

# RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE DECORRENTE DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE TUTELA DA SAÚDE<sup>1</sup>

LIABILITY OF THE STATE FOR LOSS OF A CHANCE DAMAGES DUE TO DENIAL OF HEALTHCARE SERVICES

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD DERIVADA DE LA NEGACIÓN DE PRESTACIÓN DE TUTELA DE LA SALUD

*Tatiana Denczuk*<sup>2</sup>

*Daniel Ferreira*<sup>3</sup>

**Área(s) do Direito:** Direito Civil; Direito Constitucional.

## Resumo

O presente artigo visa analisar as objeções à chamada judicialização da saúde, bem como os critérios apresentados pela doutrina que, de certa forma, minimizariam tais objeções e impactos. Considerou-se que em alguns casos entende-se que a tutela da saúde não deve ser concedida, especialmente em prol de apenas um cidadão, e que os critérios apresentados pela doutrina e pelo STF são meramente sugestivos, pois, em se tratando de judicialização da saúde em face do poder público, não há precedentes judiciais consolidados. Portanto, o que se pretendeu verificar é se a negativa de tutela judicial da saúde, em face do Poder Público, gera a perda de uma chance por parte do cidadão e, nesse caso, poderia ser reparada.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde. Responsabilidade civil do Estado. Teoria da perda de uma chance.

## Abstract

This article aims to examine the problem of the healthcare litigation and its likely solutions. Seeing that in some judicial cases healthcare should not be granted by government, especially for the benefit of only one citizen, and that the criteria

---

<sup>1</sup> Recebido em 15/03/2017. Aceito para publicação em 15/05/2017.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Professora de Processo Civil da Faculdade de Direito de Curitiba (do UNICURITIBA) e integrante do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA). *E-mail:* <tatidenczuk@gmail.com>.

<sup>3</sup> Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Professor Titular da Faculdade de Direito de Curitiba e Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e Líder do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA). *E-mail:* <contato@fkmpm.com>.

presented by doctrine and by the Supreme Court are merely suggestive, there is no consolidated legal precedent. In this cases, this article aims to examine if the denial of healthcare against government generates the loss of a chance for the citizen and therefore this damage could be repaired.

**Keywords:** Fundamental rights. Civil liability. Loss of a chance damages.

### Resumen

Este artículo tiene como objetivo examinar las objeciones a la llamada acción judicial de la salud, así como los criterios presentados por la doctrina que, en cierto modo, disminuirían dichos impactos y objeciones. Se consideró que en algunos casos queda entendido que la tutela de la salud no debe concederse, sobre todo por el bien de solo un ciudadano, y que los criterios presentados por la doctrina y por el Tribunal Supremo son meramente indicativos, pues como se trata de la acción judicial de la salud contra el poder público, no hay precedentes judiciales consolidados. Por lo tanto, se pretende comprobar es si la negación de la tutela judicial de la salud, contra el poder público, genera la pérdida de una oportunidad para el ciudadano, en cuyo caso podría ser reparada.

**Palabras clave:** Derecho fundamental a la salud. La responsabilidad civil del Estado. Teoría de la pérdida de una oportunidad.

**Sumário:** 1. *Introdução*; 2. *A tutela da saúde e sua judicialização*; 3. *Objecções e possíveis 'soluções' à judicialização da saúde*; 4. *Responsabilidade do Estado por perda de uma chance*; 5. *Considerações finais*; 6. *Referências*.

**Summary:** 1. *Introduction*; 2. *The protection of health and its judicialization*; 3. *Objections and possible 'solutions' to the judicialization of health*; 4. *State liability for loss of a chance*; 5. *Final considerations*; 6. *References*.

**Sumario:** 1. *Introducción*; 2. *La tutela de la salud y su judicialización*; 3. *Objeciones y posibles 'soluciones' a la judicialización de la salud*; 4. *Responsabilidad del Estado por la pérdida de una oportunidad*; 5. *Consideraciones finales*; 6. *Referencias*.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante da transformação da sociedade, o instituto da responsabilidade civil tem evoluído e se modificado, buscando adequar-se às mudanças que a própria sociedade enfrenta.

Com isso, surgiram novas concepções de danos indenizáveis e de métodos indenizatórios que, efetivamente, reparem a vítima e não apenas punam o causador do dano.

Nesse contexto, surge a Teoria da Perda de uma Chance, segundo a qual o dever de indenizar se origina da perda da oportunidade de se obter um benefício. Essa teoria vem sendo muito aceita para fins de indenizações perante os tribunais.

Ao mesmo tempo em que há a evolução do instituto da responsabilidade civil, outro fato, igualmente, evolui e aumenta, consideravelmente: o acesso ao

Poder Judiciário para postular a concretização do direito à saúde, consagrado na carta constitucional.

Tal fator tem sido designado, inclusive, de uma verdadeira judicialização da saúde. São inúmeros e em franca expansão, os casos em que se busca, em juízo, a concretização do direito à saúde, mas lideram as ações propostas em face do poder público.

Sabe-se que são diversas as objeções colocadas pela doutrina a respeito dessa judicialização excessiva, a começar pela insuficiência de recursos e a falta de critérios, por parte do Poder Judiciário, para concessão de medicamentos, determinação de internamentos e exames, muitas vezes caríssimos, entre outros.

Por esse motivo, muitos afirmam que em alguns casos a prestação da saúde não deve ser concedida pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, a questão que exsurge é saber o seguinte: caso de fato o Poder Judiciário negue a concessão do direito à saúde (concessão de medicamentos, determinação de internamentos e /ou exames, entre outros), poderia haver a alegação de perda de uma chance e, com isso, postular-se indenização? Em caso positivo, a quem seria atribuída tal responsabilidade?

É o que se pretende verificar na sequência.

## **2 A TUTELA DA SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 garante, a todos, os chamados direitos fundamentais, dentre eles os chamados direitos sociais ou prestacionais, que seriam aqueles que, de um lado, exigem prestações por parte do Estado e, de outro, atribuem aos titulares o direito de exigir a contrapartida, em caso de omissão do Estado.

Nesse cenário, ao Estado incumbe, não somente proteger tais direitos, porém igualmente a obrigação de criar condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania e, para tanto, cabe a ele a formulação de políticas que são efetivadas através de um sistema de prestação de serviços, chamadas de políticas públicas.

O direito à saúde é um direito fundamental por conta da relevância do bem jurídico, tutelado constitucionalmente, já que a saúde é evidentemente importante

para manutenção da vida com dignidade e é o que garante que haja condições suficientes para fruir dos demais direitos, fundamentais ou não. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 132).

E, para tutelar esse direito à saúde, foram formuladas, no estado brasileiro, diversas políticas públicas de saúde, com notáveis avanços desde a Constituição de 1988<sup>4</sup>. Nesse contexto, é grande o papel do SUS, que pode ser considerado uma exitosa reforma social e um importante instrumento de inclusão social (MOREIRA, 2011, p. 220-222), que foi criado pela Constituição Federal de 1988, através de seu artigo 198, mas cuja estrutura e modelo operacional somente foram estabelecidos através da Lei n. 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Mas, além dessa, é possível citar tantas outras leis que, de uma forma ou de outra, garantem o direito à saúde: Lei n. 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV; Lei n. 9.797/99, que estabelece a obrigatoriedade de cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer; Lei n. 10.126/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais; Lei n. 10.424/2002, que regulamenta a

---

<sup>4</sup> Barroso aponta que a trajetória da saúde pública no Brasil iniciou-se em XIX, período em que apenas eram realizadas ações de combate à lepra e à peste, mas que somente entre 1870 e 1930 o Estado passou a praticar ações mais efetivas no campo da saúde, adotando um modelo “campanhista”, mas sem que houvesse, de fato, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30 é que se estruturou o sistema básico de saúde e foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, criando-se os Institutos de Previdência (IAPs), que inclusive possuíam hospitais próprios. Os IAPs foram unificados posteriormente, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social – e, vinculados a eles, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. (BARROSO, p. 11-13).

Os avanços nas políticas públicas de saúde são notados quando em comparação com a questão da saúde das décadas de 60 a 80, especialmente, em que predominava um modelo constitucional orçamentário insuficiente e não havia instrumentos de controle de gestão, de prioridades e de gastos públicos. Além disso, por consequência do regime militar, não era permitida qualquer informação sobre a saúde que prejudicasse a imagem do regime. (MOREIRA, 2011, p. 220-222)

FIGUEIREDO e SARLET (2008, p. 127) esclarecem que, antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, como a garantia de “socorros públicos”, prevista pela Constituição de 1824, ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, prevista pela Constituição de 1934. Em assim sendo, nessas constituições, a tutela constitucional da saúde se dava de modo indireto, à medida em que definiam competências para a matéria e versavam sobre questões de proteção à saúde do trabalhador e de garantia de assistência social. Para os mesmos autores, o tratamento constitucional do direito à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), decorrem da evolução do sistema de proteção instituído anteriormente em nível ordinário.

Assistência domiciliar no SUS; Lei n. 10.708/2003, que instituiu o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes cometidos de transtornos mentais egressos de internações; Lei n. 10.858/2004, que autoriza a Fundação Oswaldo Cruz, entidade vinculada ao Ministério da Saúde, a disponibilizar medicamentos aos usuários do SUS; Lei n. 11.108/2005, que garante às parturientes o direito à presença de um acompanhante na sala de parto; Lei n. 11.255/2005, que define as diretrizes da Política de Prevenção e Atenção Integral à Saúde da Pessoa Portadora de Hepatite; Lei n. 11.347/2006, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos; Lei n. 11.634/2007, que dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e à vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do SUS; e Lei n. 11.664/2008, que dispõe sobre a efetivação de ações de saúde que assegurem a prevenção, detecção e tratamento dos cânceres de colo uterino e de mama<sup>5</sup>.

Contudo, em que pese todas as inúmeras políticas adotadas pelo Estado, elas não se revelam, na prática, suficientes. Isso porque, como a concretização do direito à saúde demanda a implementação de políticas públicas, mas nem a Constituição nem a lei ordinária delimitam qual o conteúdo exato desse direito, abre-se espaço para a chamada “judicialização do direito à saúde”, a fim de que o Poder Judiciário determine o direito daquele(s) cidadão(s), considerado(s) no caso concreto. (PIVETTA, 2013, p. 465).

Ou seja, em que pese a previsão do direito à saúde pela Constituição Federal, desde 1988, permanece a controvérsia a respeito de seus limites e de sua exigibilidade tanto administrativa quanto judicial, individual e coletivamente, “[...]seja porque são diversos os direitos, interesses e bens a serem tutelados, seja porque disso resulta a ponderação entre diferentes princípios constitucionais, explícitos e implícitos[...]”, o que contrasta com a garantia do mínimo existencial. Assim, o Judiciário tem sido cada vez mais interpelado para resolver conflitos concretos sobre o direito à saúde, alargando suas hipóteses de intervenção, “[...]podendo-se até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara”. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 149-150).

É certo que o Poder Judiciário, não apenas com relação ao tema da saúde, tem vivido uma “hipertrofia”, especialmente após a Constituição de 1988. Mas o

---

<sup>5</sup> Dados retirados de: BRASIL, 2010, p. 11-12

Relatório Justiça em Números 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que tem 2014 como ano-base, apontou que crescem e se salientam as demandas relacionadas à saúde, que tem se direcionado a diversos entes públicos e privados, a fim de se obter o fornecimento de medicamentos, a realização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças, o que intensifica o papel do Poder Judiciário na efetivação da saúde.

No Brasil, a questão relativa ao tratamento de doenças originou-se com as decisões referentes à AIDS que, com características epidêmicas, gerou demandas judiciais que se valeram da previsão do direito à saúde encartado no artigo 196, da Constituição Federal, em que os juízes se viam na difícil situação de negar remédios indispensáveis à sobrevivência de diversas pessoas. O surgimento, entretanto, de esparsas liminares empolgou alguns doentes e interessados, que foram sendo atendidos judicialmente e motivou, inclusive, portadores de outras doenças. (AMARAL, 2010, p. 23-24).

Inicialmente, a orientação judicial pátria era no sentido de rejeitar a possibilidade de se demandar judicialmente para obter prestações positivas. Entretanto, esse posicionamento mudou, passando-se a conceder essas prestações até mesmo indiscriminadamente e sem critérios, especialmente em matéria de direito à saúde, como nos casos de julgados do STF que deferiram tratamentos de saúde caríssimos, alguns deles no exterior e sem comprovação de eficácia. (HACHEM, 2013, p. 231).

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulada “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência”, publicada em 2015, inclusive, revela que as demandas que envolvem direito à saúde são, em sua grande maioria, relacionadas à saúde pública.

Ocorre que esse protagonismo por parte do Poder Judiciário traz à tona a discussão se, em havendo a chamada judicialização da saúde, haveria um limite à atuação daquele ente estatal.

Antes de mais nada, necessário esclarecer exatamente de que se trata essa chamada judicialização. Santos (2011, p. 29) defende que ela existe “[...] sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política”. E continua:

[...] o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação. (SANTOS, 2011, p. 29).

No Brasil, têm sido várias as manifestações desse protagonismo judicial, o que tem um aspecto positivo, já que se verifica que as demandas populares, a respeito das quais o Poder Público se omitiu e deixou de concretizar, estão sendo atendidas. Mas, no que concerne à tutela judicial da saúde, outra questão exsurge: as ações envolvendo direito à saúde são em tamanho tão grande que essa expansão preocupa o Poder Judiciário, especialmente quanto aos critérios adotados nas decisões. Tanto assim que constantemente são realizados congressos, debates e palestras multidisciplinares, na tentativa de se delinear os critérios a serem adotados nas decisões envolvendo a matéria, dando-se enfoque especial à audiência pública, realizada em abril e maio de 2009, perante o STF, em que se desenvolveram alguns parâmetros para balizar a atuação judicial quando o conflito envolvesse pretensão relacionada ao direito à saúde<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> A audiência pública mencionada promoveu debates sobre a saúde, ocasião em que foi possível ouvir mais de cinquenta pessoas, desde usuários e gestores do SUS, até médicos, técnicos de saúde, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados, professores e advogados. A finalidade era definir um posicionamento pelo STF, a respeito da “judicialização da saúde”, que pudesse servir como critério a orientar as futuras decisões do Poder Judiciário e, nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes lavrou voto que delineou as diversas nuances da questão, utilizando dois aspectos principais: o delineamento do direito à saúde e os critérios estabelecidos para a concessão da prestação jurisdicional. No que se refere ao delineamento do direito à saúde, o Ministro Gilmar Mendes realizou minucioso estudo do art. 196, da Constituição, concluindo, dentre outros, que não haveria um direito subjetivo absoluto a qualquer prestação jurisdicional, mas um direito público subjetivo a políticas públicas de promoção, proteção ou recuperação da saúde, de modo que, *prima facie*, a tutela judicial seria condicionada ao não comprometimento do SUS como um todo. Quanto aos critérios para concessão da tutela judicial, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu parâmetros para balizar a atuação judicial quando o objeto da ação envolvesse pretensão relacionada ao direito à saúde. O primeiro critério diz respeito à existência ou não de política pública quanto à prestação requerida: caso exista a política, a Administração Pública deve ser obrigada a prestar a tutela; caso não exista, exige-se um refinamento maior dos critérios a serem adotados, sendo identificadas duas circunstâncias principais: decisão administrativa motivada e existência de vedação legal. Quando houver vedação legal ao fornecimento da prestação, tem-se que produtos que não tenham sido devidamente registrados na ANVISA não podem ser fornecidos à população, sendo o registro um requisito necessário. Mas essa regra não é absoluta, pois a demora na tramitação do pedido de registro muitas vezes pode fazer com que o cidadão seja privado do tratamento sob investigação, portanto, em casos excepcionais, poderia ser relativizada a vedação. Já nos casos em que não houver vedação legal, mas houver recusa motivada pela Administração quanto ao fornecimento, a solução seria a seguinte: “Quando se tratar de não prestação devido a decisão administrativa motivada, dever-se-á atentar para a justificativa apresentada pelo administrador público. São basicamente duas hipóteses: a) a não concessão devido à existência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS, comprovadamente eficiente para aquele tipo de caso; b) a não concessão pelo fato de o SUS não dispor de tratamento específico para o caso”.

Contudo, a pesquisa antes mencionada, a respeito da judicialização da saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, analisou o perfil das ações judiciais em saúde pública e verificou que a maioria das decisões não menciona ou toma como referência esses parâmetros sugeridos nos congressos, debates e audiências públicas, tais como a que o STF realizou em 2009. E mesmo que assim não fosse, ou seja, mesmo que esses critérios concessão – ou não – da tutela do direito à saúde fossem respeitados, isso não encerraria a discussão acerca do problema da chamada “judicialização da saúde”.

### 3 OBJEÇÕES E POSSÍVEIS ‘SOLUÇÕES’ À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A grande maioria das ações judiciais envolvendo saúde pública, além de versarem de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde, tais como medicamentos, tratamentos e próteses, e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames, etc) - *o que evidencia que tais demandas ainda versam sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público* – ainda são predominantemente de litigação individual e não coletiva, segundo revela pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil”, realizada pelo CNJ. Tal constatação “reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde”.

Isso acabaria por apresentar um “[...]efeito colateral questionável e até perverso”, à medida em que asseguraria o direito apenas daqueles que de fato possuem meios de acesso ao Poder Judiciário. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 151).

---

Na hipótese aventada em “a” (existência de tratamento alternativo eficaz), o Poder Judiciário deve orientar-se, em regra, a não conceder prestação diversa àquela oferecida pelo Sistema Único de Saúde. Isso porque a adoção de determinado tratamento médico ou medicamento pelo SUS é sinal de que ele já foi devidamente referendado pela comunidade científica, ou seja, ele mostra-se mais seguro em termos de saúde pública. Por outro lado, o SUS opta, entre os medicamentos ou tratamentos eficazes, por aquele que apresenta a melhor relação custo/benefício. Isso decorre da necessidade de o Poder Público racionalizar a distribuição dos recursos existentes, viabilizando o fornecimento da prestação a um número maior de cidadãos. Na segunda hipótese, quando o SUS não dispuser de tratamento eficaz (para determinado caso), dever-se-á verificar se o tratamento disponível é experimental (de eficácia ainda não comprovada cientificamente) ou se é tratamento novo, ainda não avaliado pelo SUS. Se o tratamento pleiteado pelo paciente for experimental, o Poder Judiciário não deverá conceder a tutela. [...] Diversamente, quando se tratar de situação em que existe tratamento, cuja eficácia tenha sido cancelada pela comunidade científica, mas que ainda não tenha sido recepcionado pelo SUS, poderá ser concedida a tutela judicial.”(PIVETTA, 2013. p. 469-472)

Diante disso, uma “barreira” que se apresentaria à judicialização da saúde seria, entre outras, a quebra de isonomia gerada no tratamento dado àqueles que buscam o Poder Judiciário – *e assim têm concretizados direitos sociais* – e aqueles que não buscam – *e não vêem concretizados esses direitos que deveriam ser garantidos constitucionalmente a todos, sem distinção* - especialmente diante do fato de que a desigualdade de acesso ao Poder Judiciário é também um problema que ainda não foi superado.

Essa “quebra de isonomia”, por sua vez, envolveria outra questão, já apresentada, no que diz respeito à utilização da via individual para pleitear direito à saúde, pois argumenta-se que a tutela coletiva seria a via mais adequada. Esse posicionamento, entretanto, não pode ser aceito. Primeiramente, porque a negativa de prestação da tutela jurisdicional individual faria com que o cidadão fosse duplamente punido: primeiro por necessitar da prestação material e não ser atendido e, segundo, por não poder litigar para poder exigir o cumprimento de seu direito fundamental, de modo que ao invés de pura e simplesmente negá-la, há que se aperfeiçoar o acesso à via administrativa e à via judicial. (SARLET, 2011, p. 34-36)

Além disso, em que pese a tutela coletiva ser um mecanismo eficaz para a concretização de direitos fundamentais, não está afastada a possibilidade de seu titular buscá-la individualmente, exatamente porque as dimensões coletiva e individual coexistem, de modo que “a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva”. (SARLET, 2011, p. 20-25).

Por outro lado, há o problema da escassez de recursos para assegurar o direito à saúde, o que envolve a questão da “reserva do possível”. A polêmica reside em saber se decisões judiciais poderiam substituir o orçamento público (que é lei), concedendo direitos que demandem, para sua satisfação, receitas não disponíveis pelo Estado.

A defesa dos direitos só é viável se houver uma estrutura estatal capaz de impor coercitivamente o respeito a ele e, nesse contexto, a escassez pode até comprometer a efetividade dos direitos. E se os bens são escassos, os direitos não podem ser realizados de maneira uniforme a todos os cidadãos, de modo que efetivar direitos, necessariamente, passa pela questão da alocação de recursos, o que envolve escolhas e o que leva à conclusão que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não serão. (OLSEN, 2008, p. 185-187).

Levar os direitos a sério significa, portanto, levar a escassez a sério. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto, pois sua efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados, de modo que não pode ser protegido pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias. (AMARAL, 2010, p. 54).

Assim, a escassez estaria diretamente ligada à desigualdade de bens que, exatamente por serem escassos, “[...]não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo”. Ocorre que essa escassez só se verifica, muitas vezes, por uma questão de escolhas, pois a decisão “[...]de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada”. (STJ, REsp 1.366.337/RS, rel. Min. Humberto Martins, DJ 30-04-2015).

E ainda que não houvesse restrição financeira, haveria necessidade de adoção de critérios de escolha e de alocação de recursos na distribuição de recursos de saúde, porque

Todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso, desde o momento em que esse tratamento não é mais experimental até o momento em que há a produção e distribuição de recursos necessários ao uso generalizado do novo tratamento, tal como ocorreu com a hemodiálise. (AMARAL, 2010, p. 92).

Há quem afirme, então, que seria possível pensar que algumas prestações, analisadas sob o enfoque da escassez de recursos, não estariam abarcadas, já que apenas estariam aquelas que estivessem ao alcance do Estado, no sentido de haver previsão orçamentária, de modo que muito mais direitos mostrar-se-iam impossíveis de serem concretizados e, nesses casos, não haveria direito. (OLSEN, 2008, p. 188-189).

Compreender essa escassez como limite aos direitos fundamentais sociais pode, portanto, parecer aceitável, pois obviamente não se pode pretender o absurdo. (OLSEN, 2008, p. 90) Mas, de outro lado, o argumento da reserva do possível poderia servir como um “excelente escudo” contra a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o Estado poderia argumentar que, ainda que houvesse “vontade política”, a escassez de recursos sobrepor-se-ia e nada poderia ser feito, ainda que, para outros fins, esses recursos “nunca sejam escassos”. (OLSEN, 2008, p. 209).

Nesse sentido, inclusive, entende o Superior Tribunal de Justiça, em diversos de seus acórdãos envolvendo direitos fundamentais prestacionais e especialmente naqueles que concernem à saúde, que a reserva do possível não se configura como uma “carta de alforria” para o administrador incompetente<sup>7</sup>.

Desse modo, não seria necessário verificar abstratamente quais tratamentos médicos estariam, por exemplo, abrangidos pelo direito à saúde, mas apenas em circunstâncias concretas seria possível analisar a extensão desse direito, “[...]confrontando a pretensão juridicamente deduzida com os recursos materiais disponíveis[...]” (OLSEN, 2008, p. 193) e, em sendo assim, a reserva do possível somente poderia agir como exceção, não como regra, pois os direitos não existem por haver recursos disponíveis para concretizá-los, mas, ao contrário, sua existência é que determina a alocação de recursos para sua efetivação. (OLSEN, 2008, p. 212).

Mas verificar isso, no caso concreto, não é exatamente uma tarefa fácil, seja em demanda individual seja em demanda coletiva, especialmente nos casos envolvendo direito à saúde, pois de um lado se verifica, muitas vezes, a urgência daquele que postula o direito e, de outro, o direito à defesa daquele ente público, o que abrange ampla dilação probatória. Em certas situações, não há tempo hábil para se permitir a dilação probatória por parte do ente público, e medidas de urgência deferindo o direito à saúde são determinadas, ponderando os direitos das partes.

A doutrina pondera que, além disso, ainda que houvesse o argumento da escassez de recursos, caberia ao Poder Judiciário promover a adequação do orçamento referentemente às políticas públicas prestacionais, ou seja, “[...]promover o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira[...]” (CANELA JR., 2011, p. 106), quando houvesse flagrante desrespeito à Constituição. Porém, infelizmente, o Judiciário não estaria preparado para lidar com os gastos

---

<sup>7</sup> Colhe-se do voto de um desses acórdãos um argumento interessante: “A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar, p. ex. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.” (STJ, REsp n. 1.068.731/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 08-03-2012)

públicos, adequados à implementação e controle de políticas públicas, e a jurisprudência brasileira, em sua grande maioria, ignora a questão da escassez dos recursos e da reserva do possível, especialmente quando da concessão de tutelas de urgência. O efeito indesejado disso poderia ser uma desorganização no processo de seleção de prioridades, eis que o Poder Legislativo e o Poder Executivo constroem políticas públicas por meio de um planejamento e, como consequência, definem o orçamento público. Contudo, em se tratando de uma política pública, determinada por decisão judicial, o orçamento passaria a ser destinado no “[...]contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos[...]” e não numa ótica global. (DALLARI BUCCI, 2006, p. 36).

Afirma-se que a escassez de recursos e a reserva do possível, quando apreciadas em poucas decisões, são consideradas através de uma visão radical de justiça, pois não são analisadas as *consequências* do afastamento dessa tese, ou seja, se alguns ganham com aquela decisão outros acabam deixando de ganhar. (AMARAL, 2010, p. 140-141).

A fim de minimizar os impactos ou quiçá solucionar essas duas objeções – escassez de recursos e quebra de isonomia – à judicialização da saúde, a doutrina apresenta algumas “tentativas de soluções”. A primeira delas estaria na fundamentação (e no teor) das decisões que concedem a prestação de saúde.

Sustenta-se que, nos casos em que o Estado já tenha dotado determinado órgão ou entidade, com recursos financeiros suficientes a realizar algum direito constitucionalmente garantido, a atuação judicial serve tão-só para evitar o abuso do Poder Público, ou seja, para evitar a exclusão ilegítima de algum indivíduo do alcance dessa prestação. Mas se, por outro lado, a prestação pretendida excede a capacidade do órgão ou entidade, deve-se utilizar outro paradigma, chamado de “paradigma da escassez”, no sentido de que muitas vezes a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode gerar a negação desse benefício a outro, em razão da escassez de recursos. Nesse caso, negar a concessão da prestação não seria inconstitucional *a priori*, pois estar-se-ia diante de situações em que não é possível satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a uma prestação de mesma natureza. (PIVETTA, 2013, p. 473-474).

Daí a importância da fundamentação das decisões, pois não “[...]basta argumentar e convencer. É necessário alicerçar juridicamente – e não apenas como

um imperativo moral! – o estatuto jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Para além disso, a decisão, além de coerente e factível, deve levar em conta seus impactos econômicos. (VIOLIN, 2013, p. 110).

E é sobre esses impactos econômicos que Amaral (2010, p. 175-176) sustenta que deve ser fundamentada a decisão que envolve a concretização de direitos fundamentais, como a saúde, por parte do Estado, pois elas sempre irão envolver a questão da escassez de recursos. O autor sustenta uma argumentação consequencialista, no sentido de que a decisão deve ponderar as consequências, não necessariamente quanto ao utilitarismo dos efeitos do ato em concreto, mas do conjunto de regras cuja observação, pela grande maioria dos envolvidos, deva produzir os melhores resultados.

Assim, é necessário que os juízes tenham consciência de seu papel e dos reflexos que suas decisões “[...]possam ter em relação aos indivíduos, mas não só em relação a eles, como também, em relação ao seu ambiente”. (PAMPLONA, 2011, p. 227) É claro que uma argumentação consequencialista não é tarefa fácil, pois envolve a análise da aplicação de direitos individuais somada a uma desconexão entre o público e o privado, o que gera uma tensão elevada. (LORENZETTI, 2009, p. 305).

No caso da saúde, especialmente em demandas individuais, essa questão se torna demasiadamente importante, pois, se os recursos são escassos e em alguns casos o próprio Poder Judiciário toma decisões alocativas e/ou interfere naquelas decisões já tomadas pelo poder público, é necessário analisar os critérios dessa alocação de recursos, tais como os apresentados por Amaral (2010, p. 31): 1) quem deve ser atendido e quais os critérios de seleção de tais pessoas?; 2) quais são os prognósticos de cura?; 3) qual o número de vidas salvas para cada mil reais despendidos?; 4) quem consegue primeiro uma liminar?; entre outros, exatamente porque, em se tratando de uma decisão judicial, “[...]nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra.”

Outra “tentativa de solução” apresentada pela doutrina, a fim de minimizar os efeitos da quebra de isonomia quando da judicialização da saúde, estaria na criação e respeito aos precedentes, como forma de assegurar a igualdade na prestação de direitos sociais, como a saúde. Como visto, em que pese a quebra de isonomia para não se colocar como barreira *fática* a afastar a possibilidade de se *postular* em juízo

(e ainda que individualmente) tutela do direito à saúde, ainda se faz necessário aprimorar os mecanismos processuais para minimizar os impactos das decisões que determinam a concreção de tal direito pelo poder público. O dever de motivação das decisões judiciais, com base em um paradigma consequencialista, contudo, não se mostra suficiente para minimizar a desigualdade. É necessário ainda que se criem e respeitem os precedentes judiciais, a fim de assegurar o princípio da igualdade quanto às prestações de direitos, especialmente porque não é novidade a existência, em nosso sistema jurídico, de decisões divergentes para inúmeros casos similares, e dessa situação não se afastam aquelas proferidas em matéria de saúde, o que gera tremenda instabilidade. Essa instabilidade é ainda mais cruel quando se trata do direito à saúde, pois há casos em que se concede o mesmo medicamento, por exemplo, a uma determinada pessoa, e não se concede a outra que reúne as mesmas condições médicas que aquela para quem foi o medicamento concedido, gerando extrema desigualdade.

Ou seja, ainda que haja decisões passadas, e de outros tribunais, muitas vezes elas não são seguidas, levando a que não sejam tratados igualmente casos iguais. Os juízes e tribunais, como regra, devem seguir a jurisprudência dos tribunais superiores, exceto quando ela se mostrar contrária ao direito ou à razão, o que permite maior estabilidade ao direito e maior segurança jurídica, bem como devem eles tratar isonomicamente os casos essencialmente iguais. (CAMBI, 2009, p. 154).

Assim, em que pese seja possível imaginar que enunciados gerais e abstratos possam dar maior discricionariedade ao juiz no momento de aplicar a norma, moldando-a ao caso concreto, é certo que a vinculação ao precedente concretiza a expectativa da segurança jurídica, pois a lei não é suficiente para garantir a isonomia de tratamento. (VIOLIN, 2010, p. 198).

Os precedentes passam a exercer, portanto, grande papel, como técnica de agilização processual e somente podem ser compreendidos *à luz dos fatos* (CAMBI, 2009, p. 146). Para a formação do precedente, costuma-se afirmar que seria necessária uma técnica para sua redação, pois tanto o constituinte quanto o legislador utilizam-se, muitas vezes, de palavras vagas e imprecisas, o que dificultaria a fixação de um precedente. Essa afirmação é trazida por Medina (2015, p. 1.134), por exemplo. Mas Streck critica essa afirmação, pois para ele

[...] as palavras não se dividem em categorias como “vagas” e “precisas”. Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos “precisos” que

garantam a inexistência de “dúvidas” quanto à sua aplicação futura. Aliás, esse é um equívoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios “abrem a interpretação”, face sua “abertura semântica” (sic). Estou convicto – e essa convicção não é apenas minha – de que não há clareza que dispense a interpretação. (STRECK, 2009, p. 346-347).

Assim, é certo que não se afasta a interpretação do precedente, e ele vincula tanto quanto mais fundamentadas forem suas decisões, “[...]num receptáculo de orientação povoado, não por uma lógica matemática, mas por uma justeza hermenêutica tributária da razão prática, num *continuum* de procedência atestado mediante pautas de equanimidade.” (STRECK, 2009, p. 350).

O Código de Processo Civil de 1973 apenas se referia ao termo precedente como julgamento que seria objeto de súmula e que serviria para uniformizar a jurisprudência. O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, em que pese não definir expressamente o sentido da palavra ‘precedente’, a utiliza em diversos artigos<sup>8</sup> e demonstra uma valorização de sua força. Isso tem a capacidade de fortalecer as decisões judiciais como precedentes, pois prevê mecanismos capazes de atingir essa finalidade, tais como o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) - previsto pelos artigos 976 a 987 - e o recurso repetitivo, previsto pelos artigos 1.036 a 1.041.

Já o artigo 926, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que “[...]os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O fato de os tribunais deverem manter sua jurisprudência íntegra e coerente significa, portanto, que casos análogos devem ser decididos “[...]sob o prisma da igualdade, com respeito aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores[...]”, mas é claro que isso exige um processo interpretativo que leve em conta a força da Constituição e a ideia de unidade do direito. (GARCIA, 2015).

---

<sup>8</sup> “No art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras.

No § 2º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o CPC/2015 que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que revela que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão. No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, que, segundo pensamos, deve identificar-se com aquilo que se convencionou chamar de *ratio decidendi*. O §5º do art. 927 transmite a impressão que “precedente” estaria sendo empregado em sentido latíssimo, para abranger julgados e súmulas. Preferimos, no entanto, afastar esse modo de interpretar o dispositivo, pois em nada contribui para deixar mais claro o tema. O art. 988, IV, do CPC/2015 indica que o precedente está na decisão, isso é, o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo, algo que, segundo pensamos, deve ser empregado ao se ler o art. 1.042, §1º, II do CPC/2015.” (MEDINA, 2015, p. 1.138)

Por fim, deve-se anotar que o Código de Processo Civil de 2015, através do artigo, 489, §1º, V e VI, demonstra, em mais de um momento, a valorização dos precedentes, sem deixar de lado que sua utilização é tarefa que exige interpretação e adequada fundamentação. O artigo 489, ao tratar dos elementos da sentença, dá especial atenção à fundamentação e se refere, expressamente, ao que entende por uma decisão não fundamentada em seu § 1º. A valorização da utilização e adequada interpretação do precedente se verifica no inciso V, que estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão que “[...]se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Isso demonstra a preocupação do legislador com a utilização mecânica do precedente, exatamente porque, como todo e qualquer texto, ele não dispensa interpretação e, assim, sua utilização, sem a devida interpretação e individualização ao caso concreto, pode levar à nulidade da decisão, por ausência de fundamentação.

Por fim, o legislador demonstrou mais uma vez a preocupação com a utilização dos precedentes, valorizando-os através do artigo 489, §1º, VI, ao estabelecer que não se considera fundamentada a decisão que “[...]deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Ou seja, considera-se não fundamentada a decisão que “[...]não se deixar guiar por orientação firmada na jurisprudência, sem demonstrar que o caso a ser julgado é diferente (*distinguishing*) ou que a orientação referida encontra-se superada (*overruling*)”. (MEDINA, 2015, p. 740).

Contudo, o Código de Processo Civil entrou em vigor apenas em 18 de março de 2016, e é claro que, até que essa desigualdade entre decisões de casos similares se torne uma realidade, ainda há um longo caminho a se percorrer. Enquanto isso, não há precedentes formados no que concerne à saúde e a desigualdade continua a ocorrer. Os parâmetros apresentados pelo STF e pela doutrina, igualmente não têm força de lei e podem – ou não – ser aplicados até que de fato se considere se eles são impositivos ou sugestivos e, quiçá, integrem uma decisão que forme (ou não) um precedente.

De outro lado, tem-se que o próprio conceito de saúde, tal qual estabelecido na Constituição Federal de 1988, carece de definição, já que a carta constitucional não explicita o que estaria abrangido pelo direito à saúde. Obviamente, isso não pode servir de justificativa para afastar eventual possibilidade de intervenção judicial, mas ainda assim há casos em que sua tutela não é deferida judicialmente, ainda que não haja alegação (e comprovação) de escassez de recursos.

A questão que disso ressaltaria seria a seguinte: nesses casos em que o cidadão postula em juízo o direito prestacional à saúde – e especialmente enquanto não formados precedentes judiciais para nortear as decisões cujo objeto é a imposição, ao poder público, de fornecimento de medicamentos, determinação de internamentos e /ou exames, entre outros – a negativa poderia implicar na perda de uma chance por aquele cidadão?

#### **4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR PERDA DE UMA CHANCE**

A teoria da perda de uma chance – que tem origem na doutrina francesa da década de 60 do século passado<sup>9</sup> – trata da possibilidade de se reparar o dano advindo de uma oportunidade perdida, ou seja, o dever de indenizar se origina da perda da oportunidade de se obter um benefício. Essa teoria vem sendo muito aceita para fins de indenizações perante os tribunais, tratando-se de um novo enfoque na concepção clássica da responsabilidade civil.

Trata-se, portanto, da possibilidade de se reparar não o dano em si, mas a chance que se perdeu. Ou seja, está-se diante de uma situação em que existe um processo que propicia a alguém a oportunidade de vir a obter um benefício no futuro, mas essa oportunidade é interrompida. (NORONHA, 2003, p. 665) É exatamente o que ocorre quando se nega a tutela da saúde.

---

<sup>9</sup> Melo e Amaral afirmam que “Doutrinariamente, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi estudada pela vez primeira, na década de 40, na Itália, quando Giovanni Pacchioni tratou do assunto na obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa. Assim, a teoria da perda de uma chance é fruto da construção doutrinária francesa e italiana, e que no Brasil, entretanto, o Código Civil de 2002 não fez menção a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência, que busca a sua aplicação com base na analogia e no direito comparado.” (MELO e AMARAL, 2014) Contudo, Sérgio Savi afirma que, em que pese tal teoria ser estudada na Itália desde 1940, entendia-se que “[...]a perda de uma chance era mero interesse de fato e, portanto, como um dano que não seria indenizável de acordo com o ordenamento jurídico italiano[...]” (SAVI, 2006, p. 8)

É possível se imaginar que o cidadão tenha (ou não) buscado receber a tutela administrativa através da concessão de medicamentos, determinação de internamentos e/ou de tratamento médico específico e tenha tal pedido negado. Posteriormente, ingressa perante o Judiciário, postulando a imposição de obrigação de fazer ao Estado, mas igualmente tenha tal pedido negado. Como visto, a tendência doutrinária é a de que sejam estabelecidos critérios para essa concessão, mas, de tal forma, alguns pedidos deveriam ser negados. De outro lado, a doutrina também argumenta que devem ser formados precedentes para que não haja desigualdade no tratamento destinado aos cidadãos.

O fato é: tais precedentes ainda não foram formados ou, quando muito, não são utilizados. Além disso, como visto, o próprio conceito de saúde carece de definição, já que a Constituição Federal de 1988 não explicita o que estaria abrangido pelo direito à saúde. Obviamente não se pode pretender o absurdo, mas, e quando o que se pretende não é absurdo (cumprindo frisar que tal conceito é bastante subjetivo) e mesmo assim é negado?

Entende-se que, sim, nesse caso, interrompe-se uma chance de cura, de tratamento com mais dignidade, de melhores condições de vida e de sobrevida.

É claro que não é possível saber se, na hipótese de o ato ter sido praticado – *in casu*, se o remédio tivesse sido fornecido, o tratamento tivesse sido realizado, entre outros – o resultado seria alcançado, mas é fato que uma *chance* foi perdida. Chance de cura, chance de maior sobrevida, chance de melhora no quadro médico, que não ocorreu por motivo alheio. E para que a perda dessa chance seja indenizável, é preciso que da chance decorra um dano atual e concreto. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 99) esclarece que:

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade.

É certo que um dos requisitos da responsabilidade civil é que o dano que se pretende reparar seja certo e atual, sem o que não haveria que se falar nem em dano nem em nada a ser reparado. Por esse motivo, discutia-se a Teoria da Perda de uma Chance, já que, nesse caso, não haveria que se falar nem na total certeza

nem total incerteza que lhe acarretasse a impossibilidade de sua reparação. (GONDIM, 2012, p. 620)

Mas analisar a Teoria da Perda de uma Chance, a partir da atualidade e certeza do dano, não seria o ideal e não corresponde ao que vem sendo adotado pelos tribunais, pois nesses casos a perda de uma chance é um dano específico, baseado em uma probabilidade certa, atual e auferível estatisticamente (GONDIM, 2012, p. 620). Noronha (2003, p. 666) esclarece que:

[...] nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer.

Com a ocorrência do dano real, que, como visto, se constitui pela própria chance perdida, surge sua reparabilidade, o que não evita, entretanto, a investigação do nexo de causalidade.

É claro que é possível argumentar, por exemplo, que se dessa negativa do Estado (tanto administrativa quanto judicial) na tutela da saúde resultar o falecimento do cidadão ou uma piora nos quadros de saúde, por exemplo, o dano será causado diretamente pela doença e não pela omissão, porém, não é possível deixar de reconhecer que ela – a omissão - e a consequente falha no tratamento “[...]pode ter privado o paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Em face dessa dificuldade de estabelecimento do nexo causal entre o fato imputado ao agente e o dano final, é que parte da doutrina enquadra a responsabilidade pela perda de uma chance como uma mitigação do nexo causal, ou afirma tratar-se de uma causalidade parcial. É necessário, contudo, que haja uma chance séria e real de cura ou de melhora nas condições de saúde da pessoa e que a chance perdida, para que seja passível de reparação, caracterize um prejuízo material de um fato consumado; “[...]é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Ou seja, para que se configure a reparabilidade do dano pela perda de uma chance, não é suficiente uma mera hipótese ou esperança subjetiva, é necessário que a chance que se perdeu seja séria e real, não se baseando em especulações. (SILVA, 2009, p. 138).

Comprovadas as probabilidades, que podem advir tanto da impossibilidade de se obter uma vantagem esperada como do não impedimento da ocorrência de um prejuízo, é possível sua reparação. Cumpre esclarecer que a probabilidade é certa. O que é incerto é apenas “[...]saber se essa oportunidade, se não tivesse sido perdida, traria o benefício esperado. (GONDIM, 2012, p. 621)

Assim, no caso de negativa da tutela da saúde por parte do Estado, essa negativa é que interrompe a probabilidade do cidadão em obter a vantagem esperada, o que leva à conclusão de sua reparabilidade.

Argumenta-se que a indenização pela perda de uma chance tem relação com o lucro cessante, pois diz respeito à possibilidade da vítima obter uma situação futura melhor, ou seja, quando desaparece a probabilidade de um evento que permitiria um benefício futuro à vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 97-98).

Mas, em que pese a relação com o lucro cessante, com ele não se confunde. E isso porque a vítima, quando se trata de perda de uma chance, não perde o que estava incorporado ao seu patrimônio, mas apenas deixa de atingir um resultado melhor. (SAVI, 2006, p. 14).

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99) E exatamente porque a situação tem por fundamento uma probabilidade de obter vantagem, mas cujo prejuízo concreto é de difícil demonstração, é que essa teoria foi contestada durante bastante tempo.

O fato é que ela tem sido atualmente bem aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Os tribunais pátrios têm amplamente adotado tal teoria, como pode se depreender de trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A questão da perda da chance de cura ou sobrevivência se afigura na situação fática definitiva, que nada mais modificará, haja vista que o fato do qual originou o prejuízo está consumado, e no presente caso, quanto ao direito à vida, seu fundamento não pode ser outro que a própria dignidade humana. Isso porque o que se indeniza na responsabilidade por perda de chance outra coisa não é senão a própria chance perdida. (...) A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de sucesso em pretensão assegurada pelo direito e frustrada por conduta

ignóbil do causador do dano. (STJ, REsp. 1.335.622/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 27-02-2013).

Entretanto, os tribunais normalmente confundem-na, ora com o dano moral, ora com os lucros cessantes, o que recebe críticas da doutrina:

Com efeito, alguns julgados brasileiros parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com a hipótese em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado, e portanto, de natureza patrimonial. (SILVA, 2009, p. 209).

Cavaliere Filho (2014, p. 101-102) sustenta que, em que pese haver corrente doutrinária sustentando que a perda de uma chance seria um terceiro gênero de indenização, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante, tal não afasta uma graduação, que deve ser feita em cada caso concreto, devendo a indenização corresponder à própria chance, e não ao lucro ou perda que dela era objeto.

Ou seja, não se afasta a possibilidade de reparação pela chance perdida, mas ainda é necessário aprimorar-se os critérios quanto à fixação da indenização.

No caso que ora se discute, entretanto, convém ressaltar que se está cogitando de responsabilidade do Estado que, como tal, tem suas peculiaridades e, por óbvio, não se confunde com a responsabilidade dos particulares. Trata-se ela de obrigação que incumbe ao Estado de “[...]reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”. (MELLO, 2010, p. 997-998).

Ou seja, quando se fala em responsabilidade do Estado, tem-se em mente a obrigação a ele imposta de “[...]ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”. (CAHALI, 2007, p. 13).

Essa responsabilidade civil do Estado, no Brasil, como regra geral, é de natureza objetiva. Entretanto, em que pese vozes dissidentes, não se acolhe a teoria do risco integral, através da qual, verificado um dano, o agente teria que indenizá-lo independente de nexos de causalidade e eventualmente de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Trata-se, aqui, de uma responsabilidade oriunda da teoria do risco administrativo, pois a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito a excluem. (MACÊDO, 2008, p. 60-61).

Tal teoria baseia-se no risco que a atividade estatal pode gerar para os administrados, impondo-lhes ônus que não serão suportados pelos demais membros da comunidade. Para compensar essa desigualdade individual criada pela própria Administração, todos os demais membros da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário. (LOPES, 2002, p. 267)

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 195) sustentam que,

[...] sem sombra de qualquer dúvida, a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva, prescindindo da ideia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar. A constatação de “culpa da vítima” fulmina a pretensão reparatória, não pela ausência de elemento subjetivo, mas sim por quebrar o nexo de causalidade necessário para o conhecimento da reparabilidade do dano. Tal conclusão se respalda, ainda mais, quando compreendida no novo sistema de responsabilidade civil no Brasil, que propugna pela mais ampla reparabilidade dos danos causados, justamente com a independência do elemento culpa. Essa afirmação, todavia, não implica dizer que o nosso sistema tenha adotado as teorias do risco integral ou risco social, mas sim do risco administrativo, que admite, portanto, a quebra do nexo causal pela comprovação de uma das excludentes de responsabilidade civil.

Regra geral, portanto, a responsabilidade do Estado independe de culpa, exigindo-se apenas o prejuízo, a autoria e o nexo de causalidade. Discute-se, entretanto, se essa responsabilidade aplicar-se-ia aos atos omissivos, pois há quem entenda que ela abrange apenas os atos comissivos e que, quando se trate de ato omissivo, aplicar-se-ia a responsabilidade subjetiva, ou seja, haveria que se perquirir do elemento culpa, sem, contudo, afastar-se sua responsabilidade e a reparabilidade do dano. (VENOSA, 2012, p. 103).

Mas em se tratando de uma negativa de tutela jurisdicional, outra questão que pode vir à tona seria no seguinte sentido: a perda da chance decorreu do ato praticado pelo Poder Judiciário, ou já havia ocorrido antes, quando a Administração não prestou a tutela da saúde (e deveria tê-lo feito)?

Ainda que se argumentasse que a perda da chance foi causada por omissão (consubstanciada na negativa ou na demora) do Poder Judiciário e que, portanto, não seria passível de reparação, é necessário frisar que, ainda que haja entendimento em sentido contrário, entende-se que o ato jurisdicional pode, sim, ser reparado.

De fato, prevaleceu, durante muito tempo, a opinião de que o Estado não seria responsável pelos atos do Poder Judiciário, em virtude de que se entendia que

se o Executivo não poderia interferir nas decisões judiciais, tampouco poderia responder por tais atos. Mas esta posição se encontra superada e entende-se que o Estado deve responder por falha dos serviços judiciários: “[...]se o Estado falha em não fornecer Justiça, retardando ou suprimindo as decisões[...]”, de inteira aplicação a responsabilidade do Estado. (VENOSA, 2012, p. 103-104).

Qualquer que seja o papel do Judiciário, o certo é que os Juízes são servidores do Estado e agem em seu nome. E a Constituição, ao cogitar da responsabilidade do Estado, não permite indagação senão sobre a relação de causalidade entre o dano e o serviço público, não devendo haver privilégio para impunidade de um dano causado por ato classificado pelo próprio Judiciário como ilegalidade manifesta. (AGUIAR JR. *apud* MACÊDO, 2008, p. 62)

Ou seja, “[...]se para atos do Poder Executivo pode haver a responsabilização, sem que se cogite de “afronta à soberania”, por qual razão o mesmo não se daria face a atos lesivos oriundos do Poder Judiciário? “. (MACÊDO, 2008, p. 63)

De tal forma, perfeitamente aplicável essa nova concepção de responsabilidade civil também quanto ao Estado, sempre que um agente seu – membro da Administração ou do Judiciário - retirar de um cidadão uma chance real de se obter um benefício.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso ao Poder Judiciário para postular a concretização do direito fundamental à saúde, consagrado na carta constitucional, em face do Estado, tem aumentado consideravelmente e, diante desse fato, muitas objeções se colocam, especialmente porque a grande maioria dessas ações, além de versarem de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde, ainda são predominantemente de litigação individual e não coletiva, o que acabaria por apresentar um efeito colateral perverso, à medida em que asseguraria o direito apenas daqueles que de fato possuem meios de acesso ao Poder Judiciário.

Por outro lado, há o problema da escassez de recursos para assegurar o direito à saúde e afirma-se que sua efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados, de modo que não pode ser protegido pelo Judiciário, sem considerações às consequências orçamentárias.

Assim, a fim de minimizar os impactos ou quiçá solucionar essas duas objeções – escassez de recursos e quebra de isonomia – à judicialização da saúde, a doutrina apresenta algumas “tentativas de soluções”, que consistiria numa fundamentação consequencialista das decisões que concedem a prestação de saúde (ou seja, que analisem de fato os impactos orçamentários daquela decisão para o orçamento destinado à saúde pública) e no aprimoramento do mecanismo dos precedentes, a fim de assegurar a igualdade na prestação de direitos sociais, como a saúde.

Mas, considerando que a criação e aplicação dos precedentes é uma técnica que veio melhor configurada apenas com o Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016 e que, portanto, ainda não se tornou uma realidade, ou seja, considerando que, nessa área da saúde pública, não há precedentes formados e considerando ainda que o próprio conceito de saúde, tal qual estabelecido na Constituição Federal de 1988, carece de definição, a negativa de tutela judicial da saúde em face do Poder Público gera a perda de uma chance por parte do cidadão e, portanto, pode ser reparada.

A Teoria da Perda de uma Chance, que trata da possibilidade de se reparar, não o dano em si, mas a chance que se perdeu, é perfeitamente aplicável também quanto ao Estado, sempre que um agente seu retirar de um cidadão uma chance real de se obter um benefício, exatamente o que ocorre quando se nega a tutela da saúde, pois se interrompe uma chance de cura, de tratamento com mais dignidade, de melhores condições de vida e de sobrevivência.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. E-book.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2015.

BRASIL. **Implementação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. SENSI, Felipe Dutra e PINHEIRO, Roseni (Coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 129-130. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CLII, n. 151, 17 mar. 2015. Seção I, p. 1

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão proferido no REsp n. 1.068.731/RS**. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no DJ de 08-03-2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801379303&dt\\_publicacao=08/03/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão proferido no REsp n. 1.335.622/DF**. Relator: CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Publicado no DJ de 27-02-2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200419730&dt\\_publicacao=27/02/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200419730&dt_publicacao=27/02/2013)>. Acesso em 21 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática proferida no REsp n. 1.366.337/RS**. Relator: MARTINS, Humberto. Publicado no DJ de 30-04-2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num\\_registro=201201324659&dt\\_publicacao=30/04/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201201324659&dt_publicacao=30/04/2015)>. Acesso em: 25 nov. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. **Sistema de precedentes do novo CPC terá impacto em empresas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-22/sistema-precedentes-cpc-impacto-empresas>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A teoria da perda de uma chance e sua aplicação no direito brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 101, n. 922, p. 611-624, ago. 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LOPES, Carla Patricia Frade Nogueira e SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Curso básico de direito administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACÊDO, Marcos Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário. **Revista IOB de direito civil e processual civil**. São Paulo, n. 56, p. 59-74, nov-dez., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELO, Thiago Chaves e AMARAL, Priscilla. Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais. **CONJUR**, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Uma análise política de saúde brasileira pós-Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 19, vol. 76, p. 222-225, jul./set. 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz**. Curitiba: Juruá, 2011.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Controle judicial do direito à saúde e a construção do conceito de democracia deliberativa como princípio interpretativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 473-474.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013.

VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2010.