

# COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PRIVADO NOS CASOS DE EMERGÊNCIA

## ***THE SUPERIOR COURT JURISPRUDENCE ON FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND LIABILITY OF PRIVATE HOSPITAL IN EMERGENCY CASES***

CAROLINE MOREIRA BOFF<sup>1</sup>

RESUMO: A proposta do presente trabalho acadêmico é comentar recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em caso onde se discute a responsabilização de um hospital privado por omissão em atendimento hospitalar emergencial, cuja ordem foi obtida, liminarmente, após o ajuizamento de ação com tal objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde; Responsabilidade Civil; Perda de uma Chance.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to review recent decision by the Superior Court in cases involving the liability of a private hospital in emergency care by omission, whose order was obtained after filing a lawsuit for that purpose.

KEYWORDS: Health; Liability; Loss of a Chance.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Entenda o Caso; 2. Do Direito Fundamental à Saúde; 3. Da Responsabilidade Civil do Hospital Privado nos Casos de Emergência; 4. Da Perda de uma Chance de Cura ou Sobrevivência e uma Análise frente ao Direito Comparado; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Understanding the Case; 2. The Fundamental Right to Health; 3. The Civil Responsibility of the Private Hospital in Emergencies; 4. The Loss of a Chance of Cure or Survival and an Analysis against the Comparative Law; Final Considerations; References.

---

*Comentário de Jurisprudência recebido em 01.10.2014. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 06.10.2014.*

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Advogada atuante nas áreas tributária e cível. [carolinemboff@gmail.com](mailto:carolinemboff@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Em tempos de “ativismo judicial”, em que não são poucos os casos de decisões objetivando assegurar o alcance aos mais diversos direitos sociais insculpidos no texto constitucional, tem-se, em oportuno comentário, decisão que segue essa nova “onda” de judicialização de políticas públicas, tão criticada e apoiada pelos mais diversos segmentos jurídicos.

O presente trabalho tem como finalidade abordar e analisar um caso concreto que foi objeto de um acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.335.622, originário do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas.<sup>2</sup>

O direito a saúde se insere nos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se, pois, de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. A redação do artigo 196 do texto constitucional brasileiro exterioriza o status do referido direito ao estabelecer que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Lei Fundamental não faz qualquer distinção no que tange ao direito à saúde, englobando expressamente o acesso universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico.

No entanto, em que pese o destaque constitucional atribuído aos direitos relativos à saúde, que ladeiam os direitos à educação, não se pode negar que o sistema de saúde de nosso país, ante sua ineficiência e estrutura para suportar a demanda, deixa a margem parcela significativa da população.

### 1. ENTENDA O CASO

Trata-se de recurso interposto pelos então autores da ação indenizatória que, na origem, foi ajuizada contra um hospital privado, onde os requerentes buscavam ressarcimento pelos danos materiais e pelos danos morais que alegaram ter sofrido em razão do falecimento da sua filha menor.

Conforme narrado pelos demandantes, os mesmos levaram a sua filha para atendimento em um hospital público da cidade de Taguatinga/DF, a qual apresentava sintomas como tosse seca, coriza hialina, obstrução nasal, dispnéia, febre, hipoatividade e falta de apetite, quadro este que, pelo seu agravamento, ocasionou a internação da criança.

Relatou-se ainda nas razões iniciais da ação indenizatória que a doença evoluiu, levando a criança a um quadro clínico gravíssimo. E, diante desta circunstância, e por não possuir o hospital público estrutura para o devido tratamento, os médicos orientaram os pais a conseguir uma vaga em um hospital privado, ainda que por meio de decisão judicial.

---

<sup>2</sup> Referido julgamento ocorreu em 18 de dezembro de 2012, tendo sido publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 27 de fevereiro de 2013.

Ainda neste dia, que ocorreu o agravamento do quadro de sua filha, o casal ingressou com uma ação judicial, cuja liminar foi deferida, no final do mesmo dia, determinando o atendimento da criança pelo hospital particular. Assim sendo, o médico que atendia a menor no hospital público comunicou à médica plantonista do hospital privado sobre a decisão, ocasião em que foi informado de que este hospital receberia a paciente mediante a apresentação da cópia da decisão liminar.

No intuito de agilizar o recebimento da menor, o próprio médico do hospital público dirigiu-se com a cópia da decisão liminar ao hospital privado, o qual se recusou a receber a paciente sob o fundamento de que a decisão impressa da internet não possuía valor legal. Diante de tal negativa, a criança não pôde ser transferida, sendo obrigada a permanecer no hospital público, respirando através de ventilação mecânica, fornecida por equipamento ultrapassado.

Horas depois a menor veio a falecer, motivo pelo qual os seus pais ajuizaram a referida ação indenizatória, sustentando que a morte da sua filha poderia ter sido evitada com o uso de equipamentos adequados e avançados, e que o hospital réu, ao negar o pronto atendimento da paciente, obrigação que, segundo os requerentes, lhe cabia, teria agravado o quadro clínico da mesma, levando-a ao óbito.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido dos autores, sentença que foi ratificada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cujo acórdão proferido apresentou a seguinte ementa:

REPARAÇÃO DE DANOS. MORTE. PACIENTE ORIUNDO DA REDE HOSPITALAR PÚBLICA. DECISÃO LIMINAR. NOSOCÔMIO PRIVADO. NÃO RECEBIMENTO. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO OFICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EVENTO DANOSO. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Conquanto sejam os estabelecimentos hospitalares fornecedores de serviços, somente responderão pelos danos causados a pacientes, caso esteja comprovada a existência de relação de consumo entre eles e/ou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, tal como na responsabilidade civil prevista no art. 957 do Código Civil pelo dano advindo do cometimento de ato ilícito. Não estando comprovado que o paciente veio a óbito apenas em decorrência da recusa do nosocômio réu, integrante da rede hospitalar privada, em interná-lo em uma de suas unidades de terapia intensiva como cumprimento de decisão liminar exarada em desfavor do Estado e da qual não fora oficialmente intimado, correta se mostra a sua não condenação a indenizar os danos suportados pelos genitores do paciente com o óbito de seu filho.

Irresignados, os autores interpuseram o recurso especial ora analisado, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual, por maioria, decidiu conhecer em parte o recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento.

Referido julgado teve sua ementa assim prescrita:

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 Tribunal Superior 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.

## **2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Importa ressaltar, neste primeiro momento, o quanto arguido pelos demandantes da ação indenizatória, a qual deu origem ao julgamento ora analisado, no que se refere ao direito fundamental à saúde, especificamente a respeito do caso ocorrido com a menor. A saber:

[...] Verifica-se, portanto, o dever do Hospital Santa Lúcia assegurar aos cidadãos o direito à saúde, à vida, garantia esta resguardada pela Constituição Federal e Legislação infraconstitucional, sendo certo que na hipótese dos autos a menor deveria ter sido atendida pelo Recorrido com absoluta prioridade independentemente de intimação oficial para o

nosocômio privado para o seu devido cumprimento, restando claro e evidente que uma ordem judicial sem intimação oficial não pode obstar em hipótese alguma o atendimento a criança que à época estava apenas com 08 (oito) meses de idade.

A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.335.622, objeto do presente trabalho, assim se manifestou:

[...] A questão que ora se apresenta é repassada de sensibilidade e graveza: **o acesso à saúde** e o direito à vida. (grifou-se)

Ora, a interpretação das normas jurídicas em geral deve observar não apenas os princípios, mas também os fundamentos em que se ampara a República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal:

[...] 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. (grifou-se)

Em outras palavras, esse valor é revelado pela Constituição Federal por meio dos direitos fundamentais, aos quais confere caráter sistêmico e unitário.

Primeiramente, cabe referir que foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que positivou o direito fundamental à saúde, o qual, até então, não havia sido explicitado constitucionalmente como tal. A partir desta positivação, o direito à saúde ficou expresso, genericamente, no art. 6º da CF, e especificamente no Capítulo da Ordem Social (art. 196 a 200), além de outras passagens inseridas no texto constitucional.

Não obstante, conforme inclusive referido por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008), “ainda que não tivesse sido positivado explicitamente no texto constitucional, o direito à saúde certamente poderia ser admitido como direito fundamental implícito”. Nesse sentido, completam ainda os referidos autores que:

[...] a cláusula de abertura inserida no § 2º do artigo 5º da CF permite a extensão do regime de jusfundamentalidade, especialmente a presunção em favor da aplicabilidade imediata e, pois, do mandado de otimização, previstos pelo § 1º do mesmo dispositivo constitucional, a outras normas relacionadas com o direito à saúde, ainda que externas ao catálogo dos artigos 5º e 6º da CF. O que parece certo, ao fim e ao cabo, é que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida, à integridade física e corporal e ao meio ambiente sadio e equilibrado evidentemente deve salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento (substancial) daqueles direitos.

De fato, a saúde é considerada um dos bens intangíveis mais importantes dos cidadãos, razão pela qual indiscutivelmente está protegida pela tutela estatal, principalmente por ser um direito indissociável do direito à vida. E justamente por seu caráter de direito fundamental, a saúde tem a referência constitucional expressa no sentido de se constituir um direito de todo cidadão e um dever do Estado.<sup>3</sup>

E como direito fundamental, a saúde possui uma posição jurídica privilegiada dentro do ordenamento jurídico (SARLET, 2009), além de ter aplicação imediata, cuja intensidade de aplicação deve ser suficiente para garantir estes direitos efetivamente à todos, especialmente, no que aqui importa, o direito à saúde.

Ao constituir o chamado Direito Social, o direito à saúde é compreendido como uma condição de vida e bem estar social, características pelas quais esse direito ultrapassa a ideia da oferta de serviços de saúde, e faz com que o mesmo esteja intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante da conexão da dignidade humana com os direitos fundamentais, há de se considerar que tais violações podem decorrer tanto do Estado quanto dos particulares. Tanto o princípio da dignidade da pessoa humana como os direitos fundamentais, por sua natureza indisponível, vinculam não apenas o poder público, mas os próprios indivíduos.

De qualquer sorte, o Estado Democrático de Direito, possui a função de garantir a eficácia dos direitos a todos os cidadãos, sendo que, nesta relação jurídica, os direitos fundamentais apresentam-se como pressupostos indispensáveis à vida, na medida em que, sem estes direitos, não há dignidade humana. Desta forma, o direito fundamental à saúde é compreendido como um direito público subjetivo, o qual exige por parte do Estado uma ação positiva para sua eficácia e garantia.

Igualmente, há de se ressaltar o nítido caráter de serviço público dos prestadores de serviço de saúde diante da disposição expressa contida no artigo 6º da Constituição Federal: “são direitos sociais, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

E especialmente sobre o direito à saúde, bem como em conformidade com os preceitos constitucionais, a Lei nº 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde, dispõe, em seu artigo 2º, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Nesse sentido, destaca o acórdão ora comentado, o quanto disposto por José Afonso da Silva (2001), no que concerne à garantia constitucional à saúde:

---

<sup>3</sup> CF/88 – 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.

[...] É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. O tema não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção à saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem.

Além disso, por se tratar a situação concreta debatida no acórdão de uma situação envolvendo menor, necessária se faz a correlação do presente tema com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), o qual determina:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

[...]

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus **direitos fundamentais**. (grifou-se)

Destaca-se, portanto, a passagem do voto condutor do aresto que expõe que “por qualquer ângulo que se observe, ao negar a prestação fundamental à criança, nas circunstâncias dos autos, o hospital recorrido humilhou a cidadania, descumpriu o seu dever constitucional e praticou atentado à dignidade humana e à vida”, ou seja, de acordo com tal julgado, o direito fundamental à saúde da menor restou inegavelmente descumprido no caso em apreço.

Tal posição se encontra em conformidade com os preceitos constitucionais, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais à saúde e à vida, bem como no que se refere à dignidade da pessoa humana, razões pelas quais se pode afirmar que foi bem analisada e decidida a lide a este respeito.

### **3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PRIVADO NOS CASOS DE EMERGÊNCIA**

Outro, dos cernes principais do julgamento pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.335.622, é se houve, no caso, responsabilidade civil do hospital privado (demandado), no que se refere ao resultado danoso ocorrido com a menor, qual seja, o seu óbito.

É ver-se, nesse ponto, o entendimento exposto no referido acórdão:

[...] Dessume-se, portanto, que é indiscutível que, no caso em apreço, o hospital pode não ter causado diretamente o resultado morte, mas tinha a obrigação legal e não o impediu, privando a paciente de uma chance de receber um tratamento digno que, talvez, pudesse lhe garantir uma sobrevida.

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, através do presente julgado, entendeu pela responsabilização civil do hospital particular, tendo em vista a sua omissão, a qual causou a interrupção do tratamento da paciente, ao qual tinha a obrigação jurídica de realizar.

A partir deste posicionamento, há de se fazer algumas considerações. Uma delas é o quanto dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos X<sup>4</sup>, no sentido de que a positivação da conduta diligente e prudente, na perspectiva de se efetivar o princípio *neminem laedere* (não lesar a ninguém), gera a obrigação de reparar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, injustamente causados, se evidenciados do próprio fato.

Outra consideração importante a se fazer acerca do caso concreto, onde o que está em jogo é o direito à saúde e a violação a este direito, e a possível responsabilidade da instituição privada que negou o atendimento à menor, é a respeito da disposição trazida pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), onde consta expressamente, em seu artigo 2º, parágrafo 2º, que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Nesse sentido, por mais que o direito fundamental à saúde seja um dever atribuído ao Estado, não exclui o dever das demais instituições privadas, ainda mais aquelas que possuem a atividade de prestação de serviços de saúde, de respeitar e garantir o direito fundamental à saúde.

Diversa não é, pois, a previsão constante no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90) acerca da responsabilidade de garantia e proteção à saúde das crianças e adolescentes, entre outros direitos dos menores:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

---

<sup>4</sup> CF/88 – art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; [...]

*In casu*, há de se considerar que havia a necessidade de um atendimento urgente e adequado para a manutenção da saúde da menor, cuja doença alcançava um quadro gravíssimo e de emergência, tendo ocorrido, por parte do hospital privado, a negativa de pronto atendimento.

Nesse sentido, pela situação concreta verificada, há de se concordar com o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar as disposições constantes nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro, os quais prelecionam:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá 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.

Outro apontamento importante apresentado no voto condutor do acórdão em análise foi em relação aos ditames estabelecidos no Código Penal Brasileiro, a respeito do caso concreto, nos seguintes dispositivos:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

[...]

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:

[...]

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

Tais dispositivos reforçam o aspecto grave da situação concreta trazida aos autos do recurso em análise, fazendo com que se conclua pela inconstitucionalidade e ilegalidade do ato omissivo da instituição de saúde privada, conduta esta que acaba por lhe imputar, desse modo, a responsabilidade civil pela falta do pronto atendimento à menor.

Nessa senda, destaca o referido julgado que:

[...] No caso concreto, a funcionária do hospital tinha, no mínimo, o dever de permitir o acesso da criança ao atendimento médico, ainda que emergencial, um ato simples que poderia ter salvado uma vida. Prestar socorro é dever de todo e qualquer cidadão.

Significa a exigência de atuar no propósito de não lesar nem cometer danos injustos a bem de pessoa inocente e, assim, cumprir os deveres de cuidado e de agir como determinado pela ordem jurídica. É o que a doutrina proclama como falta contra a legalidade constitucional.

[...] Com razão, a doutrina, ainda tímida no âmbito cível, tem-se firmado no sentido de que a omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável pelo dano, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, e se omite assumindo o risco pela ocorrência do resultado.

Notadamente, tendo o dever jurídico de agir, quem está diante de uma situação de risco ou perigo, deve tomar as providências necessárias para prevenir os danos daí relacionados. Desta forma, a relação entre a omissão do hospital e o dano à paciente não é natural, mas estritamente jurídica, pois, ao omitir-se, a instituição de saúde acabou ratificando o dano, ao reduzir substancialmente a possibilidade de sobrevivência da menor.

A este respeito, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça trouxeram ainda, do direito comparado, “a lição de Joseph H. King Jr. (*Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine*, 1998, pág. 507), que ao comentar o parágrafo 323 do *Restatement (Second) of Torts* assevera que aquele que se incumba de prestar, de forma gratuita ou onerosa, serviços que são reconhecidos como necessários para garantir a segurança pessoal e patrimonial de outrem deverá ser responsabilizado pelos danos físicos causados à vítima, se a sua negligência tiver aumentado os riscos para a consecução do dano”.

Sobre o tema ressalta-se, ainda, o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2014):

[...] Não há dúvida, entretanto, agora já examinada a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexo causal, pode ser causa para não impedir o resultado.

Ora, não impedir significa permitir que a causa opere. O omitente, portanto, coopera na realização do evento com uma condição negativa: ou deixando de se movimentar, ou não impedindo que o resultado se concretize. Responde por esse resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado.

Extrai-se desta questão específica analisada, portanto, que acertada está a conclusão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.335.622, na medida em que, no caso em apreço, o hospital privado, ainda que não tenha causado diretamente o resultado (óbito da menor), detinha a obrigação legal de socorrer a paciente e tentar impedir tal resultado, porém não o fez, privando, assim, a menor da chance de receber um tratamento adequado e digno que, possivelmente, poderia ter lhe garantido uma sobrevivida.

#### **4. DA PERDA DE UMA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA E UMA ANÁLISE FRENTE AO DIREITO COMPARADO**

Há de se destacar, ainda, outro aspecto que envolve o caso trazido à apreciação, que é a questão da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência ocorrida, uma vez que a menor que veio a óbito necessitava de um tratamento médico-hospitalar adequado e que poderia ter sido fornecido por um hospital privado e não o foi.

O voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.335.622 cita que:

[...] Jurisprudência e doutrina francesas, referências por excelência no âmbito da responsabilidade civil, desde a década de sessenta, chamam de *perte d'une chance*, e pontificaram o entendimento de que a pessoa prejudicada por esse rompimento indevido faz jus a alguma sorte de reparação civil.

E, a partir desta ideia, o referido julgado aponta a existência de duas hipóteses de incidência desta perda de uma chance: uma chamada de casos clássicos de perda de uma chance, nos quais o evento possui um dano autônomo e independente do final, e a outra que aborda aqueles casos de perda de uma chance no âmbito médico, na qual se enquadra o caso ocorrido com a menor.

Estabelece, assim, uma análise frente ao direito comparado, trazendo um caso concreto ocorrido perante a Justiça Francesa. A saber:

[...] Da Revista Síntese Trabalhista - RST (nº 277, julho/2012, pág. 34), extrai-se um caso emblemático julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação da França, em julho de 1964, que inaugurou na jurisprudência francesa os fundamentos da teoria da perda de uma chance.

O caso narrou a acusação e a posterior condenação de um médico ao pagamento de uma pensão devido à verificação de falta grave contra as técnicas da medicina, sendo que foi considerado desnecessário o procedimento adotado pelo médico, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto.

A Corte francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre a conduta médica e a invalidez do menor, não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. Contudo, a Corte de Cassação assentou que as presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade.

Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma chance de agir de modo diverso, condenando-o a uma indenização de 65.000 francos.

No mesmo sentido, cita o julgado outro caso concreto, desta vez ocorrido nos Estados Unidos:

[...] Outro *leading case* a ser citado é o caso Hicks v. United States, julgado em 1966. Uma paciente que sofria de dores abdominais foi atendida pelo plantonista e liberada para retornar somente oito horas mais tarde. Antes, porém, veio a falecer. O dano final (morte) foi indenizado, mesmo sem a prova inequívoca da *conditio sine qua non*, isto é, a vítima poderia ter falecido devido ao normal desenvolvimento da doença, mesmo que adequadamente tratada.

Nas precisas palavras de Jean Penneau, citadas por Rafael Peteffi da Silva, tem-se que “Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final.” (Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, Ed. Atlas, 2007, págs. 84/85)

Diante destes exemplos do direito comparado trazidos na decisão em apreço, analisados em conjunto com o caso concreto ocorrido no Brasil, objeto deste Recurso Especial, pode-se afirmar que a tese da perda da chance de cura ou sobrevivência se apresenta através da situação fática definitiva, a qual não será mais capaz de modificar-se, uma vez que o evento do qual se originou o prejuízo já está consumado.

Afinal, o objeto de indenização na responsabilidade por perda de uma chance é exatamente a própria chance perdida.

Desse modo, há de se concluir, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, mesmo sem uma garantia de cura ou de sobrevivência, poderia ser possível a recuperação da menor, seja esta recuperação completa ou parcial, caso tivesse sido prontamente atendida pelo hospital privado requerido.

Compreende-se a chance perdida como uma privação de uma possibilidade, a qual não pode ser hipotética, e deve ter sua pretensão garantida pelo direito e impedida por um procedimento indevido do agente que ocasiona o dano<sup>5</sup>. *In casu*, a perda de uma chance ocorreu no momento da negativa do hospital privado em receber a menor.

A propósito, avulta-se o exame de Caio Mário da Silva Pereira (1999), no que concerne à perda de uma chance:

[...] A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. Weill e Terré lembram, ainda, como exemplos o caso da pessoa que deixou de adquirir um imóvel por culpa do notário ou de ganhar um processo pela falha do escrivão ou do advogado [...].

Ulderico Pires dos Santos registra decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legitimidade da companheira para pleitear indenização [...].

É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia da perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier 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.

Ainda nesta linha, Miguel Kfoury Neto (2002) aduz acerca da responsabilidade pela perda de uma chance no âmbito da área médica, que “a chance perdida deve ser 'séria', ou 'real e séria'. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado”.

A situação ocorrida no caso dos autos teve um resultado danoso certo: o óbito da menor. Assim, a simples chance de cura ou de sobrevivência, neste caso, vem a ser o bem juridicamente protegido, motivo pelo qual a sua privação indevida é passível de ser indenizada. Ou seja, ao colocar fim à expectativa de recuperação, seja através da realização de um exame, ou

---

<sup>5</sup> Sobre isso, o voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no RESP 57.529/DF (DJ 23.06.1997), cita os ensinamentos de Geneviève Viney, no sentido de que: “[...] o caráter futuro do dano não se constitui em empecilho para que se admita a responsabilidade civil, sendo comum nos casos de danos contínuos, como na indenização por incapacidade física, ou por morte do obrigado a prestar alimentos, etc. A oportunidade, a chance de obter uma situação futura é uma realidade concreta, ainda que não o seja a real concretização dessa perspectiva; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa sobre a idéia de chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte de um filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 1548 do CC). É preciso, porém, estabelecer linhas limitadoras: a chance deve ser real e séria; o lesado estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida (VINEY, Geneviève. La Responsabilité, in *Traité de Droit Civil*, Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, 341 e seguintes).”

de qualquer outro tipo de tratamento eficiente ou, ainda, pela utilização de equipamentos mais adequados e avançados, houve uma intercessão indevida na esfera jurídica de terceiro.

Em casos símiles, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, no seguinte sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

[...]

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1.190.180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16.11.2010, DJe 22.11.2010)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

[...]

II- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida [...].

V- Recurso Especial improvido. (REsp 821.004/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.08.2010, DJe 24.09.2010)

Considerando-se, assim, tais entendimentos e todas as premissas aduzidas sobre a questão, bem como considerando a situação fática dos autos, evidenciada pela cura e pela sobrevivência cuja chance a menor não pôde ter, admite-se constatar que, caso o tratamento buscado fosse efetivamente realizado, a paciente, filha dos autores, poderia ter tido a oportunidade, no mínimo, de sobrevivência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da sua clara posição de direito fundamental, o direito à saúde deve ser não somente observado, mas efetivamente levado em consideração, nos casos em que houver uma situação de emergência e risco à saúde humana.

E, especialmente no caso concreto ora analisado, o direito fundamental à saúde foi devidamente reforçado, como bem se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça a este respeito, ficando tal questão dirimida de forma efetiva no referido julgamento.

Com efeito, os principais aspectos trazidos para análise, quais sejam, o direito fundamental à saúde, a responsabilidade civil do hospital privado e a perda da chance de cura ou sobrevivência, foram devidamente debatidos e bem fundamentados pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.335.622, originário do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas.

Portanto, correto o entendimento final de tal decisão, no sentido de que houve, no caso em tela, violação ao direito fundamental à saúde da menor, cuja responsabilidade civil foi do hospital privado, pois, ainda que não tenha causado diretamente o resultado (óbito da menor), este detinha a obrigação legal de socorrer a paciente e tentar impedir tal resultado, o que não ocorreu, acarretando, assim, o impedimento de que a criança tivesse a chance de receber um tratamento adequado e digno que, possivelmente, poderia ter lhe garantido uma sobrevida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*, in: Revista de Direito do Consumidor, nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 125-172.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.