

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ANA LAURA TEODORO SCHETTINI

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A
OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NA SEARA MÉDICA**

Uberlândia

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ANA LAURA TEODORO SCHETTINI

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E A
OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NA SEARA MÉDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Profa. Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho

Uberlândia
2017

Sumário

INTRODUÇÃO	3
1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	5
1.1 Conceito e breve histórico evolutivo.....	5
1.2 Espécies de responsabilidade civil	8
1.3 Elementos da responsabilidade civil.....	9
1.3.1. Ação/Omissão	9
1.3.2. Dano	11
1.3.3. Nexo de Causalidade.....	13
1.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva	14
1.4.1. Responsabilidade Civil Subjetiva	15
1.4.2. Responsabilidade Civil Objetiva.....	16
2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	20
2.1 Origens, conceito e evolução	20
2.2 Interpretação doutrinária e jurisprudencial no Brasil.....	23
2.3 A obrigação de indenizar pela perda de uma chance	25
3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA	29
3.1 A situação da saúde pública no Brasil.....	30
3.2 A teoria da perda de uma chance no caso de erro médico	33
3.3 A teoria da perda de uma chance no caso de omissão estatal.....	41
3.4 A quantificação do dano moral decorrente da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica.....	44
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O direito tem por objetivo regular as relações humanas de modo a garantir uma convivência pacífica e harmoniosa no meio social. Essa tarefa, no entanto, é, por muitas vezes, árdua, pois, com o passar do tempo, o ser humano se desenvolve como ser pensante, cria novas tecnologias e estrutura novas formas de se relacionar.

Considerando essa ambientação de mudanças constantes, é possível afirmar que a responsabilidade civil é hoje concebida como um dos pilares do direito civil brasileiro, regulando as relações interpessoais e garantindo a reparação dos danos causados a um terceiro em razão de ação ou omissão ilícita praticada pelo agente. A teoria remete impreterivelmente ao conceito e à ideia de justiça em sua mais pura forma, resguardando a proporcionalidade e o princípio do *neminem laedere* (dever de não lesar).

Apesar de o instituto da responsabilidade civil, seus elementos, características e efeitos estarem extremamente consolidados no direito brasileiro, as causas que o envolvem nem sempre são pacíficas. O surgimento de situações fáticas não previstas em lei e a atividade da mente humana em trabalhar novas ideias e criar novos paradigmas ensejam a caracterização de circunstâncias novas. Em outras palavras, o desenvolvimento social e a criação de novas tecnologias implicam na caracterização de novas situações, dificultando a tarefa do aplicador da lei.

Ante a insuficiência do aparato normativo existente, doutrinadores e jurisprudência começam a trabalhar conjuntamente para preencher as lacunas e garantir uma prestação efetiva aos jurisdicionados. Nesse contexto, objetivando explicar e justificar posicionamentos, surgem as teorias.

No que diz respeito à saúde pública, o Brasil vem enfrentando diversos problemas. A crise política e econômica que assola o país restringe o repasse de verbas com relação a todos os setores, resultando em um cenário caótico de insuficiência decorrente de má administração e má gestão. Nos hospitais públicos faltam agulhas, gases, luvas e outros diversos materiais básicos para o atendimento à população. Faltam, inclusive, leitos.

Somado a essa situação de caos social, alguns profissionais da saúde, por vezes, agem com imperícia ou deixam de tomar os cuidados devidos lesando os direitos do paciente. Em alguns casos os médicos deixam de instruir seus pacientes quanto aos cuidados que devem tomar, em outros não fazem questão de atender ou socorrer o paciente da forma devida, e há, ainda, aqueles em que os profissionais simplesmente não têm como agir (como no caso de não haver leitos disponíveis para internação).

Obviamente que dos diversos problemas apresentados decorrem danos aos pacientes. A demora no atendimento ou o não fornecimento de informações acabam gerando prejuízo para os pacientes e, em situações particulares, podem até acarretar o agravamento do caso. Cite-se, ainda, que há casos em que o resultado da conduta é o óbito do paciente.

Apesar de parecer simples, por vezes é difícil comprovar os pressupostos da responsabilidade civil (ação ou omissão, dano e nexo de causalidade) para que se caracterize o dever de indenizar. Lesados, os pacientes não podem restar irressarcidos. É necessário que o direito proteja os direitos e garanta a efetiva recomposição daqueles que sofrem dano em razão da conduta de outrem, não podendo se omitir diante de tamanha injustiça.

Nesse contexto, a doutrina formulou a teoria da perda de uma chance. Essa teoria trabalha com a ideia de uma oportunidade perdida. Envolve, portanto, noções de probabilidade. Por esse motivo, sua utilização prática (apesar de reiterada) é tema de controvérsias.

Se em sua própria essência a teoria é controvertida, é de se imaginar que quando envolve a saúde e o próprio direito a vida, os ânimos ficam ainda mais exaltados. É difícil estabelecer quais são os limites a serem observados, as ponderações a serem feitas e os cuidados a serem tomados quanto à sua aplicação. Observe-se, ainda, que aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, normalmente, dá ensejo à reparação por danos morais. Isso torna o assunto ainda mais complexo e interessante pois envolve a quantificação de um dano experimentado pela pessoa em seu íntimo, tendo como fundamento uma probabilidade.

Para alguns operadores e estudiosos do direito a ideia parece absurda. Para outros é a única forma de tentar garantir a reparação de um dano que foi causado a um terceiro. O presente trabalho discutirá, portanto, a temática observada destacando aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil e aprofundando no estudo da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance e da obrigação de indenizar na seara médica.

1 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito e breve histórico evolutivo

O direito das obrigações é o ramo do direito civil que trata das relações de natureza patrimonial entre sujeitos. Via de regra tem-se um devedor e um credor que se vincularam de alguma forma, objetivando garantir o cumprimento de determinada prestação.

Nesse sentido, observa-se que a maioria dos doutrinadores, tais como Maria Helena Diniz e Sergio Cavalieri Filho, trabalha com a teoria da responsabilidade civil dentro do direito das obrigações, argumentando que “como a principal consequência da prática do ato ilícito é a obrigação de indenizar - obrigação, esta, de natureza pessoal-, pode-se adiantar que a responsabilidade civil é parte integrante do Direito Obrigacional”.¹

É possível perceber que a prática de um ato ilícito gera a obrigação de reparação (prestação) envolvendo o causador do dano e aquele que foi lesado (sujeitos). Importante ressaltar que o cumprimento da prestação no âmbito do direito obrigacional, ou a efetivação da reparação do dano causado no que diz respeito à responsabilidade civil, podem ser pleiteados judicialmente, o que torna o estudo do assunto ainda mais interessante no que tange ao ambiente jurídico.

O histórico evolutivo da responsabilidade civil remonta a tempos muito distantes em que os danos causados eram punidos com a vingança coletiva. Nesse período, quando um indivíduo praticava uma conduta considerada lesiva, toda a tribo a que ele pertencesse era submetida a castigos cruéis determinados com o intuito de punir o mal causado na mesma medida.

Grande evolução ocorreu no período da antiguidade oriental quando a sanção pelo ato cometido passou a ser individualizada e limitada à pessoa do autor do ilícito, sendo intitulada, por vários autores, como “vingança privada”. A título de exemplo, podem-se citar o Código de Lipit-Ishtar, o Código de Shulgi, no qual estava contida a famigerada Lei de Talião, e o Código de Eshnunna. Nesse momento histórico reinavam as premissas do “olho por olho, dente por dente” e “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. “O poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou”².

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 14 p.

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 11 p.

Anos depois, começou a ganhar espaço a ideia da composição. As sociedades passaram a perceber que seria mais conveniente que as partes entrassem num acordo para que houvesse a imediata reparação do dano mediante pagamento de quantia em dinheiro, ao invés de se cobrar a retaliação. Tal proposta se fortaleceu a medida em que se percebeu que a retaliação não reparava o dano, mas, na verdade causava dano dobrado, uma vez que o tanto a vítima quanto seu ofensor acabavam prejudicados.

A noção de reparação pecuniária do dano se solidificou ainda mais com a edição da *Lex Aquilia de damno*, que impôs que o patrimônio do causador do dano responderia pelo prejuízo causado além de inaugurar a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, uma vez que o lesante só seria responsável caso restasse demonstrado que agiu com culpa.

Nesse sentido “o Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano como caráter de pena privada e como reparação visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal”³.

A distinção entre responsabilidade civil e pena somente se deu na idade média, quando se estruturou a ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*. A teoria da responsabilidade civil, entretanto, somente se solidificou em razão de obra da doutrina, tendo como figura dominante Domat, um jurista francês.

Inicialmente, o fundamento para a reparação civil era somente vinculado à ideia de culpa. Observada a insuficiência desse elemento e a crescente criação de riscos decorrente da modernização das formas de produção e das relações humanas, começou a germinar a teoria da responsabilidade civil objetiva, que envolve a noção de risco.

Hodiernamente, é possível perceber que “a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também com fundamento da responsabilidade civil”⁴. Há, ainda, um movimento de expansão no que tange a “área de incidência” da aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva, de modo que tem aumentado o número de responsáveis pela reparação de danos causados a terceiros independentemente da demonstração de culpa.

Em suma, no que diz respeito ao aspecto histórico, a evolução da teoria da responsabilidade civil remonta à antiguidade, se adaptando através dos anos e passando pelos períodos da vingança coletiva, da vingança privada, da adoção das noções de

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 11 p.

⁴ Ibidem, 13 p.

proporcionalidade e da substituição da pena corporal pela punição pecuniária a título de reparação. Destaca-se, ainda, a valorização do caráter de reparação (restitutório) e a desvalorização do aspecto punitivo vinculado à responsabilidade civil. Além disso, observa-se o surgimento da ideia de responsabilidade civil objetiva e ressalta-se sua constante evolução intimamente vinculada ao estreitamento das relações humanas.

Traçadas essas breves e relevantes considerações sobre a evolução histórica da ideia de responsabilidade civil, partir-se-á para um estudo desse instituto no direito brasileiro contemporâneo.

Maria Helena Diniz conceitua a responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal”⁵.

Nesse viés, é possível perceber que o surgimento da responsabilidade civil se dá no momento em que há a prática de um ato ilícito, que seria a violação consciente de um dever. A prática desse ato gera um dano a terceiro devendo, para tanto, haver uma relação de causalidade entre o ato praticado e o dano causado. Percebe-se, portanto, que a teoria da responsabilidade civil conta com três elementos básicos, quais sejam: o dano, a prática de ato ilícito e o nexo de causalidade entre eles. Esses elementos são de suma importância e serão analisados com mais propriedade em tópicos propriamente destinados.

No que diz respeito ao objeto e ao objetivo da responsabilidade civil, tem-se que

A responsabilidade civil não é diferente do sentido comum de qualquer responsabilidade qual seja, o da ideia de obrigação, encargo ou contraprestação. Designa a obrigação de repor a vítima do dano injusto na situação em que se encontrava antes do ato ilícito. O descumprimento do dever de não lesar a ninguém gera um desequilíbrio (uma desordem) na situação jurídico-patrimonial do ofendido. A responsabilidade civil vem a ser justamente a obrigação do agente motivador desse desequilíbrio de reparar o prejuízo causado a outrem por um ato contrário à ordem jurídica⁶.

Nessa senda, é possível perceber que a reparação de determinado dano causado a um terceiro em razão da prática de um ato ilícito visa garantir que a pessoa que foi lesada não

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 34 p.

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 19 p.

permaneça prejudicada e que seja reestabelecido o equilíbrio da situação jurídico-patrimonial da vítima. O direito adquirido pela vítima é tratado como um bem, cujo objeto é o valor correspondente ao prejuízo a ser reparado pelo ofensor.

Importante ainda destacar que a responsabilidade civil se difere das responsabilidades penal e administrativa, as quais são tratadas de modo particular e diverso não devendo ser confundidos os efeitos em cada esfera do direito. O trabalho aqui desenvolvido está focado somente no âmbito da responsabilidade civil.

Ante o exposto, é possível perceber que a evolução histórica e o conceito contemporâneo de responsabilidade civil são extremamente vinculados, tendo em vista que o instituto é fruto de situações fáticas bastante práticas e dinâmicas. Não se pode dizer que a teoria da responsabilidade civil parou de se desenvolver. Muito pelo contrário. A evolução das tecnologias e das relações sociais tem ensejado o surgimento de situações não previstas e não abarcadas pela legislação vigente o que implica na necessidade de adaptação por parte dos aplicadores do direito para garantir que a justiça seja alcançada.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao seu fato gerador, quando ao seu fundamento e quanto ao agente que pratica o ato ilícito.

No que diz respeito ao fato gerador, é possível classificar a responsabilidade em contratual ou extracontratual. A primeira, está vinculada ao inadimplemento no âmbito do negócio jurídico, ou seja, decorre de uma relação obrigacional acordada pelas partes em um contrato. Já a responsabilidade extracontratual (também conhecida como aquiliana) decorre de um inadimplemento normativo, uma vez que não há um vínculo voluntário entre as partes. A fonte desse tipo de responsabilidade é, justamente, a lesão a um direito decorrente de inobservância da lei, sem que haja entre as partes qualquer vínculo anterior ao cometimento do ato.

Já no que tange ao fundamento da responsabilidade, ela poderá ser subjetiva ou objetiva, sendo a primeira vinculada à culpa ou dolo e a segunda fundada no risco. Esse assunto será discutido de modo mais aprofundado em momento posterior.

Ademais, a responsabilidade civil pode ser, ainda, direta ou indireta. Será direta quando agente for a própria pessoa à qual o ato é imputado, e indireta quando advir de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo de responsabilidade.

1.3 Elementos da responsabilidade civil

1.3.1. Ação/Omissão

A ação é o elemento gerador da responsabilidade. Constitui-se na prática de um ato que pode ser comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e imputável, ou seja, o ser humano, por meio de uma ação ou omissão que a ele pode ser atribuída, gera um efeito para um terceiro e deve arcar com possíveis prejuízos causados.

Nesse contexto, importante destacar os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002, que são dois dos dispositivos mais relevantes do diploma civil no que diz respeito ao assunto da responsabilidade civil. Nesse primeiro tópico, serão analisadas questões relativas tão somente à ideia de ação. Os aspectos relacionados aos demais elementos serão tratados em tópico próprio.

O art. 186 dispõe, *in verbis*, 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”. Dessa redação é possível depreender e analisar diversos aspectos do ato ilícito.

Primeiramente, tem-se que o ato pode ser comissivo ou omissivo. Em outras palavras, o sujeito pode agir ou deixar de agir voluntariamente quando, na verdade, deveria fazê-lo, acarretando prejuízo para terceiro. Maria Helena Diniz escreve que “a comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”⁷. Além disso, o dispositivo elencado, traz que a negligência ou a imprudência também podem gerar dever de indenizar, caso delas resulte dano a outrem.

O art. 927, por sua vez, estabelece que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse sentido, importante perceber que a ação lícita não gera obrigação de indenizar, de modo que, somente ao cometer ato ilícito, o agente deverá ser responsabilizado civilmente pelos danos causados.

Ressalta-se, também, que a ação praticada pelo sujeito deve violar direito e causar dano a outra pessoa, de modo que a simples ação ou omissão que não gere lesão a um terceiro não enseja o dever de indenizar. Ou seja, “se é ato, nunca o ato ilícito consistirá numa simples

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 40 p.

declaração de vontade. Importa dizer que ninguém pratica ato ilícito simplesmente porque promete a outrem causar-lhe um prejuízo”.⁸

Sustenta a doutrina que “os pressupostos fundamentais do ato ilícito residem na contrariedade a direito, ou seja, infração de princípio do ordenamento jurídico, que é pressuposto objetivo, bem como ter sido previsível ou afastável o resultado”⁹. O que se percebe, conseqüentemente, é que para restar caracterizado o ato ilícito conforme o art. 186 do diploma civil, deve haver uma infração a determinada norma e, concomitantemente, a previsibilidade ou a evitabilidade do resultado causado.

No que tange ao ato ilícito, Sérgio Cavalieri Filho aborda em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, uma interessante discussão quanto ao seu conceito. O renomado doutrinador aponta, inicialmente, a dificuldade em definir o ato ilícito e, com o intuito de facilitar a compreensão do que seria de fato, sustenta que a ilicitude pode ter dois aspectos: objetiva e subjetiva.

A ilicitude é objetiva quando é levada em conta a conduta ou o fato em si mesmo, verificando-se desconformidade com o objetivo legal. Sendo assim, se pode dizer que a conduta contrária à norma jurídica, por si só, é qualificada como ilícita, ainda que não tenha surgido de uma vontade consciente e livre do autor.

Será considerada subjetiva a ilicitude, quando houver um ato humano consciente e livre a respeito do qual deverá ser feito um juízo de valor para que possa ser, então, qualificado. Em outras palavras, só existe ilicitude quando a conduta, contrária ao valor que a norma visa proteger, for também culposa.

Essa duplicidade vinculada à ilicitude influi, diretamente, no conceito de ato ilícito, de modo que cria dois vieses, quais sejam: ato ilícito em sentido amplo e ato ilícito e sentido estrito.

O primeiro indica somente a ilicitude do ato, abstendo-se de analisar o elemento subjetivo ou psicológico. Já o segundo se traduz no conjunto de pressupostos da obrigação de indenizar, ou seja, surge a partir da integração entre conduta ilícita, culpa, dano e nexa causal.

De acordo com Cavalieri,

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 13 p.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 63 p.

Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A culpa é, efetivamente, o fundamento básico da responsabilidade subjetiva, elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa. Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para sua configuração.¹⁰

Toda essa discussão em torno do conceito de ato ilícito se mostra extremamente relevante tendo em vista a disposição do art. 927 do CC/02 que obriga a reparar o dano causado aquele que cometeu ato ilícito. A prática do ato ilícito é, portanto, pressuposto para que haja dever de indenizar podendo ser classificado em sentido amplo ou em sentido estrito, fundamentando as responsabilidades objetiva e subjetiva, respectivamente.

1.3.2. Dano

No contexto da responsabilidade civil, o dano é o resultado da prática de ato ilícito. O dano é, portanto, o centro da responsabilidade civil, de modo que se não houver dano não se pode falar em dever de indenizar, tendo em vista que essa situação acarretaria enriquecimento ilícito. “Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar”.¹¹

Todos os artigos mais abrangentes do Código Civil em relação ao tema da responsabilidade (186, 927 e 927, p.u.) trabalham com a necessária existência de dano. O dano, portanto, é, não só fato constitutivo, mas também determinante do dever de indenizar.

O art. 186 do CC prevê, expressamente, que o dano causado pode ser exclusivamente moral. Essa construção é fruto da edição do Código Civil de 2002, uma vez que o Código de 1916 não previa a possibilidade de se indenizar pela causação de dano moral.

O dano causado a terceiro em razão da prática de ato ilícito pode ser, portanto, de cunho material ou moral. “Se o ataque dirigir-se ao bem material, o dano será material, chamado pela doutrina de patrimonial; se ao bem imaterial, o dano será imaterial, cognominado moral”¹².

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 11

p.
¹¹ Ibidem, 77 p.

¹² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 69 p.

O dano material ou patrimonial cuida de prejuízo causado em razão de destruição total ou parcial causada a algum bem físico e tangível. A título de exemplo, podem-se citar uma janela quebrada em razão do arremesso de uma bola ou um carro amassado em razão da queda de um objeto em cima dele. O importante é que tenha sido causado um prejuízo ao patrimônio de alguém.

O dano moral, no entanto, é um pouco mais complexo de se caracterizar. Essa espécie de dano está mais relacionada com a esfera pessoal daquele que foi lesado. Conceitua-se como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocado pelo fato lesivo”¹³.

Apesar desse viés bastante subjetivo, é extremamente relevante destacar que o direito não tem o objetivo de reparar todo padecimento, aflição ou dor. O propósito da reparação por dano moral é, na verdade, reparar o sofrimento decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual o lesado teria interesse juridicamente reconhecido.

No que diz respeito à delimitação entre dano patrimonial e moral, Maria Helena Diniz ensina que

O caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois o prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial.¹⁴

Tendo em vista essa modificação inserida pelo Código Civil de 2002 no que diz respeito ao dano, foi necessária uma readaptação do seu conceito, uma vez que não mais pode ser caracterizado como (somente) uma efetiva redução no patrimônio da vítima. Sendo assim, os doutrinadores tiveram que adaptar o conceito para que pudesse englobar também o dano de cunho moral ou extrapatrimonial.

Ante essa nova realidade, Cavalieri define o dano como

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma,

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 90 p.

¹⁴ Ibidem, 92 p.

dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁵

Diante do exposto, é possível concluir que o dano, elemento fundamental para ensejar a obrigatoriedade da reparação civil, pode ser de cunho moral ou material, podendo os dois aspectos, ainda que advindos do mesmo fato, serem cumulados de acordo com a súmula 37 do STJ.

1.3.3. Nexo de Causalidade

O último elemento a ser tratado no presente trabalho é o nexo de causalidade. Esse elemento estabelece a conexão entre o ato praticado e o dano resultante, apurando se o agente, a partir de sua conduta, deu causa ao resultado. A responsabilidade civil sequer poderia existir sem que houvesse esse elemento.

A relação de causalidade vincula o prejuízo causado ao ato ilícito praticado, “de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível”¹⁶.

O direito civil brasileiro adota a teoria da causalidade adequada no que diz respeito ao nexos causal. De acordo com essa teoria,

Nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.¹⁷

Observa-se, nesse sentido, que não necessariamente o dano resultará apenas imediatamente do fato que o produziu. Deve haver a verificação de que o acontecimento do fato é condição *sine qua non* para a existência do dano. Sendo assim, o fato não precisa ser a causa imediata do dano, bastando que aquele seja condição para a produção deste.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 77 p.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 111 p.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 52 p.

Importante perceber que a lei, em alguns casos, prevê a exclusão do nexo de causalidade, o que resulta na inexistência de responsabilidade por parte do causador do dano ou na possibilidade de compensação das reparações. Exclui-se a relação de causalidade quando o evento se da: a) por culpa exclusiva da vítima (eliminando-se qualquer responsabilidade por parte do autor do dano); b) por culpa concorrente ou por culpa comum (aplicando-se a compensação das culpas; c) por culpa de terceiro; ou d) por força maior ou caso fortuito (tendo em vista que a culpabilidade é eliminada por não ser possível evitar o evento).

O nexo causal, portanto, é o elemento que estabelece a conexão entre a prática do ato ilícito e o dano causado sendo, conseqüentemente, fundamental para que se proceda à reparação civil, e poderá ser excluído nos casos acima enumerados, eliminando a obrigação de indenizar por parte do causador do dano.

1.4 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Feitos os apontamentos necessários no que diz respeito aos elementos da responsabilidade civil, partir-se-á a uma análise das duas teorias que ensejam o dever de indenizar, quais sejam a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Como já estudado anteriormente, quando um dano é gerado em razão da prática de um ato ilícito, nasce a responsabilidade civil. Ocorre que, tendo em vista o dinamismo da vida moderna e a constante evolução das relações humanas, tem havido uma ampliação crescente do dever de indenizar nas mais diversas circunstâncias. Nesse sentido, “na ordem jurídica, onde estiver presente um dever de conduta, sua violação acarreta ao infrator a obrigação de responder por sua reparação, ou pelas suas conseqüências definidas nas diferentes áreas do direito”¹⁸.

É, portanto, imprescindível que o direito se adapte e se amolde às situações criadas para garantir que o lesado não fique desamparado. Nesse sentido, objetivando tutelar os direitos de todos (ou da maioria daqueles) que forem lesados, o ordenamento jurídico brasileiro adota como regra geral a teoria da responsabilidade subjetiva e admite, excepcionalmente, a aplicação da teoria objetiva (fundada no risco).

Tendo em vista a importância dos institutos supracitados, será feito um estudo mais aprofundado de cada um desses temas.

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 18 p.

1.4.1. Responsabilidade Civil Subjetiva

O diploma civil brasileiro em vigor (Código Civil 2002) estabelece como fundamento da responsabilidade civil, a prática de ato ilícito. Ao analisar o art. 186 do mencionado diploma, é possível perceber que a culpa (em sentido *lato*) do agente é imprescindível para a configuração do ato ilícito, de modo que esse elemento subjetivo (culpa) é a base para a aplicação da teoria da responsabilidade civil.

Em razão do exposto, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a teoria subjetiva, já que somente aquele que por uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

O conceito de culpa passou por uma evolução histórica no âmbito do direito penal quando se dividiu a culpa em dolo e culpa *stricto sensu*. Ensina Rui Estoco que

O conceito de culpa, que era unitário, dicotomizou-se, pois a doutrina que estuda o Direito Penal evoluiu e deu-lhe outra conotação e passou a abandonar a teoria psicológica da culpabilidade para abraçar a teoria normativa da culpabilidade.

Em proposição simples, o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato.

(...)

A culpa em sentido estrito, entretanto, traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, eis que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.

Cuidando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há falar em culpa *stricto sensu*.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); e da imperícia (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano).¹⁹

Considerando-se que o Código Civil brasileiro adotou, como regra geral, a culpa como pressuposto do ato ilícito, é possível concluir que tanto aquele que agir com a intenção de praticar ato ilícito (com dolo), quanto aquele que agir de forma equivocada sem a intenção de

¹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 154 p.

lesar quando dele se poderia exigir comportamento diverso (culpa em sentido estrito), praticam ato ilícito dando ensejo à responsabilidade civil. Ademais, o ato pode ser comissivo ou omissivo, resultante de imprudência, negligência ou imperícia por parte do autor de modo que, ainda assim, ensejará o dever de indenizar.

1.4.2. Responsabilidade Civil Objetiva

A teoria subjetiva, conforme abordado anteriormente, começou a se mostrar insuficiente para a solução das demandas propostas quando as relações humanas começaram a se tornar mais e complexas e no momento em que as tecnologias passaram a evoluir de modo mais acelerado. Nesse sentido, muitas pessoas lesadas em razão de fato praticado por terceiro, não tinham seus direitos reparados por não haver a possibilidade de comprovar a culpa do agente ou por essa comprovação se mostrar demasiado complexa.

Alvino Lima, argumenta que

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida de culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva²⁰.

Nesse viés, doutrinadores e jurisprudência passaram a sustentar e admitir a possibilidade de se eliminar a imprescindibilidade da culpa, de modo que, em caso específicos, se admitisse a responsabilização do agente sem que houvesse demonstração de culpabilidade.

O diploma civil que entrou em vigor no ano de 2002 já trouxe alguns casos expressos na lei de desnecessidade de comprovação de culpa. A título de exemplo, podem-se citar os artigos 936, 937 e 938 do CC/02 que tratam da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas, os artigos 929 e 930 que

²⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 115 p.

cuidam do estado de necessidade, os artigos 939 e 940 que versam sobre a responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já pagas, o art. 933, de acordo com o qual os pais, tutores, curadores, empregadores e outros respondem, independentemente de culpa, pelos atos danos de terceiros e o parágrafo único do art. 927 que prevê a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, é possível perceber que em diversos casos abarcados pelo ordenamento, se dispensou a necessidade de comprovação de culpa, de modo que a simples prática do ato que resulta em dano para terceiro deverá ser pelo agente indenizada, independentemente de comprovação de culpa. Tal instituto jurídico se funda na chamada teoria do risco.

Maria Helena Diniz escreve que “a responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador”²¹.

A teoria do risco é amplamente debatida e estudada pelos doutrinadores e vem sendo cada dia mais utilizada na jurisprudência dos tribunais pátrios para sustentar a responsabilização do autor do ato ilícito sem que seja necessário demonstrar sua culpa. Diversas são as teorias sobre o risco como critério de imputação. No presente trabalho, serão feitos breves apontamentos sobre as seguintes teorias: a) risco integral; b) risco proveito; c) risco criado; e d) risco excepcional.

A teoria do risco integral foi a primeira a ser formulada. De acordo com essa teoria, basta que de determinado ato surja um dano. Não importa estabelecer as condições de causalidade entre um e outro. A mera existência de dano já enseja o dever de reparar, o que quer dizer que o dever de reparar surge mesmo quando há fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito/força maior.

Já a teoria do risco proveito está mais relacionada com o dever de reparar imposto a quem tem benefícios com a existência do risco, ou seja, o fundamento é, essencialmente, econômico. O agente assume o risco objetivando ter benefícios com a atividade perigosa. Essa

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 53 p.

teoria, no entanto, vem sendo bastante criticada pois há uma patente indefinição do termo “proveito”. “O sentido vago do termo poderia dar margens a interpretações ambíguas e até mesmo albergar qualquer tio de ato na medida em que a obtenção de algum proveito seria natural ao agir humano”²².

A teoria do risco excepcional (também conhecida como risco anormal ou exacerbado), cria dois tipos de risco, baseando-se no homem médio. De acordo com a teoria, existem riscos normais e anormais, sendo que, apenas a prática de riscos elevados (perigosos por natureza) daria ensejo à responsabilidade.

Por fim, tem-se a teoria do risco criado, de acordo com a qual a responsabilidade será atribuída àquele que cria ou aumenta um risco. Nesse sentido, para que faça jus à reparação, basta que aquele que foi lesado demonstre que foi vítima de um risco criado por um terceiro.

No que diz respeito ao Código Civil Brasileiro, a maioria dos doutrinadores entende que o diploma civil, no parágrafo único do art. 927 do CC adotou a teoria do risco criado. O fundamento é justamente a parte final do dispositivo que tem a seguinte redação: “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Há, no entanto, autores que entendem que

“a realidade trai tal interpretação. Em uma sociedade marcada pela onipresença do risco, é natural que haja riscos maiores e menores, muitos dos quais são voluntariamente assumidos por aqueles que, no futuro, poderão se ver lesados. Há riscos socialmente aceitáveis e não parece justo impor regra fixa que aloque os custos relativos a esses riscos exclusivamente na conta de um grupo social”²³.

Percebe-se, portanto, que não é muito pacífico doutrinariamente qual a teoria adotada de fato pelo Código Civil. Em razão disso, a melhor forma de se compreender a dinâmica da aplicação do dispositivo é analisando, casuisticamente, as decisões concernentes ao tema prolatadas pelos juízes e tribunais.

Destacadas as principais diferenças, é imprescindível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro admite a coexistência das teorias. A teoria subjetiva é aplicada como regra, enquanto a teoria objetiva (fundada no risco) se aplica nos casos especificados em lei. Ocorre

²² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 91 p.

²³ Ibidem, 92 p.

que, como já mencionado em outro momento, em alguns casos práticos a aplicação da teoria subjetiva não satisfaz o objetivo da lei, tirando da norma todo o propósito.

Essa insuficiência da teoria subjetiva somada à falta de previsão legal expressa para aplicação da teoria objetiva em determinados casos é o que torna o trabalho jurisprudencial ainda mais importante no que diz respeito aos casos concretos.

A questão, portanto, é bastante polêmica e interessante vez que contrapõe o real objetivo da lei à falta de regulamentação do assunto, fazendo com que se crie um sistema de precedentes sem previsão legal expressa. Tendo em vista a complexidade e a ativa participação do judiciário quanto ao assunto, o trabalho aqui desenvolvido tratará, nos próximos tópicos, dessas questões mais práticas e contemporâneas com o intuito de contribuir com o estudo do assunto.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

No primeiro tópico foram debatidos alguns temas centrais de extrema relevância para a efetiva compreensão do tema que é objeto de estudo do presente trabalho. Traçadas essas considerações gerais, é imprescindível partir para um estudo mais direcionado de assuntos mais específicos que fundamentam a tese aqui defendida.

Para tornar mais didática a explanação do assunto, nesse tópico serão detalhadas três questões (relativamente) genéricas no que diz respeito ao âmbito do direito civil e da responsabilidade civil, mas que, no capítulo seguinte, serão aplicadas ao âmbito do tema do trabalho.

As questões tratadas serão: a) a importância da interpretação doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista que o assunto da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica envolve intenso trabalho dos doutrinadores e aplicadores do direito, vez que o ordenamento jurídico não trabalha com esses institutos de modo expresso; b) a teoria da perda de uma chance propriamente dita, tendo em vista que é justamente em torno de sua aplicação no âmbito da atuação médica que está a problematização a ser discutida; e c) os danos morais, posto que da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, via de regra, decorre a condenação do agente no pagamento de danos morais, o que é bastante complexo e controvertido, já que a quantificação dessa espécie de dano é, por si só, tema de diversas discussões.

Destacada a relevância desses tópicos, partir-se-á para uma análise detalhada de cada um deles.

2.1 Origens, conceito e evolução

A teoria da perda de uma chance surgiu na década de 60 na França. Originariamente, sua aplicação se dava nos casos em que a oportunidade de obter uma situação futura melhor era tirada da vítima em razão do cometimento de ato ilícito por parte do agente. No contexto de seu surgimento, a “consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação por falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d’une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência)”²⁴.

²⁴ MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1301/responsabilidade_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 maio 2017.

A teoria decorre da própria evolução da responsabilidade civil, posto que privilegia a proteção integral às vítimas de atos lesivos em detrimento da necessidade de comprovação dos requisitos básicos da responsabilidade civil clássica. Aplica-se, portanto, a teoria da perda de uma chance “a fim de melhor resguardar as pessoas, evitando que suportem sozinhas os prejuízos da conduta lesiva de alguém, mas que não se enquadrem no pressuposto da certeza do dano final, exigida para caracterizar dano emergente, lucro cessante ou dano moral”²⁵.

Nesse contexto, a chance deve ser entendida como a probabilidade de evitar uma perda ou de se obter um lucro. Cavalieri, citando Caio Mário, argumenta que

O direito pátrio, onde a teoria vem encontrando ampla aceitação, enfatiza que "a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo" (Caio Mário, Responsabilidade civil, 9. ed., Forense, p. 42). É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade.²⁶

Ainda nessa mesma linha de pensamento, tem-se que

não é qualquer chance perdida que autoriza a fixação de uma indenização; para tanto, em outras palavras, a chance perdida, além de ter que ser uma oportunidade real de ganho ou de se evitar prejuízo (não se tratando de ilusões, fantasias ou esperanças) precisa estar revestida de uma grande probabilidade de ocorrência.²⁷

O que se pode perceber, é que existe uma fundamental diferença entre uma chance séria e real e uma possibilidade aleatória. E é justamente nessa diferenciação que reside a permissão ou não para a aplicação da teoria da perda de uma chance.

Em razão da peculiaridade de cada caso concreto, a difícil tarefa de determinar quando uma chance é real ou quando se trata de mera eventualidade, é do julgador. A Ministra Nancy Andrighi pondera que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o julgador bem saiba

²⁵ MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1301/responsabilidade_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 maio 2017.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 81 p.

²⁷ MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1301/responsabilidade_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 maio 2017.

diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas” (Resp 1.079.185).

Outro aspecto bastante relevante quanto ao tema, é a diferenciação entre a perda de uma chance e a simples criação de um risco. Como já mencionado, a pessoa perde uma chance quando, em razão do ato de outrem, vê eliminada a probabilidade de um evento que lhe resultaria em benefício. Há, portanto, uma efetiva privação de um evento determinante para a obtenção de um lucro ou para se evitar um dano.

Por outro lado, há a simples criação de riscos. Nesses casos,

A vítima também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É impossível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será definitivamente observada.²⁸

A principal diferença entre a perda de uma chance e a criação de um risco está justamente na efetiva perda da vantagem esperada. Quando se cria riscos não há uma perda definitiva. Quando se perde uma chance, no entanto, o prejuízo é concreto.

O que se pode perceber, é que para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance, dois fatores são imprescindíveis: a) o fato de as chances serem sérias e reais; e b) deve haver a perda definitiva da vantagem esperada. A simples criação de um risco não ensejará a reparação civil.

Tem-se, ainda, uma importante delimitação do objeto da reparação nos casos da aplicação dessa teoria. A indenização

deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.²⁹

O objeto da reparação, portanto, não é o possível resultado em si, mas sim a oportunidade de tê-lo alcançado. Ilustrativamente, quando um advogado perde o prazo para

²⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 160 p.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 82 p.

recorrer de uma sentença, seu cliente será indenizado pelo fato de ter perdido a chance de recorrer, e não pela possível vitória na causa.

Por fim, tem-se ainda uma importante discussão doutrinária quanto a natureza da indenização pela perda de uma chance. Em alguns casos a indenização é fixada a título de lucros cessantes e, em outros, em razão de dano moral.

A questão é bastante controvertida. A jurisprudência tem fundamentado as decisões decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance dos dois modos, ou seja, fixando indenização por danos morais ou materiais, a depender do caso.

Existe forte corrente doutrinária que define a perda de uma chance com um terceiro gênero de indenização. É como se nos dois extremos estivessem o dano emergente e lucro cessante e no meio da reta, a perda de uma chance, de modo que caberia a graduação.

Essa questão não tem uma solução definitiva. A natureza da indenização é variável, sendo que algumas decisões a qualificam como dano patrimonial, e outras como dano moral. Nesse sentido, importante destacar o teor do Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil, de acordo com o qual “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

Ante todo o exposto, quanto à teoria da perda de uma chance é possível perceber que o objetivo é indenizar a efetiva privação de uma oportunidade da qual poderia a vítima auferir lucro, obter benefício ou evitar dano. São pressupostos a seriedade e realidade da chance perdida, e a perda definitiva da vantagem esperada. Quanto à natureza da indenização decorrente da aplicação da teoria, discute-se se seria moral ou material, sendo que não há acordo com relação ao tema. Ademais, percebe-se que caberá ao julgador a diferenciação entre o improvável e o quase certo, devendo, apenas no segundo caso, aplicar a teoria da perda de uma chance.

2.2 Interpretação doutrinária e jurisprudencial no Brasil

Levando em consideração a constante evolução da sociedade e das relações humanas, o conjunto de normas que regem o direito brasileiro se esbarra, constantemente, em obstáculos advindos de sua inadequação à situação fática.

O direito é fruto da mente humana. As normas são criadas por pessoas a partir de seus pensamentos com o intuito de regular as relações interpessoais e viabilizar a convivência

pacífica e harmônica (ainda que de modo relativo). Desse modo, somente a mesma fonte criadora das leis poderia adapta-las às modificações sociais, qual seja: o pensamento humano.

A interpretação doutrinária se vincula fortemente à atividade intelectual de estudiosos do direito. Ela é, normalmente, a base para as modificações legais mais efetivas e funcionais, já que sopesa a realidade fática e o arcabouço legal já existente no plano das ideias, ou seja, sem enfrentar as barreiras já impostas ou propondo modos de removê-las.

No que diz respeito às formas de interpretação, Carlos Maximiliano argumenta que

Rigorosamente só a doutrinal merece o nome de interpretação, no sentido técnico do vocábulo; porque esta deve ser, na essência, um ato livre do intelecto humano. Divide-se em judiciária ou usual, e doutrinal propriamente dita, privada ou científica, ambas obtidas pelos mesmo processos e resultantes da aplicação das mesmas regras. A primeira origina-se nos tribunais, a segunda é o produto das lucubrações dos particulares, das pesquisas dos eruditos – *communis opinio doctorum*. Uma e outra adquirem grande prestígio quando uniformes, duradouras, e confirmadas ou defendidas por jurisconsultos de valor, com assento no pretório, ou brilhantes advogados, catedráticos, escritores”.³⁰

Dessa forma, percebe-se que a atividade intelectual humana materializada através da escrita de livros, artigos, teses, etc., é de extrema importância para garantir que o direito se mantenha atualizado e que sua aplicação seja de fato efetiva. No âmbito da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, as argumentações doutrinárias são fundamentais para permitir entender e fundamentar a ideia, tendo em vista que esclarecem o problema e sustentam a solução de forma argumentativa e bem estruturada.

Além dessa interpretação doutrinária, o direito brasileiro, tendo em vista o sistema legal adotado, atribui ao juiz moderno a tarefa de construir e viabilizar, conjuntamente à doutrina, interpretações que permitam um melhor funcionamento das leis.

Diante da impossibilidade de manter as normas atualizadas a todo tempo, o juiz tem o importante papel de integrar as normas e a realidade fática. Carlos Maximiliano descreve essa relação de modo bastante ilustrativo e simples

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação,

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 76 p.

empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porem como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade”.³¹

É possível, portanto, perceber que a atividade do magistrado vai muito além da fria aplicação das leis escritas. É necessário que a prolação de decisões e sentenças tenha um fim social, ou seja, que promova o direito.

Considerando a insuficiência do arcabouço legal no que diz respeito à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, a jurisprudência tem um importantíssimo papel. E, considerando a rigidez do sistema legislativo brasileiro, importante frisar que “quanto melhor souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará por em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir seus fins, desde que inteligentemente aplicada”.³²

Nesse cenário, destaca-se que a teoria da perda de uma chance é fruto da atividade dos doutrinadores do direito. Ademais, sua aplicação na seara médica decorre da atividade jurisprudencial, já que não há previsão legal expressa que fundamente decisões nesse sentido. O presente trabalho é, portanto, intimamente vinculado ao tópico aqui debatido. A doutrina e a jurisprudência são importantíssimo instrumento de promoção de justiça, tendo em vista que adequam as normas aos casos concretos, viabilizando a efetividade do sistema normativo.

A aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é, nesse sentido, decorrente de atividade doutrinária e jurisprudencial e merece ser estudada com detalhamento, uma vez que implica em alterações concretas da realidade e na responsabilização civil do agente causador do dano. Para melhor detalhar o tema, será analisada a seguir, a teoria da perda de uma chance.

2.3 A obrigação de indenizar pela perda de uma chance

Como já discutido no tópico anterior, a jurisprudência, por diversas vezes condena o agente ao pagamento de indenização a título de danos morais nos casos em que aplica a teoria da perda de uma chance. Apesar da discussão doutrinária quanto à adequação do tipo de

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 49 p.

³² Idem.

dano, a indenização por danos morais, em todos os possíveis assuntos, é permeada pelo problema da quantificação.

Depois da edição do Código Civil de 2002, não mais se discute a possibilidade de indenização por danos morais, tendo em vista a redação do art. 186, que prevê, *in verbis*, 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”.

A discussão quanto ao tema, gira, portanto, entorno do próprio conceito de dano moral. E, como em todos os âmbitos do direito, há conceito para todos os gostos.

Considerando o advento da Constituição Federal de 1988, Cavalieri entende que o dano moral pode ser conceituado sob dois aspectos distintos, quais sejam: dano moral em sentido estrito e dano moral em sentido amplo.

Entende o renomado doutrinador que o dano moral em sentido estrito é a violação do direito constitucional à dignidade. Já o dano moral em sentido amplo envolve os diversos graus de violação dos direitos da personalidade (tais como o nome, a reputação, a imagem, os sentimentos, as concepções filosóficas, religiosas e políticas, os direitos autorais, etc.), abrangendo todas as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual ou social, ainda que não haja efetivo dano à dignidade.

Conclui então, que

hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade.³³

A fixação de indenização por dano moral objetiva, portanto, reparar agressão a um bem ou atributo da personalidade, de modo que se a vítima sentir que foi lesado seu direito à dignidade ou algum direito de personalidade, poderá pleitear reparação civil.

Dessa natureza imaterial do dano moral, resulta a incontestável dificuldade de mensurá-lo. Apesar de não ter cunho patrimonial, o direito objetiva reparar pecuniariamente o dano sofrido pela vítima. O que gera um grande problema: a quantificação da indenização fixada.

Primeiramente, cumpre observar que a indenização por danos morais não restitui a vítima ao estado *quo ante*, posto que o dinheiro não pode restituir a honra, não pode devolver

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 90 p.

a vida ou pagar pelo sofrimento. O intuito da obrigação pecuniária, portanto, é mais uma satisfação do que uma indenização de fato.

Ocorre, no entanto, que essa definição genérica do que é o dano moral pode dar ensejo ao surgimento de uma indústria de indenizações milionárias. Qualquer aborrecimento ou mera sensibilidade poderiam implicar na condenação da outra parte, tendo em vista que não há nada expreso ou taxativo determinando as limitações do dano moral.

Mais uma vez, cabe ao magistrado o dever de decidir sobre se houve ou não efetiva lesão à dignidade ou a direito da personalidade, para que, então, fixe o montante a ser pago a título de danos morais. Sobre a atuação dos julgadores, Cavalieri entende que

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.³⁴

A atuação do juiz, portanto, deve estar intimamente vinculada à razoabilidade, de modo que não deixe desamparado aquele que foi lesado e, ao mesmo tempo, que não permita o enriquecimento sem causa daquele que litiga tentando ganhar qualquer coisa.

Passada essa etapa da determinação quanto à existência ou não do dano moral, considerando que houve dano, o Juiz deverá, então, fixar o montante a ser pago. E aí está o próximo problema.

Como determinar qual o valor que satisfará a perda de um filho? Como valorar o prejuízo causado à honra daquele que foi exposto publicamente por alguma questão particular? Como mensurar o abalo emocional de alguém que foi submetido a uma situação de extremo estresse ou injustiça?

Todas essas são questões complexas. Com o intuito de resolver, pensou-se em se criar uma tabela com possíveis valores para indenizações em determinados casos, mas logo se concluiu que isso não daria certo, já que os casos concretos são dotados de extrema peculiaridade não sendo possível estabelecer padrões.

Hoje em dia, o problema segue sem uma solução definitiva. O que acontece na prática é a fixação do valor conforme entender o julgador. Os tribunais, no entanto, têm estabelecido

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012. 93 p.

padrões para casos genéricos, como por exemplo a indenização por danos morais em caso de negativação indevida. Mas, mesmo assim, existem variações.

O dano moral é, portanto, uma questão bastante relevante e, ao mesmo tempo, complexa. A dificuldade em conceitua-lo, a amplitude das possibilidades, a necessidade de quantificar abalos psicológicos e falta de uma solução definitiva tornam o tema ainda mais complicado.

Apesar das dificuldades, é imprescindível que o direito ache uma forma de lidar com o instituto, posto que a indenização por dano moral é prevista expressamente por lei (art. 186 c/c 927, ambos do Código Civil de 2002). Sendo assim, os julgadores têm desempenhado um papel fundamental nessa relação estabelecendo, cada qual, seus padrões pessoais de caracterização e quantificação do dano moral de modo que consigam amparar as pessoas que foram lesadas e afastar os casos que ensejariam o enriquecimento ilícito.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA

Como já apontado anteriormente, a teoria da perda de uma chance trabalha com a ideia de uma probabilidade, de modo que, ao aplicá-la, o julgador condena o agente em razão de ter tirado da vítima a chance de participar de determinado evento que lhe poderia resultar em lucro, vantagem ou evitar dano. Quando se fala da aplicação dessa teoria na seara médica, no entanto, é preciso ter um pouco mais de cautela.

Na maioria das vezes, a aplicação da teoria é vista de modo positivo quando se toma o ponto de vista da vítima do dano como referência. É uma forma de se amparar os direitos de uma pessoa que foi lesada em razão de uma conduta omissiva ou comissiva de um profissional médico.

Há, no entanto, que se observar que existe o ponto de vista do profissional. A utilização desse instituto por parte do direito pode ensejar o surgimento de situações de injustiça ou, até mesmo, de limitações implícitas à atividade médica. Por várias vezes, é muito difícil estabelecer a relação entre o dano causado ao paciente e a conduta do profissional médico, de modo que o profissional pode ser responsabilizado em casos que não deveria.

Nesse cenário, é preciso traçar alguns limites e estabelecer alguns critérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica. É imprescindível que haja muita ponderação e razoabilidade no que tange à fundamentação jurídica e à caracterização de condições fáticas ensejadoras da aplicação dessa teoria, para que o instrumento jurídico não se transforme em indústria de enriquecimento.

Tendo em vista essa necessidade ponderação quanto aos mais variados fatores que envolvem o tema do presente trabalho, serão analisados de modo mais específico alguns aspectos considerados bastante relevantes para uma boa compreensão do tema.

Partir-se-á de uma análise quanto ao contexto atual da situação da saúde no Brasil, considerando-se a crise política e econômica que assola o país, estudando-se os limites de atuação dos profissionais e o dever do Estado de fornecer a saúde aos cidadãos. Posteriormente, será feito um estudo sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos em que há erro médico e nos casos em que há omissão estatal no que tange à prestação de serviços de saúde.

Como já mencionado em tópico anterior, é sabido que, no que diz respeito à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, não há previsão legal expressa ou lei que regulamente o tema. Nesse sentido, as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais são de

suma relevância no que tange ao estudo do tema. Sendo assim, nos próximos tópicos serão analisadas as posições doutrinárias adotadas pelos autores e, destacadamente, quatro julgados do STJ concernentes ao tema.

Explicitada a importância e a dinâmica do estudo a seguir, parte-se para a terceira parte do trabalho, qual seja, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara médica.

3.1 A situação da saúde pública no Brasil

Ao tratar do tema aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, é imprescindível fazer algumas considerações, ainda que breves, sobre o tratamento constitucional dado à saúde e sobre o sistema adotado para estruturar sua prestação no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 6º, quais são os direitos sociais. Dentre eles, está o direito à saúde.

Alexy, que denomina os direitos sociais também como direitos a prestação em sentido estrito, ensina que “são direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”³⁵.

A Carta Magna trata ainda da saúde em seu Título VIII, Capítulo II, Seção II, ou seja, nos artigos 196 a 200. Conforme o art. 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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 sua promoção, proteção e recuperação”.

Observado o disposto, forçoso perceber que o direito social à saúde é um direito do cidadão e, simultaneamente, um dever do Estado, que deverá organizar sua estrutura político-econômica com o intuito de garantir a todos um acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

Com esse intuito, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 198, a necessidade de implementação de um sistema único para regular e organizar as ações e serviços públicos de saúde. Atendendo ao disposto, foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS.

De acordo com o site do Ministério da Saúde,

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 499 p.

país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros.³⁶

Além disso, o Ministério da Saúde publicou também uma cartilha intitulada “Entendendo o SUS”, que traz informações essenciais sobre o sistema implementado, tratando de sua estruturação, da questão orçamentária, de questões técnicas, como explicação dos termos utilizados, entre outros.

A estruturação do SUS é bem interessante em sua teoria. As atribuições são bem distribuídas, o custeio e o repasse de verbas pensados de forma coerente e a regulação muito bem dividida. No entanto, na prática, o sistema implementado não tem atendido o povo brasileiro de forma completamente satisfatória.

A despeito dessa questão, ainda quanto à previsão constitucional do direito social à saúde, estabelece o artigo 199 da CF, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Ante o exposto é possível perceber que, além do serviço público de saúde que deve ser, impreterivelmente, fornecido pelo Estado, a Constituição Federal admite a estruturação de um sistema privado de saúde que poderá participar de forma complementar do sistema público, nos moldes do §1º do artigo mencionado acima.

Observa Alexy, no entanto, que “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”³⁷. Em momentos de crise, portanto, o Estado fica preso em um dilema que envolve o dever de prestação quanto a saúde, e a falta de recursos para promover ações que visem sua proteção e recuperação.

Nessa ambientação, abordados os principais aspectos legais e estruturais vinculados à saúde e ao sistema de prestação de serviços de caráter público-privado, destaca-se a condição atual do sistema de saúde no Brasil.

A situação caótica da economia e da política no país é notória. Corrupção, lavagem de dinheiro, desvio de verbas e propinas são alguns dos problemas com os quais os brasileiros têm lidado cotidianamente. Obviamente, essa desestruturação acarreta prejuízos para todos os âmbitos do serviço público, ou seja, esferas importantíssimas da sociedade, tais como educação e saúde, sentem os reflexos dessa crise, tendo em vista que uma das primeiras medidas adotadas pelo governo é o corte de verbas.

³⁶SAÚDE, Ministério Público da. **Entenda o SUS**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 513 p.

Daí surge um problema que só fica mais complexo a cada dia. Restringindo a análise ao âmbito da saúde, destaca-se que o corte de verbas e a falta de repasse das verbas devidas trouxeram diversas consequências negativas para a população. Nesse sentido, vários periódicos digitais de ampla circulação têm veiculado notícias tratando do assunto.

A título de exemplo, é possível elencar algumas manchetes de notícias que foram publicadas no corrente ano e que explicitam a caótica situação da saúde pública no Brasil: “Saúde Pública no Brasil terá um ano desafiador em 2017”³⁸; “Pacientes morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública em Goiás”³⁹; “Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que o mínimo em saúde”⁴⁰; e “Instituto do câncer recusa cirurgias de pacientes por falta de verbas”⁴¹.

Os hospitais públicos não recebem mais a verba necessária para a manutenção de suas atividades, de modo que os profissionais não podem atuar por não haver materiais básicos, tais como luvas, agulhas ou gases. Se o dinheiro não é suficiente para manter a estrutura de funcionamento básico dos nosocômios, é de se imaginar que a realização de internações hospitalares e de procedimentos cirúrgicos mais complexos se tornou quase impensável.

Nesse contexto, a população começou a acionar o judiciário objetivando provimento judicial que determinasse a realização do tratamento pleiteado, garantindo-se o direito à saúde constitucionalmente previsto. A despeito de a regulação de leitos e do sistema de saúde ser atribuição dos entes federativos, o judiciário começou a intervir no funcionamento do SUS para garantir que pessoas não morressem por falta de atendimento.

No entanto, como já mencionado anteriormente, o problema é que não há verba. Sendo assim, muitas das vezes, ainda que com ordem judicial, o procedimento pleiteado não era fornecido, de modo que os juízes passaram a determinar a internação e a realização de procedimentos cirúrgicos e tratamentos em hospitais particulares, tendo em vista o caráter subsidiário com relação ao sistema público de saúde.

³⁸ PEREIRA, Roberta Massa B.. **Saúde Pública no Brasil terá um ano desafiador em 2017**. 2017. Disponível em: <<http://gehosp.com.br/2016/12/19/saudepublicaanodesafiador/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁹ G1 (Org.). **Pacientes morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública, em Goiás**: Os 246 municípios goianos, só 13 têm UTIs. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

⁴⁰ CAMBRICOLI, Fabiana. **Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que o mínimo em saúde**. 2017. Disponível em: <Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que mínimo em saúde... - Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/05/05/lei-da-migracao-deve-ser-sancionada-com-poucos-vetos.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 15 maio 2017.

⁴¹ RBA, Redação (Org.). **Instituto do Câncer recusa cirurgias de pacientes por falta de verbas**: Segundo o hospital, o atendimento de 40 pessoas foi rejeitado desde o dia 10 de abril. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2017/04/instituto-do-cancer-recusa-cirurgias-de-pacientes-por-falta-de-verbas>>. Acesso em: 15 maio 2017.

Desse modo, os pacientes que deveriam ser atendidos em hospitais públicos passaram a ser encaminhados para hospitais particulares, que são obrigados a atendê-los e, posteriormente, são reembolsados pelo SUS. Ou seja, o judiciário precisou intervir em uma esfera que, teoricamente, não deveria, o que acarretou uma maior instabilidade do sistema de saúde.

Em suma, considerando a situação descrita, o que se tem atualmente é um sistema de saúde saturado e deficiente tanto no âmbito público quanto no âmbito privado. Os recursos são escassos e, em razão disso, o número de demandas judiciais pleiteando o reconhecimento do direito à saúde e a concessão de inúmeros tratamentos médicos só aumenta.

Nesse contexto, torna-se ainda mais interessante analisar o tema proposto no presente trabalho, já que diversos fatores externos podem influenciar na prestação de serviços por parte do profissional médico, o que influi, também, na aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

A análise da situação fática deve considerar questões legais e práticas, de modo que o magistrado sempre se pautar pelo princípio da razoabilidade. Ademais, é preciso estabelecer até que ponto os danos causados decorrem da conduta do profissional médico e a partir de qual momento é necessário responsabilizar o Estado por sua omissão. Nos seguintes tópicos serão feitas considerações mais específicas sobre essas questões, com o intuito de tentar esclarecer o posicionamento que se entende mais adequado, considerando-se a necessidade de adequação a cada caso.

3.2 A teoria da perda de uma chance no caso de erro médico

A aplicação da teoria da perda de uma chance é uma questão bastante delicada, tendo em vista que, como já apontado anteriormente, é imprescindível que o aplicador do direito considere fatores externos e se pautar pelo princípio da razoabilidade para que não gere qualquer prejuízo às partes.

Observando-se que já foram feitos apontamentos quanto aos aspectos gerais da teoria da perda de uma chance, o presente tópico o trabalho ficará adstrito à sua aplicação na seara médica, mais especificamente, no que tange ao erro médico.

É famosa e conhecida a consideração de que “errar é humano”. O erro, na seara médica, está relacionado à noção de uma conduta não diligente ou inadequada que gera, como resultado, um dano ao paciente.

A ciência médica tem evoluído de modo muito acelerado. As tecnologias utilizadas na área se tornam cada dia mais complexas e os estudos avançam com muita velocidade, de modo que fica difícil para os profissionais da área da saúde acompanhar todas as mudanças.

Desse contexto, é possível depreender que

O efeito dessa mudança, especialmente nas últimas décadas, é a dificuldade de os médicos, como profissionais liberais, atuarem de maneira independente, sem o apoio de outros profissionais, de especialidade diversas, e com equipamento próprio, que muitas vezes são demasiadamente caros e igualmente necessários para o tratamento ou diagnóstico de determinados males.⁴²

Sendo assim, é cada dia mais comum que os profissionais médicos se vinculem a hospitais visando, justamente, garantir a efetividade e a eficiência dos tratamentos prestados aos pacientes.

Os médicos são profissionais liberais, de modo que quando atuam mediante remuneração, o contrato firmado com o paciente é subordinado às regras do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o §4º do art. 14 do referido diploma estabelece que a responsabilidade civil dos profissionais liberais tem natureza subjetiva, sendo necessária a demonstração de culpa por parte do agente para que este seja responsabilizado.

Sobre o tema, frise-se que o STJ entende, de modo predominante, que a inversão do ônus da prova previsto no art. 6º do CDC não é aplicada de modo automático, sendo que a responsabilidade civil do profissional liberal é, via de regra, subjetiva. Nesse sentido,

O paciente, ainda que sob a proteção do Código de Defesa do Consumidor, deve comprovar a culpa do profissional para que este seja responsabilizado, não sendo suficiente para a inversão do ônus da prova a simples disparidade de conhecimento técnico, uma vez que suprir essa deficiência é justamente o escopo da perícia e dos assistentes técnicos.⁴³

Ao se vincularem a hospitais, no entanto, as condições são alteradas.

Quando se estuda a responsabilidade civil dos hospitais, é necessário observar duas possíveis situações: a) a responsabilidade por ato de médico que não é empregado; e b) a responsabilidade do hospital por ato de médico empregado.

No primeiro caso, o médico utiliza as instalações hospitalares para o exercício de seu ofício sem, contudo, se vincular ao nosocômio. Nesse caso, entende a doutrina majoritária que

⁴² GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Rideel, 2011. 162 p.

⁴³ Ibidem, 165 p.

o estabelecimento não responderá pelos atos do profissional, posto que não há relação de emprego ou de preposição que justifique essa espécie de responsabilização.

No segundo caso, o médico atua como empregado do hospital, atendendo pacientes que se vinculam ao nosocômio. Quando a situação é esta, a doutrina se divide em duas correntes.

De acordo com o entendimento da primeira corrente, defendida por autores como Miguel Kfoury Neto e Rui Stoco, para se responsabilizar o hospital, é necessário que, primeiramente, se prove a culpa do médico para que só então se possa responsabilizar o hospital objetivamente.

Já a segunda corrente, defende o entendimento de que, ao atuar como empregado do hospital, a atividade do médico perde completamente a qualificação de liberal. Sendo assim, o nosocômio deverá responder pelos danos causados aos pacientes do mesmo modo que as empresas que atuam em qualquer outra atividade econômica devem responder pela atividade de seus empregados e prepostos.

Destacada essa questão, importante perceber que o paciente que teve seu direito lesado deve, de alguma forma, ver o dano reparado. Seja diretamente pelo profissional ou por intermédio do hospital a que se vincula. Sendo assim, esclarecida essa discussão quanto a responsabilização do médico ou do hospital, que dependerá de uma análise minuciosa do caso concreto, o presente tópico trabalhará com a ocorrência de um erro médico e a aplicação da teoria da perda de uma chance fundamentando a reparação civil.

O STJ enfrentou a questão da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica por quatro vezes (REsp 1.254.141/PR; REsp 1.335.622/DF; REsp 1.291.247/RJ; e REsp 1.622.538/MS). No julgamento dos recursos, apresentou interessante fundamentação que tem se mostrado entendimento dominante, motivo pelo qual o presente trabalho tomará essas decisões como paradigma para o estudo do tema.

A seguir, estão transcritas as ementas dos referidos julgados na ordem em que foram mencionados, com o intuito de tornar ainda mais clara a compreensão do assunto em comento:

EMENTA

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA.

ACOMPANHAMENTO NO PÓS-OPERATÓRIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.

POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016.

Julgamento: CPC/73.

2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. 4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial.

5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que teria sido dada interpretação divergente.

7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que **a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.**

8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal.

9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

10. A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada "ausência de tratamento em momento oportuno" (e-STJ fl. 519).

11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido.

(REsp 1622538/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 24/03/2017). (Grifo nosso).

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.
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 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.
8. Recurso especial parcialmente provido. (Grifo nosso).

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Grifo nosso).

EMENTA

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANOMORAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. AUSÊNCIA. ACOMPANHAMENTO NO PÓS-OPERATÓRIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 24.01.2008. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73.

2. A centralidade do recurso especial perpassa pela análise da ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide.

4. A ausência de decisão acerca de argumentos do recorrente e de dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

6. Não se conhece do recurso especial quando ausente a indicação expressa do dispositivo legal a que teria sido dada interpretação divergente.
7. Por ocasião do julgamento do REsp 1.254.141/PR, a 3ª Turma do STJ decidiu que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.
8. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal.
9. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.
10. **A dúvida sobre o diagnóstico exato da paciente foi atestada por vários especialistas, não sendo possível, portanto, imputar ao recorrente erro crasso passível de caracterizar frustração de uma oportunidade de cura incerta, ante a alegada "ausência de tratamento em momento oportuno" (e-STJ fl. 519).**
11. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido. (Grifo nosso).

Da leitura do inteiro teor das decisões, é possível depreender que a perda de uma chance clássica envolve certeza quanto à autoria e incerteza quanto ao dano. Sabe-se quem realizou o ato, mas não se sabe se haveria ou não o dano. Nesse sentido, a indenização é fixada a partir de uma redução percentual do ganho, justamente em função da incerteza quanto ao dano.

Já a perda de uma chance em tratamento de saúde envolve certeza quanto ao dano e incerteza quanto à autoria. O dano (agravamento da doença ou morte) é claro, porém, não se sabe exatamente quem ensejou o evento. Nesse contexto, existem dois posicionamentos quanto à indenização a ser fixada.

O primeiro posicionamento, majoritário na França, é no sentido de que não poderá haver redução proporcional da indenização. Ou seja, a incerteza quanto a causa deve ser resolvida em processo regular de produção de provas. Comprovado o nexo causal, o médico ou o hospital pagará uma indenização integral. Se não comprovado o liame de causalidade, nenhuma indenização será devida.

O segundo posicionamento, predominante nos Estados Unidos e baseado na disciplina do Law and Economics, indica a possibilidade de redução proporcional da indenização a ser fixada. O fundamento é que o agente responde pela chance de que privou o paciente, e não

pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído. A chance perdida em si é o dano a ser reparado.

Nessa segunda teoria tem-se como centro o deslocamento do enfoque do nexo causal. A Ministra Nancy Andrigli, sustenta em seu voto no REsp 1335622, que “não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida p. ex.) foi tolhido da vítima, não se analisa o nexo entre o tratamento realizado pelo médico e o prejuízo do agravamento da doença ou da morte. Aqui fatalmente não haveria responsabilidade por conta da teoria da causalidade direta e imediata do nexo, segundo a qual são indenizáveis apenas os danos decorrentes diretamente de uma conduta, afastados os prejuízos indiretos e reflexos. Como a doença não foi causada pelo médico, é difícil saber se a conduta dele realmente agravou/contribuiu para o resultado”.

O cerne do fundamento de todas as decisões prolatadas pelo STJ é justamente esse deslocamento do enfoque da relação de causalidade. Não se analisa se a conduta do médico concorreu para o dano, mas sim o fato de não ter sido fornecido determinado tratamento ao paciente de modo que, talvez, ele pudesse não ter sofrido dano.

A aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, portanto, se desvincula da causalidade com relação ao dano, e se aproxima da chance que, de fato, foi tirada daquele que sofreu o dano. Em outras palavras, a conduta do médico existe e o dano existe, mas o direito deixa de discutir a relação de causalidade entre eles, focando no fato de que o médico, de alguma forma, tirou do paciente a chance de tentar determinado tratamento. Sendo assim, a indenização deve ser calculada com base na chance que foi tirada, e não no dano que foi causado.

Analisando-se as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, é possível perceber que esse é o posicionamento adotado. Indeniza-se a perda da chance a um tratamento, e não o dano oriundo do tratamento escolhido.

É necessário perceber que, ao mesmo tempo que a vítima sofreu um dano, não é possível provar que se o médico tivesse agido de outra forma o resultado não teria se caracterizado. Sendo assim, a aplicação dessa corrente parece mais adequada, levando em consideração, principalmente, o princípio da razoabilidade.

A indenização proporcional da vítima se mostra razoável pois, ao mesmo tempo que esta perdeu a chance de tentar se curar, não necessariamente a ação do médico é a causa do dano. Nesse sentido, é justo que o médico seja responsabilizado somente pela chance que o paciente teria, e não pelo dano caracterizado.

Em suma, portanto, no que diz respeito a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, envolvendo um erro médico, entende o STJ que o mais razoável é que se fixe

uma indenização proporcional, de modo que o médico seja responsabilizado pela chance da qual privou a pessoa e não pelo dano que esta sofreu.

3.3 A teoria da perda de uma chance no caso de omissão estatal

Observado o entendimento do STJ quanto a aplicação da teoria da perda de uma chance à seara médica, é necessário fazer uma breve análise no que diz respeito à responsabilidade do Estado.

Como já apontado anteriormente, quando os médicos são empregados dos hospitais, estes deverão responder objetivamente pelos danos decorrentes da prestação de serviços de saúde. E, considerando-se que existem hospitais públicos, importante destacar alguns aspectos concernentes à responsabilização do Estado.

Além da possível responsabilização do Estado pelo fato de ter médicos como prestadores de serviços, a análise desse aspecto se torna ainda mais importante ao se considerar a atual conjuntura do país apresentada em tópico anterior. A crise econômica e a falta de verba têm ensejado um aumento dos casos em que o Estado se omite quanto ao dever de fornecer tratamentos, causando diversos danos que precisam ser indenizados.

Nesse viés, no presente tópico, será analisada a responsabilidade do Estado nos casos em que há omissão quanto a prestação de serviços de saúde. Frise-se que as considerações gerais a respeito da aplicação da teoria de uma chance em caso de erro médico são plenamente aplicáveis ao Estado, resguardadas as ponderações que serão a seguir destacadas.

Quanto à responsabilidade do Estado no que tange a prestação dos serviços de saúde, é importante destacar que a solidariedade quanto à obrigação (prevista nas diretrizes organizacionais do SUS) é diferente da legitimidade para figurar em demandas judiciais.

O princípio da solidariedade tem sido constantemente invocado para impor a todos os entes federativos a mesma responsabilidade no que diz respeito à prestação vinculada à saúde. Nesse sentido, não importam as diferenças econômicas ou demográficas devendo, todos os entes da federação se empenharem para a promoção da saúde.

A legitimidade, no entanto, está vinculada à atuação em processos judiciais. Quanto ao tema, o STJ tem entendido que a legitimidade para figurar em demandas nas quais se discute a falha na prestação de serviços, é unicamente do ente ao qual faz parte o Hospital Público. No que diz respeito ao assunto, observem-se as seguintes fundamentações:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO OCORRIDO EM HOSPITAL PRIVADO CREDENCIADO PELO SUS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA AO MUNICÍPIO PARA CELEBRAR E CONTROLAR A EXECUÇÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE SAÚDE.

1. A União Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação ajuizada para o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico praticado em hospital privado credenciado pelo SUS. Isso porque, de acordo com o art. 18, inciso X, da Lei n. 8.080/90, compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução. Precedentes: AgRg no CC 109.549/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 30/06/2010; REsp 992.265/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 05/08/2009; REsp 1.162.669/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/04/2010.

2. Não se deve confundir a obrigação solidária dos entes federativos em assegurar o direito à saúde e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros. Nessa última, o interessado busca uma reparação econômica pelos prejuízos sofridos, de modo que a obrigação de indenizar sujeita-se à comprovação da conduta, do dano e do respectivo nexo de causalidade entre eles.

3. No caso, não há qualquer elemento que autorize a responsabilização da União Federal, seja porque a conduta não foi por ela praticada, seja em razão da impossibilidade de aferir-se a existência de culpa in eligendo ou culpa in vigilando na espécie, porquanto cumpre à direção municipal realizar o credenciamento, controlar e fiscalizar as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde no âmbito do SUS.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento. (Grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HOSPITAL PÚBLICO MUNICIPAL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.

1. Conforme decidido no acórdão proferido no EREsp 1.388.822/RN, da Primeira Seção do STJ, o município tem legitimidade passiva nas controvérsias acerca de dano decorrente de erro médico em hospital privado municipal. E se o município responde por erro médico em hospital privado do município, com mais propriedade deve responder pelos mesmos danos ocorridos em hospital público municipal.

2. Não se conhece do recurso especial interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional, em que não se demonstrou adequadamente o dissídio jurisprudencial, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1º

e 2º, do RISTJ, os quais determinam a transcrição de ementas dos julgados, com a realização do cotejo analítico demonstrando a similitude fática e as decisões divergentes na aplicação dos mesmos normativos federais, além de indicarem o repositório oficial dos arestos indicados. Agravo regimental improvido. (Grifo nosso).

Diante dos julgados acima mencionados, percebe-se que a solidariedade dos entes federativos no que tange a prestação dos serviços de saúde se difere da legitimidade para figurar em demandas judiciais que envolvam hospitais públicos, de modo que nesse último caso, a legitimidade será do ente responsável pelo hospital.

Destacada essa questão, cumpre fazer algumas considerações quanto a natureza da responsabilidade civil do Estado. A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do risco administrativo para analisar a responsabilidade por danos causados pelo Estado ou por seus agentes. De acordo com o §6º do art. 37 da Carta Magna, “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Sendo assim, é possível concluir que havendo dano causado pelo Estado ou por seus agentes, aplica-se a teoria objetiva, responsabilizando-se o Estado sem a necessidade de comprovação de culpa, tendo em vista a adoção da teoria do risco administrativo.

No entanto, o STJ firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva. Desse modo, percebe-se que ao não fornecer um tratamento pleiteado, o Estado age omissivamente, de modo que para ser responsabilizado é necessário que se comprove culpa, posto que adotada a teoria subjetiva nesses casos. Confira-se decisão do Tribunal nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos" (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013.

III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

IV. Agravo Regimental improvido. (Grifo nosso).

Sendo assim, conclui-se que para que se responsabilize o Estado quando há uma conduta omissiva causadora de dano, é preciso que se comprove sua culpa. Ademais, a despeito de ser solidária entre os entes federativos a responsabilidade pelo fornecimento da saúde, a legitimidade para figurar em demandas que envolvam hospitais públicos, é do ente ao qual o nosocômio está vinculado.

Estabelecida a legitimidade e comprovada a culpa do Estado, aplica-se, do mesmo modo que no caso de erro médico, a teoria da perda de uma chance. Ou seja, quando o Estado se omite, tirando do paciente alguma chance de tratamento, deverá ser responsabilizado civilmente a partir da aplicação da teoria da perda de uma chance, de modo que seja condenado a pagar uma indenização proporcional. Ressalte-se que a indenização a ser fixada é vinculada à chance que o paciente teria, e não ao dano experimentado.

3.4 A quantificação do dano moral decorrente da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica

Debatidas as questões relacionadas à aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, resta um último tópico a ser tratado, qual seja a quantificação do dano moral fixado. Ao aplicar a teoria da perda de uma chance, o julgador reconhece que a vítima foi privada de uma possibilidade que lhe poderia resultar em vantagem, benefício ou evitar algum dano. Sendo assim, o magistrado precisará fixar o montante que entende cabível.

Nesse momento, o direito se depara com um dos mais problemáticos assuntos da responsabilidade civil contemporânea: a quantificação do dano moral.

Quanto ao tema, Maria Helena Diniz elenca em sua obra dez objeções à reparação do dano moral, rebatendo-as. Dentre elas, destacam-se duas que interessam ao presente trabalho: a) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral; e b) o enriquecimento sem causa.

Quanto ao item “a”, a renomada doutrinadora esclarece que, a despeito da dificuldade de quantificar danos de cunho moral, o objetivo não é que o agente pague o preço da dor causada na vítima, mas sim que proceda uma reparação pecuniária com o intuito de amenizar e atenuar alguns dos prejuízos irreparáveis que sofreu.

Percebe-se que

O dinheiro não aparece, portanto, como a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou à contrariedade causada pela queda de crédito oriundo de uma calúnia ou difamação, etc. a reparação pecuniária teria no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e, concomitantemente, penal, visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral.⁴⁴

Sendo assim, é possível perceber que o dano moral não precisa ser avaliado pecuniariamente de modo rigoroso. A função da condenação em danos morais é amenizar os danos irreparáveis causados à vítima, e não reparar ou reconstituir por completo o bem que foi lesado.

Quanto ao segundo item (item “b”), Maria Helena Diniz ressalta que a ordem jurídica não repara somente bens econômicos. Nesse sentido, a reparação pecuniária do dano moral não tem o escopo de refazer o patrimônio da vítima, mas sim de dar a ela uma compensação, que se entende devida em razão de seu sofrimento.

A reparação do dano moral, portanto, não caracterizaria enriquecimento ilícito por parte daquele que foi lesado, mas sim uma compensação pecuniária por algo que não pode ser quantificado economicamente. A vítima do dano moral não fica mais rica de modo injusto, o que há, na verdade, é a tentativa de compensá-la pelo dano moral sofrido em razão da conduta de outrem.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 97 p.

Sendo assim, as objeções apresentadas por diversos autores no que diz respeito à fixação de danos morais restam rebatidas em razão dos argumentos acima expostos.

Em um âmbito mais pragmático, tem-se que os juízes e tribunais fixam todos os dias indenizações a título de danos morais. Para tanto, o STJ tem adotado para a apuração do *quantum* em danos morais, o método bifásico, que consiste em estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso, de forma que o arbitramento seja o mais equitativo possível.

Nesse sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais.
2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ.
3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.
- 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.**
- 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.**
6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.
7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (Grifo nosso).

A partir dessa análise, é possível perceber que, inicialmente se estabelece um valor básico e genérico para casos que envolvem lesão ao mesmo interesse jurídico e, em segundo momento, apreciam-se as circunstâncias fáticas, adaptando-se o valor da condenação. Esse, portanto, é o sistema adotado pelo STJ.

Dada a complexidade do tema, importante destacar a edição de enunciados, que são conclusões a respeito da interpretação de alguns dispositivos legais, que objetivam facilitar sua interpretação e compreensão. No que diz respeito ao tema debatido pelo presente trabalho, destacam-se alguns enunciados das jornadas do CJF (Conselho da Justiça Federal), que serão tratados a seguir de um modo breve, porém esclarecedor.

De acordo com o enunciado 588 da VII Jornada do CJF, “o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial”. Esse enunciado diz respeito à discricionariedade atribuída ao juízo no que tange à fixação da indenização. Para fixar o valor devido, o juiz deve se valer de critérios previstos no Código Civil, p. ex. a extensão do dano (art. 944), podendo, inclusive, utilizar a condição econômica do ofendido como um dos critérios. No entanto, esse último aspecto não pode ser preponderante, sob pena de infringir o princípio da reparação integral do prejuízo.

O enunciado 550 da VI Jornada do CJF, por sua vez, estabelece que “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”. No que tange ao tema, ressalte-se que o STJ tentou, há alguns anos, uniformizar os valores que deveriam ser fixados a título de danos morais. No entanto, é imprescindível que a análise do caso concreto seja sempre priorizada. O julgador deve sempre observar aspectos tais como a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido e a condição financeira do agressor e do agredido, pautando-se pelos princípios da razoabilidade, da equidade e da proporcionalidade. Sendo assim, as chances de os valores serem iguais nos diversos casos é quase nula, de modo que é possível concluir que não deve haver uma limitação prévia dos valores, sob o risco de se fomentar a indústria do dano moral.

Por fim, destaca-se o enunciado 589 da VII Jornada do CJF, de acordo com o qual “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”. Essa ideia tem compatibilidade com o plano constitucional e com a lógica da despatrimonialização da responsabilidade civil, tendo em vista que o objetivo principal é garantir ao ofendido a reparação integral do dano, que nem sempre é alcançada mediante simples prestação pecuniária.

Importante, ainda, observar que, no que diz respeito à segunda etapa desse sistema bifásico de apuração do *quantum* dos danos morais, é imprescindível que o julgador leve em consideração o bom senso, a experiência, a realidade da vida e as peculiaridades da hipótese.

Quanto aos danos morais decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, portanto, é possível perceber que a análise deverá ser casuística. O juiz será

sempre responsável por estabelecer o *quantum* indenizatório, sendo que os tribunais pátrios têm prestigiado o método bifásico, que consiste e utilizar-se de um valor básico e adapta-lo conforme as peculiaridades do caso concreto. E, para garantir a justiça da decisão, é imprescindível que se observe os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho enfrentou o tema da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica partindo de uma análise dos aspectos gerais da responsabilidade civil, para um estudo mais específico do tema.

Na parte geral, foram apontados aspectos concernentes ao conceito e ao histórico evolutivo do instituto, estudadas as espécies (contratual e extracontratual; subjetiva e objetiva; e direta e indireta) e os elementos (ação/omissão; dano; e nexo de causalidade), e discorreu-se sobre as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil.

Posteriormente, foram abordados de modo mais minucioso alguns institutos do Direito Civil que influem diretamente na temática sobre a qual versa o trabalho. Foi destacada a relevância da interpretação doutrinária e jurisprudencial, observando-se as lacunas e a insuficiência das normas já editadas, esclareceu-se sobre a teoria da perda de uma chance e problematizou-se a questão do dano moral no direito brasileiro, tendo em vista a dificuldade de se quantificar a reparação da lesão causada.

Feitos esses apontamentos mais abrangentes, se deu início ao estudo do tema em si. Para tanto, inicialmente, destaca-se a situação da saúde no Brasil. A crise político-econômica instaurada gerou uma insuficiência de verbas que, conseqüentemente, teve reflexos no âmbito da saúde. Os hospitais públicos começaram a enfrentar os efeitos dessa crise de modo que não mais podiam realizar os atendimentos e procedimentos necessários.

Nesse cenário, a população começou a acionar o Poder Judiciário que, por sua vez, interferiu na dinâmica do SUS com o intuito de garantir às pessoas a prestação do serviço de saúde, acionando, inclusive, o âmbito privado, nos casos em que os hospitais públicos não conseguissem atender à ordem. Sendo assim, aumentou-se a instabilidade do sistema de saúde no Brasil de modo que, atualmente, a prestação desse tipo de serviço está substancialmente defasada e deficiente.

Contextualizado o problema, debateu-se sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance em caso de erro médico. Quanto ao tema, observou-se que existem duas teorias, quais sejam, a francesa e a norte-americana.

De acordo com a primeira teoria, havendo um dano na seara médica, deve-se instaurar regular procedimento para a perquirição da culpa do médico de modo que, comprovada a culpa, deverá indenizar a vítima integralmente pelo dano que sofreu. Caso não reste comprovado que o profissional da saúde agiu com culpa, não será devido qualquer tipo de indenização.

Já a teoria norte-americana, baseada na política do Law and Economics, defende que deverá haver um deslocamento do nexo de causalidade. Ou seja, o médico responderá civilmente pelo fato de ter privado o paciente de determinado tratamento, e não pelo dano que sofreu.

O STJ enfrentou o tema da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica em quatro oportunidades. Do estudo dos acórdãos, é possível depreender que o tribunal tem adotado a teoria norte-americana, de modo que entende que deve haver uma redução proporcional da indenização, tendo em vista o deslocamento do liame de causalidade. Ou seja, o médico é condenado por ter privado o paciente de determinado tratamento, de modo que deverá indenizá-lo por essa privação, e não pelo dano consequente (sequelas, agravamento do quadro, morte, etc.).

Em seguida, tratou-se da responsabilidade civil do Estado no que diz respeito à omissão quanto ao fornecimento de serviços de saúde. Destacou-se que, de acordo com entendimento majoritário do STJ, a despeito da teoria do risco administrativo adotada pela Constituição Federal de 1988, a responsabilidade civil estatal no caso de omissão é subjetiva, de modo que a vítima deve provar a culpa do agente.

Ademais, estabeleceu-se, ainda a diferença entre a solidariedade dos entes federativos no que tange à prestação dos serviços de saúde e a legitimidade para figurar em polo de demanda judicial. Quanto ao tema, restou claro que todos os entes, independentemente de sua extensão ou capacidade econômica, devem colaborar equitativamente para a promoção da saúde. No que diz respeito à legitimidade, concluiu-se que o será legítimo para figurar em demanda judicial, o ente ao qual se vincula o estabelecimento hospitalar que forneceu o serviço.

Por fim, discutiu-se sobre a fixação dos danos morais decorrentes da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica. Quanto ao assunto, concluiu-se que o STJ adota o método bifásico para a determinação do *quantum* indenizatório. Esse método objetiva estabelecer um ponto de equilíbrio entre o interesse jurídico lesado e as peculiaridades do caso, garantindo o arbitramento mais equitativo possível. Destacaram-se, ainda, algumas resoluções do CJF sobre o tema, com o intuito de potencializar o conhecimento sobre o assunto.

Diante de todo esse estudo, é possível concluir que a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica é uma forma de se garantir que a pessoa lesada tenha seus direitos reparados. Considerando-se que não há previsão legal expressa sobre o assunto, a

tarefa dos doutrinadores julgadores é de extrema importância para garantir a efetividade do instituto.

Para que as partes não fiquem à mercê do entendimento particular de cada julgador, o STJ tem firmado alguns entendimentos sobre o assunto que acabam por se tornar orientadores das decisões prolatadas individualmente pelos magistrados. Sendo assim, pode-se dizer que o direito brasileiro caminha no sentido de adotar a teoria que é majoritária nos Estados Unidos, de modo que procede a um deslocamento do nexo de causalidade quando há dano decorrente de atuação médica, devendo o profissional da saúde indenizar o paciente lesado pelo tratamento do qual o privou e não pelo dano resultante.

Sendo assim, as decisões judiciais têm observado essa fundamentação, reduzindo proporcionalmente a indenização fixada a título de danos morais. O objetivo da fixação de danos morais é indenizar a vítima (ou sua família) pela chance de tratamento que perdeu.

Resolvida essa questão, o magistrado deverá ainda estabelecer o valor que deverá ser pago a título de indenização. Considerando-se que não há uma tabela, é necessário que o julgador se paute pelo princípio da razoabilidade, observando o sistema bifásico que adota o STF, para que fixe um valor condizente com a situação fática e com o sistema de precedentes.

Em suma, pode-se dizer que aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica tem ganhado grande espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Por se tratar de instituto doutrinário e jurisprudencial, ainda há grandes controvérsias que giram em torno do tema. No entanto, é possível perceber que na prática o instituto tem sido adotado para fundamentar decisões judiciais, de modo que tende a ser acolhido pelos magistrados e pelos tribunais sendo seu estudo de fundamental importância para compreender o movimento evolutivo da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CAMBRICOLI, Fabiana. **Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que o mínimo em saúde**. 2017. Disponível em: <Por falta de verba federal, 96% de cidades investem mais que mínimo em saúde... - Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/05/05/lei-da-migracao-deve-ser-sancionada-com-poucos-vetos.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2012.

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

G1 (Org.). **Pacientes morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública, em Goiás: Os 246 municípios goianos, só 13 têm UTIs**. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Rideel, 2011.

GUIMARÃES, Matheus. **Responsabilidade objetiva do Estado: teoria do risco administrativo**. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9348/Responsabilidade-objetiva-do-Estado-teoria-do-risco-administrativo>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil: De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. **Aspectos destacados da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Brasileiro**. 2016. Disponível em:

<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1301/responsabilidade_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 maio 2017.

PEREIRA, Roberta Massa B.. **Saúde Pública no Brasil terá um ano desafiador em 2017**. 2017. Disponível em: <<http://gehosp.com.br/2016/12/19/saudepublicaanodesafiador/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

RBA, Redação (Org.). **Instituto do Câncer recusa cirurgias de pacientes por falta de verbas**: Segundo o hospital, o atendimento de 40 pessoas foi rejeitado desde o dia 10 de abril. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/saude/2017/04/instituto-do-cancer-recusa-cirurgias-de-pacientes-por-falta-de-verbas>>. Acesso em: 15 maio 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade Civil Contemporânea**: Em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas S.a., 2011.

SANTOS, Lenir. **O princípio da solidariedade no SUS**. 2011. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/09/30/o-principio-da-solidariedade-no-sus/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SAÚDE, Ministério Público da. **Entenda o SUS**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.