane.rambo@seifai.edu.br

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

O interesse pela pesquisa consiste na perspectiva de se obter uma resposta jurídica aos casos em que a pessoa humana, em consequência da omissão do Estado, perde suas únicas chances de cura ou de sobrevivência.

Para tanto, o presente estudo busca compreender situações em que o Estado se omite quando deveria ter garantido o direito fundamental à saúde, a ponto de a pessoa humana perder suas chances de sobrevivência ou suas chances de cura.

Por outro lado, objetiva-se constatar se o limite da reserva do possível, justifica as pessoas morrerem sem ao menos poderem ter tentado sobreviver, sem o devido tratamento ou procedimento médico. Ou ainda, se justifica o fato das mesmas ficarem desamparadas por aquele que deveria os amparar no momento em que mais precisavam de auxílio, por estarem fragilizados, em virtude da moléstia.

Nesse sentido, tem-se o escopo de verificar se este dano causado pelo Estado, pode ou não ser reparado. Em geral, diante de qualquer dano normalmente tem-se o instituto da responsabilidade civil.

Deste modo, busca-se compreender se é admissível a aplicação do instituto da responsabilidade civil, a fim de reparar perdas de chances de cura ou de sobrevivência causadas pela omissão do Estado, ou este não pode ser responsabilizado civilmente em razão do limite da reserva do possível.

A hipótese a ser levantada nesta pesquisa diz respeito à relevância social do direito fundamental à saúde garantido por meio da atuação do Estado, em que as ações devem estar intrinsecamente ligadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e em conformidade com o limite da reserva do possível.

Esse é o ponto principal do trabalho, diante de uma conduta omissiva do Estado, cumpre observar no caso concreto, se o paciente sofreu um prejuízo que não ocorreria com a atuação adequada, ou seja, se a conduta omissiva do Estado emanar da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, pode ou não o ente estatal ser responsabilizado civilmente nestas situações.

Assim sendo, realizou-se uma abordagem dedutiva, por meio do procedimento histórico e analítico, a técnica de pesquisa utilizada na elaboração deste trabalho é a documental indireta, por meio do auxílio bibliográfico e interpretação jurisprudencial.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

Nessa proposta, da X Mostra de Iniciação Científica o artigo está estruturado em três seções, sendo que, a primeira aborda o princípio da reserva do possível versus a garantia do direito fundamental à saúde, a segunda trata do instituto da teoria da perda de uma chance e, por fim, a terceira seção traz à baila julgados do Superior Tribunal de Justiça, objetivando a análise da aplicação da teoria e a efetivação da responsabilidade civil do Estado quando este permanecer inerte quando deveria ter agido e garantido o direito fundamental à saúde.

2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No presente artigo estudar-se-á sobre a teoria da perda de uma chance, e de igual forma, sobre o princípio da reserva do possível versus a garantia do direito fundamental à saúde.

Insta mencionar, em relação à garantia do direito fundamental à saúde, direito de todos e dever do Estado³, que não raramente, “o Estado se queda inerte em concretizar tal garantia com êxito, retirando do sujeito necessitado sua própria dignidade.”⁴

De qualquer modo, não se deve perder de vista, nesse estudo, que:

é reconhecido que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, [...]. Nesse contexto, passa a ter significativo relevo o tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas.⁵

Observou-se, contudo, que, “em diversas ações judiciais, tanto o Estado quanto o Poder Judiciário têm respaldado a má prestação do direito à saúde no

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

⁴ PEDRINI, Tainá Fernanda; VANDRESEN, Thaís. A Reserva do Possível: Entre a Suposta Insuficiência de Recursos Disponíveis e a Execução do Direito à Saúde. **Revista Bonijuris**, Paraná, p.16-22. Agosto, 2016.

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 676.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

princípio da reserva do possível, o qual apregoa a insuficiência de recursos orçamentários.”⁶

A reserva do possível, de acordo com Nathalia Masson, é uma espécie de limite à garantia dos direitos fundamentais sociais, incluindo, dessa forma, um limite ao direito fundamental à saúde, sendo que a reserva do possível nada mais é do que “a reserva do financeiro possível.”⁷

Ainda sobre a reserva do possível, Fernanda Marinela afirma que os serviços prestados pelo Estado “hoje tem um **padrão normal**, observado o princípio da reserva do possível, isto é, observado aquilo que é compatível com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para prestar a atividade.”⁸ (grifo da autora)

Neste mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a denominam de reserva do financeiro possível⁹, e segundo eles, a mesma possui ligação histórica com a,

[...] decisão *números clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão (*numerus-clausus-Urteil*), que versou sobre o número de vagas nas Universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor caso inexistentes as condições fáticas para sua efetiva fruição. Assentou-se, então, que as pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível.¹⁰

Portanto, insta mencionar que a reserva do possível “funciona como regulamentador da atuação estatal no que se refere à concretização de direitos, principalmente à saúde.”¹¹ Entretanto, a partir do exposto resta saber se a reserva do possível justifica o fato da pessoa humana perder sua chance de cura ou de sobrevivência.

⁶ PEDRINI, Tainá Fernanda; VANDRESEN, Thaís. A Reserva do Possível: Entre a Suposta Insuficiência de Recursos Disponíveis e a Execução do Direito à Saúde. **Revista Bonijuris**, Paraná, p.16-22. Agosto, 2016.

⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016. P. 290.

⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 1003.

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 676.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 676.

¹¹ PEDRINI, Tainá Fernanda; VANDRESEN, Thaís. A Reserva do Possível: Entre a Suposta Insuficiência de Recursos Disponíveis e a Execução do Direito à Saúde. **Revista Bonijuris**, Paraná, p.16-22. Agosto, 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

É inegável que em relação ao direito fundamental à saúde, bem como, aos demais direitos sociais, “a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo [...],”¹² para alguns indivíduos o custo do tratamento é bem maior do que para outros.

Quanto a isso, Marinela compreende que “o poder público não pode se eximir de suas obrigações com fundamento no princípio da reserva do possível; e mais, o mínimo existencial, condição de sobrevivência para qualquer ser humano, tem que ser prestado.”¹³

Portanto, “ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.”¹⁴

Isso explica o fato de que os “defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana.”¹⁵

Nathalia Masson destaca que a alegação da reserva do possível constitui em,

um ônus que recai sob o Poder Público quando este alegar como defesa frente ao não atendimento das prestações solicitadas, cabendo-lhe o dever de comprová-la satisfatoriamente, não sendo suficiente a alegação genérica de que não há possibilidade orçamentário-financeira de se cumprir o direito, será preciso demonstrá-la cabalmente.¹⁶

A partir do exposto, conclui-se que, para o Estado garantir o direito fundamental à saúde, o mesmo precisa de recursos financeiros para este fim, a denominada reserva do possível, de modo que, se a garantia encontra-se “dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado.”¹⁷

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 676.

¹³ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 1003.

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 677.

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 677.

¹⁶ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p. 293.

¹⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1003.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

Mas por outro lado, o mesmo deve atender ao menos o mínimo existencial, de qualquer modo, não se deve perder de vista, nesse debate, que alguns cidadãos precisam mais disponibilidade financeira do Estado do que outros para terem o seu tratamento de saúde.

Para tanto, quando isso acontece, o Estado precisa “gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos”.¹⁸

Entretanto, resta verificar como fica a responsabilidade civil do Estado quando este adota critérios que acabam prejudicando a dignidade da pessoa humana, em que pese, quando o cidadão tem uma única chance de curar sua doença ou uma única chance de sobrevivência, e por critérios adotados pelo Estado, a pessoa perde a sua chance de cura ou de sobrevivência.

3 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO E REQUISITOS

É evidente que “o instituto da responsabilidade civil vem paulatinamente adequando-se aos novos clamores sociais e econômicos, sendo essas adequações sentidas, de forma muito direta, nos seus requisitos clássicos.”¹⁹

Diante disso, cumpre agora estudar sobre a teoria da perda de uma chance, e consequentemente desvendar qual a sua origem, tendo em vista que a mesma é considerada por Rafael Peteffi da Silva “o campo de experimentação mais sofisticado para a análise dos atuais limites dos conceitos de dano indenizável e de nexos de causalidade.”²⁰

Importante mencionar, que no presente artigo, aborda-se a teoria vinculada a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência do cidadão em decorrência da omissão do Estado, tendo em vista que o mesmo possui o dever de assegurar o direito fundamental à saúde.

¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 677.

¹⁹ DA SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. In: ROCHA, Maria Vital da; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p.150.

²⁰ DA SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. In: ROCHA, Maria Vital da; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p.150.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

Cavaliere Filho, compreende que a teoria da perda de uma chance foi “desenvolvida pela doutrina francesa para aquelas situações em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.”²¹

O mesmo autor diz que,

a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.²²

Atualmente, a teoria em estudo, vem sendo argumento de reparação de danos nos tribunais, entretanto, os mesmos “encontram dificuldade para harmonizar os conceitos da teoria.”²³.

Para melhor compreensão, merece destaque o exemplo de Sílvia de Salvo Venosa, citado em sua obra de responsabilidade civil:

Veja, como exemplo elucidativo de perda de uma chance, o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um treloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiu-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem a garantia de obtê-lo. Um prêmio ou uma indenização, nesse caso, nunca poderia ser o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim em razão da perda dessa chance.²⁴

No exemplo citado acima, o atleta perdeu a chance de ser campeão da prova que disputava, não quer dizer que se o espectador não tivesse o empurrado ele iria com certeza ganhar a prova, mas ele tinha chances de ganhá-la.

De modo genérico, Maria Helena Diniz conceitua a teoria da perda de uma chance como “[...] a frustração de probabilidade de obtenção de um benefício na

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 469.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 98.

²³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63.

²⁴ VENOSA, Sílvia de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 43-44.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

esfera jurídica de quem foi lesado, moral ou patrimonial, por ato comissivo ou omissivo do lesante.”²⁵

Importante citar neste contexto, a ementa do recurso inominado julgado pela Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná:

[...] A teoria da perda de uma chance possibilita a obtenção de indenização junto àquele que, por culpa, priva-a de uma chance de obter alguma vantagem, resultando, daí, um dano indenizável, porém, deve ser baseada sobre uma certeza, ou seja, sobre a verossimilhança de que a chance poderia se concretizar ou sobre o índice de probabilidade de êxito, caso a chance não tivesse sido perdida[...]”²⁶

Com esta ementa, evidencia-se que a chance deveria ter um grau de certeza de que poderia vir a se concretizar se a mesma não tivesse sido perdida.

Cavaliere Filho, em sua obra sobre responsabilidade civil, descreve que a teoria da perda de uma chance caracterizar-se-á, quando em consequência da conduta de outrem, “desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima.”²⁷

Há quem sustente que, para ser empregada a teoria da perda de uma chance,

a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser pela chance perdida, pela perda da possibilidade de auferir alguma vantagem, e não pela perda da própria vantagem; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. A chance de vitória terá sempre valor menor que a própria vitória, o que deve refletir no valor da indenização.²⁸

Da mesma forma, assim preceitua Sérgio Savi quando afirma que “a perda de chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre, é perdida no mesmo momento em que se verifica o fato danoso.”²⁹

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V. 7. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 3ª Turma Recursal. Recurso Inominado nº 0022533-53.8.16.0018/0. Recorrente Guilherme Fernandes Marques. Recorrida Telefonica Brasil S.A. Relatora: Giani Maria Moreschi. Cidade. Curitiba, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000003352081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0022533-53.2015.8.16.0018/0#>>>. Acesso:27 mar. 2017.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 469.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 469.

²⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 35.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

Maria Helena Diniz compreende que “a chance perdida é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou cessação do prejuízo”.³⁰

Carlos Roberto Gonçalves trata brevemente da teoria em estudo, de modo que, segundo ele, “mera possibilidade não é passível de indenização, pois chance deve ser séria e real para ingressar no domínio do dano ressarcível.”³¹

Neste sentido, Maria Helena Diniz ensina que “o lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar.”³²

Desta forma, de acordo com a mesma autora, em caso de indenização com base na teoria da perda de uma chance, não seria fixado o valor da indenização no “ganho que deixou de ter, mas, na verdade, na chance,”³³ que foi perdida.

Portanto, das lições acima, conclui-se que, para a configuração da teoria da perda de uma chance, apresentam-se como requisitos chances sérias e reais, entretanto, a indenização não recairá sobre a totalidade do dano, mas sim sobre a chance perdida.

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para complementar a pesquisa da temática proposta neste artigo, resta a análise de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, averiguou-se que o mesmo discorre o tema em estudo pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, o que fez nos seguintes termos:

3. **A dignidade da pessoa humana**, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, **é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna**, na qual estão presentes, **no mínimo, saúde**, educação e segurança. 4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V.7. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 285.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V.7. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V. 7. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 70.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral. 5. **A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado**, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado. 6. **A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.** 7. Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.³⁴ (Grifo nosso)

O Tribunal compreende que o princípio da dignidade da pessoa humana está correlacionado a garantia dos direitos fundamentais, como exemplo, o direito fundamental a saúde, por conseguinte, compreende ainda que, as chances de cura ou de sobrevivência são bens juridicamente protegidos.

Conforme o disposto na ementa supra descrita, desde que presentes os requisitos, pode o Estado ser responsabilizado civilmente por sua omissão em garantir o direito fundamental à saúde, pela simples perda de chances de cura ou de sobrevivência.

O mesmo Tribunal, julgou vários outros casos contendo a temática em estudo, tanto que, em dezembro de 2016, apreciou o recurso especial de nº 2016/0004941-5:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. NÃO FORNECIMENTO DE FÁRMACO. INTERRUÇÃO DE TRATAMENTO. CONDUTA OMISSIVA. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL. REPARAÇÃO DEVIDA. INDENIZAÇÃO ESTABELECIDA EM VALOR RAZOÁVEL. DESPROVIMENTO DO APELO. IMPROCEDÊNCIA DO REEXAME NECESSÁRIO. 1. **A orientação que vem prevalecendo nas Turmas do Supremo Tribunal Federal é a de que subsiste a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em se tratando de conduta omissiva, devendo esta ser apurada pela existência ou não de um dever jurídico de agir do Estado.** 2. O dever jurídico de agir - no caso, de fornecer medicamento que já havia prescrito, por meio de médico da rede pública de saúde, e cuja ministração tivera início outrora para subsequente continuidade do tratamento - omitido pelo Estado adquire relevância jurídica e o torna responsável por criar o risco da ocorrência do resultado danoso. Além do mais, **a simples chance de sobrevivência ou sobrevida passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida é passível de reparação.** 3. In casu, a responsabilidade é calcada na prevalência dos direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da saúde (CF, art. 1º, III, art. 6º), esse último, segundo o art. 196 da CF, direito de todos e dever do Estado, garantido

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.622-DF (2012/0041973-0). Recorrente Alberdan Nascimento de Araújo e outro. Recorrido: Hospital Santa Lúcia S/A. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/51314204/stj-27-02-2013-pg-360>>. Acesso: 19 abr. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Sem falar no princípio basilar do *neminem laedere*, positivado no art. 5º. X, da CF, que garante a integridade corporal e patrimonial da pessoa contra ato lesivo e injusto de outrem. 4. Há nexos de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem foi retirada a chance de uma sobrevivência, não havendo que se falar em caso fortuito. 5. Não merece reparo o valor da indenização fixada originalmente, pois guarda adstricção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e aos objetivos nucleares da reparação.³⁵ (grifo nosso)

Contudo, verifica-se que nas apreciações do Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento que a responsabilidade civil do Estado em casos envolvendo a teoria da perda de uma chance decorrente da omissão do Estado em garantir o direito fundamental à saúde é objetiva.

Insta ainda, citar mais um exemplo de apreciação realizado por meio de recurso especial, envolvendo a teoria da perda de uma chance de sobrevivência decorrente da omissão do Estado.

Trata-se do caso de um bebê, que perdeu a chance de sobreviver, porque, na ocasião do parto, não estava presente o médico pediatra, retardando assim o atendimento.

Sendo que o mesmo apresentava problemas de saúde e conseqüentemente teve a perda da chance de sobrevivência, e por conta disso, o Estado teve que pagar aos pais do bebê a importância de R\$33.900,00.³⁶

Constata-se que, se preenchidos os requisitos, os tribunais posicionam-se favoravelmente a aplicação da teoria da perda de uma chance diante da violação do dever constitucional do Estado em garantir o direito fundamental à saúde.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.577.177 - AC (2016/0004941-5). Recorrente: Estado do Acre. Recorridos: Jailson de Almeida Souza; Jairo de Almeida de Souza; Joaquim de Almeida Souza. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=67974487&tipo=0&nreg=201600049415&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161219&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso: 19 abr. 2017.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 925.242 - SP (2016/0144651-2). Agravante: Fundação de Saúde e Assistência do Município de Caçapava. Agravado: Marco Aurélio Portes; Daniele Regina Pasturczak; representada por Célia Regina Pasturezak. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=63755374&tipo=0&nreg=201601446512&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160817&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso: 20 abr. 2017.

5 CONCLUSÃO

Considerando que o tema proposto é amplo e complexo, esclarece-se que não houve a intenção de esgotar todas as possibilidades existentes de produção de conhecimento acerca da temática.

Compreendeu-se, com esta pesquisa, que o direito fundamental à saúde está interligado com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que esta exige a proteção dos direitos fundamentais.

De modo que, cabe ao Estado, por meio de políticas econômicas, garantir a proteção deste direito fundamental para todos os cidadãos, e de igual modo, garantir a sua promoção e sua prevenção.

Em que pese para garantir o direito à saúde o Ente Público necessite observar o limite da reserva do financeiro possível, quando se trata do mínimo existencial, não poderá esquivar-se de sua obrigação.

Desta forma, quando o Estado não garante ao menos o mínimo existencial do direito à saúde, ocorre a violação de um direito fundamental, gerando-se dano à pessoa humana, ferindo sua dignidade.

Por conta disso, e ainda considerando que o Ente Público tem o dever constitucional de agir, de evitar o resultado, o mesmo pode ser responsabilizado civilmente, tendo que indenizar a pessoa humana que teve o direito à saúde violado.

No entanto, para a aplicação do instituto da responsabilidade civil, exige o cumprimento de certos requisitos, sendo eles a conduta positiva ou negativa (lícita ou ilícita), a certeza do dano e o nexo de causalidade.

Tratando-se da responsabilidade civil do Estado, a Constituição Federal determina que, em regra, sua responsabilidade é objetiva, portanto não exige a comprovação de culpa do mesmo.

Constatou-se que, apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à conduta negativa do Estado em garantir o direito fundamental à saúde prevalece majoritariamente o entendimento que não é necessária a comprovação da culpa do Ente Público, bastando-se os demais requisitos do instituto da responsabilidade civil.

Para o Superior Tribunal de Justiça, se o Estado se encontra na condição de garantidor de algo, diante da omissão a responsabilidade será objetiva. Portanto,

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

quando o Estado se omite em garantir o direito fundamental à saúde, não é necessário comprovar a sua culpa, para que seja responsabilizado.

Percebe-se que, recentemente várias decisões dos tribunais brasileiros, tratam do tema proposto neste artigo, sendo que, com base nestas decisões, pode-se afirmar que os tribunais, sempre que constatarem presentes os requisitos da teoria da perda de uma chance, reconhecem ser possível sua aplicação diante da violação do dever constitucional do Estado em garantir o direito fundamental à saúde.

Nestes casos, em que é possível a aplicação da teoria, o Estado precisa indenizar os indivíduos que tiveram algum dano, alguma perda de chance de cura ou de sobrevivência, pouco importando o limite da reserva do possível.

Portanto, é necessário constatar o caso concreto, para conferir a possibilidade ou não de aplicação da teoria da perda de uma chance como argumento para reparação de danos, diante de violação da garantia e do direito fundamental à saúde por parte do Estado.

Constata-se, que a teoria da perda de uma chance tem aplicação muito recente no direito brasileiro, e encontra-se em constante evolução. Deste modo, os estudos a respeito da mesma devem prosseguir além deste artigo.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 06 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.577.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.577.177 - AC (2016/0004941-5). Recorrente: Estado do Acre. Recorridos: Jailson de Almeida Souza; Jairo de Almeida de Souza; Joaquim de Almeida Souza. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=67974487&tipo=0&nreg=201600049415&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161219&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso: 19 abr. 2017.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.622-DF (2012/0041973-0). Recorrente Alberdan Nascimento de Araújo e outro. Recorrido: Hospital Santa Lúcia S/A. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/51314204/stj-27-02-2013-pg-360>>. Acesso: 19 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 925.242 - SP (2016/0144651-2). Agravante: Fundação de Saúde e Assistência do Município de Caçapava. Agravado: Marco Aurélio Portes; Daniele Regina Pasturczak; representada por Célia Regina Pasturezak. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 02 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=63755374&tipo=0&nreg=201601446512&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160817&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso: 20 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 3ª Turma Recursal. Recurso Inominado nº 0022533-53.8.16.0018/0. Recorrente Guilherme Fernandes Marques. Recorrida Telefonica Brasil S.A. Relatora: Giani Maria Moreschi. Cidade. Curitiba, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000003352081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0022533-53.2015.8.16.0018/0#>>. Acesso: 27 mar. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DA SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. In: ROCHA, Maria Vital da; MAMEDE, Gladston; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. V. 7. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

PEDRINI, Tainá Fernanda; VANDRESEN, Thaís. A Reserva do Possível: Entre a Suposta Insuficiência de Recursos Disponíveis e a Execução do Direito à Saúde. **Revista Bonijuris**, Paraná, p.16-22. Agosto, 2016.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
X MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
7 de novembro de 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.