



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5009097-34.2017.4.04.7100/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

APELANTE: MARIA APARECIDA MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: ALEXSANDER MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: DANIELLE MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELADO: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE (RÉU)

RELATÓRIO

DANIELLE MELO LESSING, ALEXSANDER MELO LESSING e MARIA APARECIDA MELO LESSING, na condição de sucessores de **EVALDIR CLÁUDIO LESSING**, propuseram ação em face do **HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE**, objetivando, em síntese, a reparação de danos estéticos causados ao paciente, no valor de R\$ 10.000,00; e danos pela perda da chance, no montante equivalente ao patamar mínimo de trinta (30) salários mínimos. Narram que **EVALDIR CLÁUDIO LESSING** internou no HCPA em 22/07/2015 para tratamento de linfoma não Hodking difuso de grandes células e, ao ser submetido à quimioterapia, em 21 de agosto, houve o extravasamento da **medicação**, causando-lhe necrose e infecção no braço, obrigando a suspensão do tratamento da neoplasia. Referem que tal fato gerou a necessidade de cirurgia plástica no braço e contribuiu para o aumento do sofrimento e encurtamento da vida do paciente, que faleceu em 20/10/2015 em razão da patologia. Relatam que o paciente informou às enfermeiras que sentia o braço queimando, mas a **medicação** fora totalmente injetada, causando-lhe danos irreparáveis. Sustentam que a responsabilidade do hospital advém do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A ação foi distribuída na Justiça Estadual.

O HCPA contestou, alegando a incompetência da Justiça Estadual; ilegitimidade da parte autora para postular indenização por danos morais, por ser direito personalíssimo do ofendido e intransmissível; no mérito, discorreu sobre os aspectos técnicos dos procedimentos ocorridos no hospital no tratamento do paciente. Disse que não houve erro na aplicação da **medicação**, mas ocorrência fortuita, embora não desejada. Aduz que o paciente recebeu todo o cuidado assistencial indicado para os danos ocorridos. Nega que o fato tenha causado a morte ou abreviado a vida do paciente. Discorreu sobre a acreditação

internacional do HCPA. Afirma que não se aplica o CDC, por se tratar de paciente do Sistema Único de Saúde, mas sim o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Requereu a isenção de custas e honorários e o julgamento de improcedência do pedido.

Foi declinada da competência, com a remessa dos autos ao juízo federal (Evento 2, DESPADEC19). Recebidos os autos, foi indeferido o pedido de gratuidade da justiça para o HCPA, ratificados os atos praticados e determinada a conclusão para sentença, diante da ausência de pedido de produção de provas.

Sentenciando, o juízo *a quo* **julgou improcedente a ação**. Em face da sucumbência, condenada a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa. Suspensa a exigibilidade, por gozar a parte autora do benefício da gratuidade da justiça.

Inconformada, **a parte autora apelou**. Alega, em síntese, que a pretensão de reparação por danos morais e estéticos está calcada na responsabilidade objetiva do Hospital de Clínicas, pelos danos causados a seu familiar, em razão do extravasamento da **medicação quimioterápica**. E essa responsabilidade se fundamenta não apenas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, conforme mencionado pelo Douto Magistrado, em sua sentença, mas também no Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, no art. 14 desse diploma legal.

Defende, no primeiro caso (art. 37, § 6º, da Constituição), em se verificando o dano, apura-se a existência denexo causal entre esse e a ação ou omissão do Estado. As excludentes de responsabilidade, sustenta, residem no dano causado por terceiros e na força maior, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. No segundo caso (art. 14 do CDC), as excludentes consistem em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Dizem que a sentença concluiu pela existência de um desses excludentes de responsabilidade, mais especificamente, pela existência de caso fortuito.

Sustenta que era obrigação do corpo técnico de enfermagem a administração correta da **medicação**, para que não houvesse o extravasamento e a conseqüente queimadura do paciente. De outra banda, incide, no caso, o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade objetiva do Hospital, em caso de má prestação de serviço.

Pede a parte autora, pois, a reforma da sentença para responsabilizar o Hospital de Clínicas por ter dado causa à necrose no braço do *de cuius* e abreviado seu tempo de vida, em razão da interrupção da quimioterapia. Diz que é inadmissível que a responsabilidade do nosocômio seja afastada mediante a alegação de caso fortuito, especialmente porque, no caso concreto, estava-se diante de pessoa evidentemente vulnerável – com tumor em estágio avançado e, por isso, muito debilitado, o que merecia toda a atenção e cuidado do responsável pela aplicação da quimioterapia.

Com contrarrazões, os autos subiram ao TRF4 em 18/10/2017.

É o relatório.

VOTO

DO OBJETO DO RECURSO E DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA

Cuida-se, aqui, de ação de indenização (danos estéticos e materiais, este pela perda da chance) ajuizada pelos sucessores de EVALDIR CLÁUDIO LESSING que, ao submeter-se a tratamento de quimioterapia junto ao hospital réu, teria havido *defeito do serviço/culpa*, na medida em que ocorrido extravasamento da **medicação**, causando-lhe necrose e infecção no braço, obrigando a suspensão do tratamento da neoplasia.

O recurso postula a reforma da sentença de improcedência para, reconhecendo-se a responsabilidade objetiva (CF e CDC), que seja condenado o hospital réu à indenização respectiva.

Para a necessária análise do recurso interposto, colaciono os fundamentos da sentença de improcedência, proferida pelo Juiz Federal Substituto Bruno Brum Ribas, *in verbis*:

Tratando-se de responsabilidade objetiva, deve ser verificada, em primeiro lugar, a efetiva ocorrência de erro médico; a existência do dano e o nexo causal entre ambos, sendo este o fato de análise mais difícil nesse tipo demanda.

Sublinho que a relação de causa e efeito entre a conduta médica e o dano não se configura por meio da eleição discricionária de uma ou outra hipótese que, embora sua ocorrência seja viável, convive com outras hipóteses igualmente possíveis de terem acontecido no caso concreto.

Conforme narrado na inicial e confirmado pelos documentos juntados, o paciente EVALDIR CLÁUDIO LESSING internou no HCPA em 22/07/2015 para tratamento de linfoma não Hodgking difuso de grandes células, submetendo-se à quimioterapia em 21 de agosto do mesmo ano.

*Afirmam os autores que após a aplicação da **medicação**, começou sentir forte queimação no braço e muita dor, queixando-se desse sintoma para a enfermeira, que não lhe deu a devida atenção. O que estava acontecendo era o extravasamento do C2, que lhe causou necrose e infecção gravíssima no braço, com a interrupção da quimioterapia, piora da doença e necessidade de intervenções cirúrgicas no braço. Tal fato teria contribuído para o aumento do sofrimento do paciente e encurtamento da sua vida, tudo segundo a inicial.*

*Pois bem. O extravasamento da **medicação** e as consequências graves ao paciente estão demonstradas e esses fatos não foram contestados pelo réu, o qual sustenta que não houve nenhum erro na aplicação da **medicação**, tratando-se de ocorrência fortuita, não gerando direito à indenização.*

Para que esse fato possa ser considerado um fato desencadeador da responsabilidade civil do Hospital deveria ficar demonstrado que ocorreu por algum erro na prestação do serviço. Isso porque, mesmo no âmbito da responsabilidade civil do Estado, não se pode, nesse tipo de atividade, considerar que qualquer consequência danosa ao paciente implique a responsabilização, visto que há naturalmente riscos nos procedimentos, mesmo que realizados sem qualquer erro.

O artigo científico juntado pelos autores para afirmar que com técnicas apropriadas o extravasamento ocorre em apenas em 0,03% dos casos de aplicação de vinorelbina e em 1% dos casos de todas as medicações vesificantes em um serviço de quimioterapia, embora relevante, não é prova de que houve, no caso concreto, imperícia ou negligência do serviço. O mesmo artigo afirma que o extravasamento pode ocorrer por meio de fatores agrupados em três diferentes áreas: fatores relacionados à aplicação do medicamento; relacionados ao medicamento e relacionados ao paciente (estado funcional de suas veias periféricas).

Analizando-se os prontuários juntados aos autos, verificam-se os registros, naquilo que aqui interessa:

*Dia 21/08. 11:10 o paciente encontrava-se desacompanhado; 11:22... iniciamos C2 de CHOP hoje a tarde com filgastrina; 11:57 tento contato com filha do paciente... novamente sem sucesso; 18:08 Conduta: Instalação quimioterapia EV. Vigiar infusão QT em CVC. 18:47 Conduta: observação e informar alterações. Conduta de Educação: Início orientação ao paciente quanto aos cuidados pós administração QT. **Informe para solicitar enfermagem sempre que necessário.** 18:47 Desacompanhado de familiar. ... **Administração QT EV até então e sem alterações.***

Dia 22/08/2015. 11:07 Subjetivo: Paciente acompanhado da filha, referindo dor no MSD. Oriento familiar que ajude a sair do leito, sentar na cadeira e tentar deambulação.

Dia 23:08/2015.06:18 pte tranquilo, queixas eventuais de dor em MSD, agora sem dor. 09:42 MSD com placas de necrose superficiais e hiperemia. (registro pelo Dda Matheus Wilke) Paciente nega queixas no momento (registro feito por Camila Zanette Oppermann Crefito 27650)

Dia 24/8 11:53 Houve registro de que o paciente refere dor no MSD. 12:01 - MSD com placas de necrose superficiais e hiperemia.

Dai 26/8 13:05. Lesão em MSD. Lesão se estende do punho até articulação do cotovelo, com presença de fásia em região dorsal, com presença de margens necróticas e com hiperemia externa. ... Possível necrose vesificante por dextrubicina.

Como se pode perceber, não há registro nos prontuários de qualquer comunicação do paciente quanto a desconforto durante a aplicação da quimioterapia, sendo que, pelos registros, nesse momento ele não se encontrava acompanhado de familiar que poderia comprovar tal fato. Ao contrário, o prontuário registra Administração QT EV até então e sem alterações e a advertência ao paciente: Informe para solicitar enfermagem sempre que necessário.

Somente no dia seguinte foi anotada a primeira queixa quanto a dores no membro superior direito - MSD, que aparentemente foram intermitentes naquele dia e no dia seguinte, quando foi registrado queixas eventuais de dor em MSD, agora sem dor. A lesão se agravou no dia 26, segundo se infere do prontuário, ou seja, somente após cinco dias da aplicação da quimioterapia.

Dessa forma, mesmo que esse tipo de fato ocorra em 1% dos casos, não se pode presumir que, no caso concreto, decorreu de negligência ou imperícia dos profissionais de saúde vinculados ao Hospital, e não por caso fortuito, como alegado pela defesa, dadas as condições clínicas do próprio paciente.

Sem essa demonstração de ter se configurado erro médico não se pode cogitar da concessão de indenização pelas consequências advindas e pelo sofrimento, infelizmente, experimentado pelo paciente em consequência da lesão e do próprio procedimento cirúrgico subsequente necessário para seu tratamento. Isto porque, nessas circunstâncias, não está configurado o nexo causal entre a conduta estatal os danos sofridos, uma vez que o procedimento realizado (aplicação de quimioterapia) configura o cumprimento de uma de obrigação de meio e não de resultado. Do contrário, o Hospital teria que indenizar todo sofrimento que decorresse de um procedimento cirúrgico, por exemplo, mesmo que necessário e realizado sem qualquer erro, desde que adviesse sofrimento ao paciente.

Dispositivo.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa e, no mérito, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos, extinguindo o processo nos termos do art. 487, I, do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas judiciais e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, restando suspensa a exigibilidade das verbas por força da gratuidade da justiça concedida (ev. 4).

O juízo *a quo* - apreciando o tema - julgou improcedente a ação, ao fundamento da ocorrência de **fato fortuito**.

Reforço, aqui, as conclusões do juízo *a quo* para a improcedência da ação (grifei):

"(...) mesmo que esse tipo de fato ocorra em 1% dos casos, não se pode presumir que, no caso concreto, decorreu de negligência ou imperícia dos profissionais de saúde vinculados ao Hospital, e não por caso fortuito, como alegado pela defesa, dadas as condições clínicas do próprio paciente.

Sem essa demonstração de ter se configurado erro médico não se pode cogitar da concessão de indenização pelas consequências advindas e pelo sofrimento, infelizmente, experimentado pelo paciente em consequência da lesão e do próprio procedimento cirúrgico subsequente necessário para seu tratamento. Isto porque, nessas circunstâncias, não está configurado o nexo causal entre a conduta estatal os danos sofridos, uma vez que o procedimento realizado (aplicação de quimioterapia) configura o cumprimento de uma de obrigação de meio e não de resultado. Do contrário, o Hospital teria que indenizar todo sofrimento que decorresse de um procedimento cirúrgico, por exemplo, mesmo que necessário e realizado sem qualquer erro, desde que adviesse sofrimento ao paciente."

DA INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicialmente, é de se destacar que, quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias, **não se caracteriza uma relação de consumo, não ensejando, pois, a aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor.**

Nesse sentido, a pacífica jurisprudência do Egrégio STJ, *in verbis*:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA. 1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar. 2. **Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.** 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. 4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo. 5. Recurso especial provido em parte. (REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2010)*

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. SAÚDE. SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE REMUNERAÇÃO DIRETA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. 1. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados, entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a simples alegação genérica, desprovida da indicação de quais os dispositivos teriam sido efetivamente violados pelo Tribunal de origem, não é suficiente para fundar recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. 3. **As Turmas de Direito Público que integram esta Corte já se manifestaram no sentido de inexistir qualquer tipo de remuneração direta no serviço de saúde prestado por hospital público, posto que seu custeio ocorre por meio de receitas tributárias, de modo que não há falar em relação consumerista ou aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor à hipótese.***

4. Nesse sentido: REsp 1187456/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 1º/12/2010; REsp 493.181/SP, 1ª Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 1º/2/2006.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1471694/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014)

Mais recentemente, em sede de decisão monocrática, [AREsp 940269](#), Relator Ministro OG FERNANDES, publicação em 26/06/2017; [REsp 1487570](#), Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, publicação em 08/10/2015.

Colaciono, ademais, julgado desta Turma sobre o tema, *in verbis*:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SUPOSTO ERRO MÉDICO. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DA UFPEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO CABIMENTO. 1. **Não se trata o caso de relação de consumo, pois a filha da autora foi atendida pelo Sistema Único de Saúde - SUS, no Hospital***

Universitário da UFPEL. O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF). 2. Não cabe, no caso, inversão do ônus da prova, visto que, não se tratando de relação consumeirista, exige-se, no mínimo, comprovação da probabilidade de terem os danos apontados decorrido de possíveis falhas no atendimento médico, o que não se configura no caso, em análise incipiente. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5051197-32.2015.404.0000, 3ª TURMA, Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 05/05/2016)

Afastando, pois, as regras relativas ao CDC, passo ao mérito propriamente dito.

DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - legislação aplicável

Oportuno esclarecer que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente por danos que seus agentes causarem a terceiros, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal (art. 37, § 6º, CF).

Todavia, em se tratando de *ato omissivo*, exige-se a prova da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, aplica-se a *teoria da responsabilidade subjetiva*.

A *faute de service public* (culpa do serviço) ocorre quando este não funcionou nas hipóteses que deveria, funcionou mal ou funcionou com atraso. A doutrina e a jurisprudência têm destacado que esta modalidade de responsabilidade civil é de *caráter subjetivo*, de modo que se torna necessária a existência de *culpa* por parte da administração.

No caso, contudo, evidencia-se que **não se cuida de ato omissivo**, mas sim de **conduta comissiva: a ação de proceder à quimioterapia e o respectivo extravazamento da medicação, esse o ato de Estado!** Evidentemente, ademais, que o ato de terceiro - autorizado pelo Poder Público - não tem o condão de afastar a responsabilidade objetiva.

Resulta daí, pois, aplicar-se ao caso a *teoria da responsabilidade objetiva do Estado* (art. 37, § 6º, da CR/88; parágrafo único do art. 927 do CCB), onde o requisito "*dolo/culpa*" é dispensado.

Prosseguindo, a responsabilidade objetiva resulta, como referido, além da prova do ato comissivo estatal, tão-só do fato danoso e do nexo causal, formando a *teoria do risco administrativo, in verbis*:

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força

maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos de sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

(Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª edição, revista, aumentada e atualizada, Malheiros Editores, 2002, p. 186).

Evidentemente, não se trata de situação em que o Estado *lato sensu* assumo o **risco integral**.

A responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, seja por *atos comissivos*, seja por *atos omissivos*, **não dispensa a verificação do nexos de causalidade** (entre o *ato estatal* e o *dano*), **que deve ser comprovado (ônus da parte autora)**, existindo, ademais, situações que excluem esse nexos: **caso fortuito** ou **força maior**, ou **culpa exclusiva da vítima** ou **de terceiro (ônus da parte ré)**. A **concorrência de culpa** (responsabilidade subjetiva) ou a **concorrência de causas** (responsabilidade objetiva), ônus das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, tem o condão de abrandar a responsabilidade.

Preleciona YOUSSEF SAID CAHALI, na clássica obra Responsabilidade Civil do Estado (Editora RT, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, 2012, p. 38/39), no sentido de que, "*deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado - risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexos de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto. (...) Será, portanto, no exame das causas do dano injusto que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexos de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável*".

A conclusão a que se chega, pois, para a configuração do dever de indenizar, necessária a comprovação do **nexos de causalidade** entre a ação estatal e os danos sofridos, sendo desnecessária a prova da culpa *lato sensu*.

No caso, especificamente em relação ao alegado dano gerado em situação de atendimento médico-hospitalar, **a responsabilidade civil estatal é objetiva**. Importa perquirir se os profissionais de saúde destacados para a **prestação do serviço de quimioterapia - serviço de enfermagem do Hospital de Clínicas** - deram causa ao dano e se este não adveio de condições próprias do paciente, como defende o HCPA, e se tal circunstância afastaria o dever de indenizar.

Nesse cenário, o Estado terá o dever de indenizar, e responderá objetivamente, se presentes o dano e o nexo causal, sem culpa da vítima, ou inexistindo força maior ou caso fortuito.

Obviamente, reforço, estamos tratando aqui de falha de serviços de atribuição do hospital, especificamente em relação à prestação de serviço de quimioterapia, **o que evidencia a responsabilidade objetiva**.

Em resumo: para que se configure, aqui, o dever de indenizar advindo da responsabilidade civil, deverá haver o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente, sendo irrelevante se este agiu - ou não - com *culpa* (e desde que não seja hipótese, ademais, de culpa da vítima, caso fortuito ou força maior, como já referido).

DA ANÁLISE DO CASO DOS AUTOS

Da cronologia dos fatos

Na análise do caso, convém destacar a cronologia dos fatos (comprovados e incontrovertidos, inclusive por meio do prontuário médico juntado em Evento 2, CONTES/IMPUG16):

1. O *de cujus* fora acometido de doença grave (linfoma não Hodgkin difuso de grandes células, CID 10 C 83.3; falecimento em 20/10/2015, em função dessa doença);

2. considerado o agravamento da doença, foi internado no HCPA em 22/07/2015;

3. após realização de exames em 25/07/2015, iniciou tratamento de quimioterapia no HCPA em 21/08/2015, com substância chamada de C2 por meio de aplicação intravenosa;

4. em 22/08/2015, paciente refere dor na região da aplicação (MSD, membro superior direito);

5. em 23/08/2015, paciente relata queixas eventuais de dor no MSD; MSD com placas de necrose superficiais e hiperemia (vermelhidão na região);

6. em 24/08/2015, paciente relata, novamente, dor no MSD; MSD com placas de necrose e hiperemia;

7. em 26/08/2015, verificação de que a lesão no MSD se estende do punho até articulação do cotovelo, com presença de fásia em região dorsal, com presença de margens necróticas e com hiperemia externa, apresentando secreção azulada; "Possível necrose vesificante por dextrorubicina", consoante prontuário (Evento 2, CONTES/IMPUG16, p. 11); paciente relata dor em MSD;

8. em 28/08/2015, registro no prontuário pelo Médico Gustavo Wentz Biasuz, Cremers 36296, R1 Cancerologia, indicando o extravasamento do quimioterápico *dexorubicina* no MSD (p.2).

Em conclusão, a partir desses elementos comprovados pelo prontuário médico colacionado: diante do procedimento de quimioterapia efetivado pelo HCPA, houve extravazamento da **medicação**, atingindo tecido do membro superior direito (MSD) de EVALDIR CLÁUDIO LESSING, desencadeando um processo de decomposição (necrose) do membro, impedindo a continuidade no tratamento quimioterápico (Evento 19, FOTO2) e a necessidade de intervenções cirúrgicas no braço.

Da análise propriamente dita (da inexistência de caso fortuito ou força maior a justificar o rompimento do nexa causal; falta quanto ao dever de informar e ofensa à boa-fé e à legítima expectativa, gerando o abuso de direito)

O extravazamento da **medicação quimioterápica** - que desencadeou processo de decomposição do MSD de EVALDIR - é fato não negado pelo HCPA.

Sustenta o HCPA que, a partir do avançado estágio da doença, que não houvera erro (culpa) na aplicação, tratando-se o extravazamento de *ocorrência fortuita*, não gerando a indenização pretendida pelos demandantes.

Adiante, não há dúvidas, aqui, quanto à ação comissiva estatal e sua relação de causalidade com os danos experimentados por EVALDIR (necrose de seu MSD), sendo, na forma da fundamentação supra, ademais, **dispensada a aferição da culpa (erro, ou não, no procedimento)**, não havendo, ademais, a necessidade de quaisquer considerações ou análise quanto ao procedimento ser de meio, e não de resultado, **importando, apenas, se do procedimento adveio, ou não, dano (responsabilização objetiva)**.

Ademais, ainda que considere que o hospital é quem detém a técnica especializada em relação ao procedimento a que se discute, esclareço que não entrarei no mérito, aqui, quanto ao eventual erro de aplicação (*culpa*), ou mesmo quanto à infusão da **medicação** em acesso venoso seguro (cateter venoso central) ou periférico. **Como dito e reafirmado, o elemento culpa (erro de aplicação ou de escolha do cateter) não vem ao caso, importando, apenas a ação estatal, o dano e respectivo nexa causal** (ressalvada, eventualmente, algumas das causas excludentes, como referido).

Outrossim, resta aferir, a ocorrência de fator externo, que leve a afastar a responsabilidade objetiva, atento ao âmbito de devolutividade do recurso.

Considerada, aqui, a defesa da tese do HCPA, infiro que não se trata de situação onde se verifique a ocorrência de *caso fortuito* ("*o extravazamento da medicação quimioterápica ocorrido no caso do paciente foi ocorrência fortuita*", conforme defendido na contestação e nas contrarrazões). Fundamento:

Sabe-se que existem certos fatos capazes de influenciar alguns acontecimentos da vida e que, uma vez ocorridos, acabam por extinguir o nexa causal indispensável para que se estabeleça a obrigação de reparar o dano experimentado pela vítima.

Dentre tais eventos é oportuno, aqui, o destaque quanto ao caso fortuito e até, a força maior, os quais se verificam “*no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”, conforme o artigo 393 do Código Civil.

Como meio de análise ao afastamento do dever de indenizar a responsabilidade do HCPA, infiro que o *caso fortuito* e a *força maior* são acontecimentos inevitáveis, que eliminam a relação de causalidade entre o prejuízo experimentado pela vítima e a conduta do agente. Na ocorrência de um ou outro é rompido o nexo de causalidade e, conseqüentemente, a responsabilidade e o dever de indenizar.

Muito se discute acerca da diferença entre *caso fortuito* e *força maior*, não havendo consenso na doutrina sobre tal temática.

O que se tem de concreto é que ambas circunstâncias se encontram fora do elemento *culpa*, na medida em que se trata de acontecimentos que fogem ao controle humano.

Grande parte da doutrina entende o *caso fortuito* como sendo um evento imprevisível e inevitável como, por exemplo, tempestades, enchentes, furacões; já a *força maior*, a doutrina entende como aquele elemento em relação ao qual nada pode ser feito mesmo que seja previsível.

Considerando toda celeuma na doutrina acerca da diferenciação e conceito sobre o *caso fortuito* e *força maior*, infiro seja mais acertada a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO (*apud* RUI STOCO, *in* Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência, 8ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 211) sobre a temática, *in verbis*:

"... estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc, estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o act of God, no fizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível (Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 68)

Ora, vejam só: por óbvio não se cuida, aqui, de ocorrência de *força maior* o ato de Estado que culminou no extravazamento da **medicação quimioterápica**.

Ainda, não vejo como o extravazamento da **medicação quimioterápica** seja reconhecido como um acontecimento fortuito. Isso porque, considerado avançado estágio da doença, onde verificado o estado de debilidade da vítima, a eventual situação (que acabara se concretizando) de extravazamento da **medicação** não pode ser interpretada como sendo um evento imprevisível e, por essa razão, inevitável.

Era dever do hospital, no caso, quanto mais considerada a grave situação de saúde apresentada pela vítima, atentar-se quanto à eventual circunstância de a **medicação**, eventualmente, vir a extravazar, considerando-se, aqui, especialmente, a escolha de cateter utilizado (periférico).

Não se trata, como defende o HCPA, de algo *fortuito*.

Note-se que, considerada a circunstância ocorrida, o grave estado de saúde de EVALDIR reclamava, ao menos, como meio de atenuar a responsabilidade do hospital, a prova, aqui, quanto ao *consentimento informado* do paciente acerca de possíveis danos, especificamente quanto à ocorrência de eventual extravazamento da **medicação** diante da opção da infusão em acesso periférico (situação que não pode ser interpretada pelo Direito, reafirmo, como algo absolutamente *imprevisível e inevitável - fortuito* -, como quer fazer crer o HCPA).

O consentimento informado, no caso, se revela necessário em situações desse jaez, atentando-se a Administração Pública ao *princípio da boa-fé* e da *proteção à legítima confiança*.

A *boa-fé* constitui-se em princípio constitucional implícito, deduzido e entendido do sistema de valores adotado pela CF/88, particularmente dos postulados constitucionais da *dignidade humana* (art. 1º, III), da *solidariedade social* (art. 3º, I), da *segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI) e, no que concerne particularmente ao Direito Administrativo, da *moralidade* (art. 37, *caput*).

Atento, pois, ao *princípio da boa-fé objetiva*, deve-se considerar que cabe à Administração Pública, em situações como a da presente demanda, assumir conduta positiva de modo a viabilizar, no maior grau possível, a satisfação dos direitos dos administrados, pautando-se, sempre, com o dever de *lealdade, confiança, transparência, informação e colaboração*: deveres anexos decorrente do referido princípio.

A *proteção da confiança* constitui um dos elementos objetivos para a concretização da boa-fé. A garantia da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base do tráfico jurídico e, em particular, de toda vinculação jurídica individual, aplicando-se em todos os ramos do direito.

Consideradas as exigências advindas do *princípio da boa-fé* inclui-se a de não criar ou acalentar expectativas indevidas, bem como a de obstar o surgimento, ou mesmo a manutenção, de condutas infundadas, ilegais, falsas ou temerárias. Logo, o *princípio da boa-fé* resguarda as *legítimas expectativas* geradas em uma relação jurídica. O eventual rompimento dessas expectativas se constitui em **abuso de direito**, por ultrapassar os limites impostos pela boa-fé.

No caso, apenas considerando o dever anexo relacionado à *confiança* (caberia, ainda, trazer elementos acerca dos deveres anexos da *transparência, informação e colaboração*), identifico a necessidade - com o especial objetivo de afastar, ou mesmo abrandar, aqui, o dever de indenizar - de que o paciente (ou familiares, considerada a gravidade da doença) fosse(m), efetivamente, informado(s) acerca dos riscos do extravazamento da **medicação**, até porque é o hospital quem detém a técnica sobre os riscos do procedimento.

O paciente tivera *legítima expectativa* de que o tratamento seria efetivado a contento (mesmo porque nem imaginava, por certo, não possuía conhecimento técnico suficiente acerca de eventuais riscos quanto ao extravazamento da **medicação** na infusão em acesso periférico). O rompimento dessa legítima expectativa (atacando diretamente a confiança), como antes referido, constitui **abuso de direito**, ultrapassando os limites do princípio da boa-fé.

Portanto, por não considerar, aqui, a ocorrência de fato fortuito, aliada à circunstância da ocorrência de abuso de direito (ante a falta de consentimento informado), não se verifica causa excludente da responsabilidade do HCPA, razão pela qual é devido, aqui, o dever de indenizar.

Passo, pois, à análise dos danos e respectivo *quantum*.

Danos estéticos

Para Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7. p. 61-63), “O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquiagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.”

O dano estético, pois, é toda ofensa, ainda que mínima, à integridade física da vítima, que ocorre quando há uma lesão interna ou externa no corpo humano, afetando a saúde, a harmonia e incolumidade das respectivas formas.

Já é pacífica a tese de que é possível a cumulação das indenizações de dano estético e moral (Súmula 387/STJ).

Com pertinência à prova produzida acerca dos danos estéticos não fica, aqui, a mínima dúvida quanto ao respectivo ocorrido.

A imagem colacionada (Evento 19, FOTO2), associada às informações constantes do prontuário médico, é convincente acerca dos danos estéticos experimentados pelo paciente.

Por todo o exposto, em razão das peculiaridades do caso e atentando a precedente deste Tribunal (Apelação/Remessa Necessária nº 5005454-08.2012.404.7209, 4ª Turma, Juiz Federal LORACI FLORES DE LIMA, unânime, j. em 09/08/2017), e, ainda, atendendo a critérios de moderação e prudência para que a repercussão econômica da indenização repare o dano sem representar enriquecimento sem causa ao lesado, assinalo que **o**

valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é adequado, razoável e atende aos propósitos do instituto do dano estético, razão pela qual deve ser provido o recurso da parte autora no ponto.

Da perda da chance de cura ou de sobrevivência (*perte d'une chance de survie ou de guérison*)

No estudo da responsabilidade civil, também se consagrou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência francesas, desde a década de sessenta, a **teoria da perda de uma chance** (*perte d'une chance*), normalmente invocada nas hipóteses de difícil ou impossível comprovação do liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO (Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição, 2005, Editores Malheiros), discorre acerca da perda de uma chance dentro do item 18.2, pertinente ao lucro cessante:

*A doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. **É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.** O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que 'a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo' (Responsabilidade Civil, 9ª ed., Forense, p. 42)*

A jurisprudência desta Corte, tratando a perda de uma chance como um terceiro gênero de danos materiais, refere-se, substancialmente, aos mesmos requisitos para o seu reconhecimento como indenizável:

*ECT. SEDEX 10. ATRASO NA ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. PERDA DO PRAZO PARA PARTICIPAÇÃO EM CONCORRÊNCIA PÚBLICA. MELHOR PREÇO. CHANCES REAIS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. TERCEIRO GÊNERO DE DANO MATERIAL. INSTITUTOS CLÁSSICOS DO DANO POR DANO EMERGENTE E POR LUCRO CESSANTE.S VALORES. CONDENAÇÃO. Ação indenizatória por dano emergente, perda de uma chance e dano moral. O dano emergente, ao lado dos lucros cessantes, são os institutos que classicamente compõem o dano material. **Como terceiro gênero de dano material, recente jurisprudência vem aplicando a Teoria da Perda de Uma Chance: ato ilícito que resulta a perda de oportunidade/chance real de alcançar situação melhor futura. O dano material por perda da chance não equivale à dano emergente ou à lucro cessante e, da mesma forma, não equivale à dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral.** Demonstrado que a conduta da ECT, ao não entregar no prazo contratado o SEDEX 10, mas vários dias depois, acarretou a não apresentação em tempo hábil de proposta para concorrência pública. A concorrência tinha como parâmetro de escolha o melhor preço. O preço do autor era inferior àquele fixado pelo vencedor, evidenciando chance real de ganhar o certame. Preenchidos os requisitos caracterizadores de dano material por perda de uma chance, a indenização não deve corresponder ao efetivo resultado final, porque trata da chance de obtê-lo e não de sua efetiva obtenção. O quantum deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final. Indenização fixada em 50% da expectativa de*

lucro do autor, equivalente a R\$ 500.000,00. O reconhecimento deste dano material agrega, agrava e fundamenta a ocorrência também de dano material, que devem ser fixados com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível econômico dos autores, e ao porte econômico dos réus, observado o princípio da razoabilidade. Reconhecida a ocorrência e fixada a indenização em R\$ 100.000,00.' (TRF4, AC 2007.72.00.015359-0, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 10/01/2012)

Como referido nesse importante precedente, esse terceiro gênero de dano material - **Teoria da Perda de Uma Chance** - constitui ato ilícito que resulta a perda de oportunidade/chance real de alcançar situação melhor futura.

O dano material por perda da chance clássica não equivale a dano emergente ou a lucro cessante e, da mesma forma, não equivale a dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral.

Na perspectiva do erro de natureza médica *lato sensu* a teoria da perda de uma chance é apreciada sob enfoque diferenciado, apresentando suas próprias características. Aqui, diferentemente de a chance se concretizar numa situação melhor futura do ponto de vista eminentemente material (econômico), **apresenta-se como perda no contexto da chance de sobrevivência ou de cura, como a perda do direito à oportunidade a um tratamento médico**, v.g.

É oportuno, aqui, trazer à fundamentação as razões de decidir no julgamento do REsp 1.254.141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013, *in verbis* (com grifo no original):

III.a) A aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance na seara médica.

O recorrente afirma que sua condenação não poderia ter sido fundamentada exclusivamente na teoria da Perda da Chance porquanto restaria ausente o indispensável nexa causal, como pressuposto do dever de indenizar (arts. 186 e 927 do CC/02). Com efeito, pondera que o próprio acórdão recorrido admite que, nas hipóteses de perda da chance, existe a possibilidade de o evento danoso se verificar independentemente da conduta do agente a quem se imputa a culpa. Esse fato impossibilitaria a condenação, já que o dano só é indenizável, nos termos da lei civil, se consubstanciar efeito direto e imediato da conduta do agente.

A argumentação é bem desenvolvida e dá, novamente, a esta Corte, a oportunidade de discutir a aplicabilidade da teoria da Perda da Chance, mas aqui sob um novo enfoque: até o momento, tem sido relativamente comum enfrentar recursos especiais em que essa teoria é invocada em situações nas quais há o desaparecimento de uma oportunidade de ganho em favor do lesado, a chamada perda da chance clássica (Fernando Noronha, Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil, Vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669) como ocorreu nos julgamentos: do EREsp 825.037/DF, no qual a Corte Especial do STJ reconheceu o direito à indenização em favor de um candidato impedido de participar de Concurso Público; do REsp 821.004/MG (3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 24/9/2010), em que deferiu indenização a candidato a vereador derrotado por reduzida margem de votos, contra quem se plantara notícia falsa às vésperas da eleição; do REsp 788.459/BA (4ª Turma, Rel. Min.

Fernando Gonçalves, DJ de 13/3/2006), que tratou da injusta desclassificação de um concorrente em programa televisivo de perguntas e respostas, entre outros.

Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. Por isso a indenização é fixada mediante uma redução percentual do ganho que, em princípio, poderia ser auferido pelo prejudicado. Assim, se este tinha 60% de chances de sucesso caso tivesse aproveitado a oportunidade perdida, a indenização será fixada em 60% sobre o valor total dos hipotéticos lucros cessantes.

Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte. Aqui, a extensão do dano já está definida, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexos causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta. Essa circunstância suscita novos questionamentos acerca da Teoria da Perda da Chance, porquanto a coloca em confronto mais claro com a regra do art. 403 do CC/02, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu.

Exatamente por esse motivo, a doutrina especializada vem mencionando que a Teoria da Perda da Chance nas hipóteses de erro médico não vem sendo pacificamente aceita no direito comparado. Tanto Fernando Noronha (op. cit.), como Rafael Peteffi da Silva (Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise de direito comparado e brasileiro, São Paulo: Atlas, p. 222 e ss.) dão conta da existência de viva controvérsia no direito francês acerca da matéria. Assim, a partir do trabalho pioneiro de René Savatier, que em primeiro lugar enxergou a diferença aqui apontada, diversos autores vêm negando a aplicação da teoria da perda da chance à seara médica.

A título exemplificativo, Jean Penneau, autor de obra de grande envergadura sobre o tema (La responsabilité du médecin. Paris: Dalloz, 1992, apud Fernando Noronha, op. cit., 678), afirma que as situações de certeza quanto ao resultado e incerteza quanto à causa não podem ser dirimidas mediante a simples redução proporcional da indenização. Em vez disso, a incerteza quanto à causa deve ser resolvida em um processo regular de produção de provas, de modo que, se comprovado o nexo causal entre a conduta do médico e o prejuízo causado ao paciente, este lhe deverá pagar uma indenização integral, não uma indenização proporcional ao grau de plausibilidade da oportunidade perdida. Se não ficar comprovada a culpa, por outro lado, indenização nenhuma será devida. Para o erro médico, portanto, o critério seria de tudo ou nada.

Referido autor pondera, inclusive, que a jurisprudência deveria "cessar de se lançar em acrobacias intelectuais - que são a porta aberta a todos os arbítrios - nos termos das quais se pretende indenizar um inapreensível prejuízo intermediário".

Para os defensores dessa corrente, a dúvida quanto ao nexo causal deveria levar ao julgamento de improcedência do pedido. Apenas nas hipóteses em que tal nexo estivesse plenamente demonstrado, poderia haver um julgamento de procedência da pretensão do lesado, com reparação integral do dano.

Autorizar que se aplique a teoria da perda da chance para processos aleatórios já concluídos implicaria o "paraíso de juizes indecisos (incertains), [como] dizia o decano Savatier". A indenização parcial, portanto, demonstraria uma confusão do julgador; entre "o grau de pretensa chance perdida com o grau de sua própria dúvida sobre a causalidade". No mesmo sentido é a opinião de Yvone Lambert-Faivre (Droit du damage corporel. Systèmes d'indemnisation. 3ª ed., Paris: Dallos, 1996, apud Fernando Magalhães, op. loc. cit.).

Essas críticas, conquanto robustas, não justificam a exclusão da doutrina da perda da chance para a seara médica. A dificuldade de trato da questão está justamente em que os defensores da diferenciação entre a perda da chance clássica e a perda da chance no ramo médico situam o fator aleatório, de modo equivocado, num processo de mitigação do nexa causal. Sem demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação. Admiti-lo implicaria romper com o princípio da "conditio sine qua non", que é pressuposto inafastável da responsabilidade civil nos sistemas de matriz romano-germânica.

A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexa causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexa causal pode suscitar.

Para a compreensão dessa forma de pensar a matéria, pode-se mencionar a explanação de Rafael Pettefi da Silva (op. Cit., págs. 71 e ss) – conquanto esse autor não advogue a independência chance, como dano autônomo:

A disciplina do 'Law and Economics', tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como 'commodities', avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual.

Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.

(...)

Apesar das críticas ao baixo caráter de certeza que ainda envolvem algumas estatísticas – responsáveis pelo dito popular que estas se constituiriam em mais uma forma de mentira – acredita-se que, de acordo com o paradigma solidarista, a mesma argumentação utilizada para respaldar a reparação dos danos morais poderia ser aqui utilizada: 'a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo'.

Por intermédio dos argumentos expostos, grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexa de causalidade alternativa para ser

validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação aos danos indenizáveis seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

Ainda segundo esse autor, cabe ao Professor Joseph King Jr., no direito americano, o esboço dos fundamentos para a admissão da responsabilidade civil pela perda da chance, como uma modalidade autônoma de dano. Nas palavras de Rafael Peteffi da Silva:

A propósito, Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade. O autor afirma que os tribunais têm falhado em identificar a chance perdida como um dano reparável, pois a interpretam apenas como uma possível causa para a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Desse modo, algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta. É exatamente devido a esse erro de abordagem que os tribunais, quando se deparam com a evidente injustiça advinda da total improcedência de uma espécie típica de responsabilidade pela perda de uma chance, acabam por tentar modificar o padrão 'tudo ou nada' da causalidade, ao invés de reconhecer que a perda da chance, por si só, representa um dano reparável." (págs. 75 e 76).

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.

As principais conclusões desses fundamentos, os quais adoto, aqui, como razões de decidir para a presente ação - abstraindo, evidentemente, as circunstâncias relativas ao nexo causal entre o ato estatal e dano (no caso, devidamente implementado, razões supra) - são as seguintes:

- o agente estatal não responde pelo resultado (morte) para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente;

- não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, no caso dos autos) foi tolhido da vítima: o fato é que a chance de ser submetido a um tratamento médico digno, com maior expectativa de sobrevida lhe fora subtraído;

- a chance, em si, é considerada, aqui, um bem autônomo, cuja violação dará lugar à indenização de seu equivalente econômico.

No precedente do STJ a seguir, de 2012, fundamentou-se no sentido de que **a simples chance (de cura ou de sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada, in verbis (grifei):**

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

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, porquanto para a resolução da questão, basta a valoração das consequências jurídicas dos fatos incontroversos para a correta interpretação do direito. Precedentes.

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

7. Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013)

É paradigmático, ainda, precedente de 2014 do Egrégio STJ, o qual, decidido no sentido de que **a teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda, não se exigindo a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação, in verbis (grifei):**

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

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

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

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

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

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

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

7. *Doutrina e jurisprudência acerca do tema.*

8. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO.**

(REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/10/2014)

Trago passagem do respectivo voto condutor, *in verbis* (grifado no original):

Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade.

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que "o perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal" (Henri Lalou, Ibid, p. 78).

Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso.

Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

Mais recentemente, em 2017, o STJ enfrentou o tema no sentido de que **na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo; ainda, à luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final, *in verbis*:**

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. *Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).*

2. *A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).*

3. *Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.*

4. *À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final.*

5. *Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo*

em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente.

6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alcançar as consequências normais que dele se poderia esperar.

7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.

8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

Em conclusão final, o simples fato de o paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto, o qual, ainda que somente em tese, poderia lhe trazer um benefício, representa um dano que deve ser indenizável. Vale dizer, a mera chance do tratamento já é um bem jurídico indenizável.

Considerados esses fundamentos, sendo possível, pois, a indenização pela ***perda da chance de cura ou de sobrevivência*** (perda da chance atípica) a qual se revela possível de ser indenizada de modo independente (**como referido, a chance, em si, é considerada, aqui, um bem autônomo, cuja violação dará lugar à indenização de seu equivalente econômico**), infiro deva ser fixado respectivo *quantum* no correspondente a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na forma de recente precedente do STJ (REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017).

Concluindo, dou provimento ao recurso da parte autora no ponto.

Sendo esta a conjuntura das questões postas em análise nos autos, impõe-se a reforma da sentença, devendo sobre o montante indenizatório incidir correção monetária conforme o enunciado nº 362 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No que diz respeito aos juros de mora, acolho o recurso da parte autora para aplicar ao caso o enunciado nº 54 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (evento danoso em 21/08/2015).

Com essas considerações, passo à fixação dos consectários da condenação, lembrando que os termos iniciais dos juros moratórios e da correção monetária deverão atender às duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça acima referenciadas.

DOS CONSECTÁRIOS E PROVIMENTOS FINAIS

Juros de Mora e Correção Monetária

Com relação aos juros moratórios e correção monetária de débitos não tributários incidentes sobre as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, segundo critérios previstos no art. 1º- F da Lei nº 9.497/97, com

redação conferida pela Lei nº 11.960/09, o STF, apreciando o tema 810 da Repercussão Geral (RE 870.947), fixou as seguintes teses:

a) quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, **a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional**, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e

b) o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, **na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade** (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Dessa forma, descabe a aplicação da TR como índice de atualização monetária sobre as condenações judiciais da Fazenda Pública, **determinando-se a incidência do IPCA-E**, por ser o índice que melhor reflete a inflação acumulada no período.

Cumprido esclarecer que a correção monetária e os juros de mora, por serem consectários legais da condenação principal, ostentam natureza de ordem pública. Assim sendo, podem ser analisados mesmo de ofício pelo julgador, não sendo aplicável o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Honorários advocatícios

O atual CPC inovou de forma significativa com relação aos honorários advocatícios, buscando valorizar a atuação profissional dos advogados, especialmente pela caracterização como verba de natureza alimentar (§ 14, art. 85, CPC/2015) e do caráter remuneratório aos profissionais da advocacia.

Cabe ainda destacar que o atual diploma processual estabeleceu critérios objetivos para fixar a verba honorária nas causas em que a Fazenda Pública for parte, conforme se extrai da leitura do § 3º, incisos I a V, do art. 85. Referidos critérios buscam valorizar a advocacia, evitando o arbitramento de honorários em percentual ou valor aviltante que, ao final, poderia acarretar verdadeiro desrespeito à profissão. Ao mesmo tempo, objetiva desestimular os recursos protelatórios pela incidência de majoração da verba em cada instância recursal.

No caso, em atenção ao disposto no art. 85 do CPC, devem ser invertidos os ônus de sucumbência, razão pela qual condeno o HCPA ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação.

CONCLUSÃO

Provido o recurso da parte autora para condenar o HCPA à indenização por danos estético e pela perda da chance de cura/sobrevivência, na forma da fundamentação supra. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Consectários legais (correção, juros e honorários advocatícios), na forma da fundamentação supra.

DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, voto por **dar provimento à apelação da parte autora.**

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000369646v196** e do código CRC **06db1e6a**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO
Data e Hora: 24/4/2018, às 13:9:47

5009097-34.2017.4.04.7100

40000369646.V196

Conferência de autenticidade emitida em 12/11/2018 13:50:25.



Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5009097-34.2017.4.04.7100/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

APELANTE: MARIA APARECIDA MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: ALEXSANDER MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: DANIELLE MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELADO: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE (RÉU)

VOTO-VISTA

Após ter vista dos autos, necessário tecer algumas considerações.

Primeiramente, de fato não se cogita de ilegitimidade ativa, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a indenização decorrente do abalo moral sofrido por pessoa falecida transmite-se e pode ser pleiteada pelo espólio ou por seus herdeiros, uma vez que o artigo 943 do Código Civil ("O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança") não excepcionou tal hipótese. A propósito, convém esclarecer que o referido tribunal interpretou dito artigo no sentido de que "embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius*" (AgRg no AREsp 326.485, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 01/08/2013).

Em acréscimo ao precedente referido, menciona-se outro, julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ.

A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cuius. Incidência da Súmula n.º 168/STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EREsp 978.651/SP, Corte Especial, Rel. Ministro Félix Fischer, DJe 10/02/2011)

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é seguida por este Tribunal Regional Federal, como se observa do seguinte julgado:

LEGITIMIDADE ATIVA DA SUCESSÃO DE PESSOA FÍSICA FALECIDA PARA BUSCAR JUDICIALMENTE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOFRIDOS PELO DE CUJUS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. A sucessão (os herdeiros) e, até mesmo o espólio, possuem legitimidade ativa para pleitear indenização por danos morais sofridos pelo de cuius. Omissis. (AC 5008936-56.2015.4.04.7112, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, juntado aos autos em 16/10/2017)

A integridade física, a liberdade individual, a dignidade, esses direitos da personalidade que teriam sido vilipendiados pelo evento apontado como danoso desapareceram com a morte da vítima. Eles não foram recompostos pela indenização enquanto ela era viva, e não mais o podem ser, pois pereceram com o falecimento do titular. No entanto, a discussão no caso envolve os efeitos patrimoniais relativos à reparação da violação aos direitos da personalidade do morto. Tais efeitos, de natureza patrimonial, são transmissíveis por herança, conforme admitido pelo artigo 943 do Código Civil.

Portanto, a sucessão (os herdeiros) e até mesmo o espólio possuem legitimidade ativa para pleitear indenização por danos morais sofridos pelo falecido.

O mesmo raciocínio se aplica aos danos estéticos, que nada mais são do que espécie do gênero dano moral.

A propósito dos danos estéticos, estes são incontestáveis. A imagem anexada no evento 19 (FOTO2), associada às informações do prontuário médico, não deixam dúvida de que as lesões provocadas no antebraço do falecido Evaldir Cláudio Lessing, pelo extravasamento da **medicação** ministrada pelo apelado, necrosou o membro e causou ao paciente danos estéticos. Há de se concordar com a parte apelante: mesmo que sobrevivesse e realizasse cirurgia plástica, certamente as cicatrizes causadas pela necrose permaneceriam (evento 2, INIC2, p. 6).

Há, pois, nexos causal entre a ação estatal e o dano estético. Como bem explicado no voto-condutor, não se tratou de caso fortuito:

*Ainda, não vejo como o extravasamento da **medicação quimioterápica** seja reconhecido como um acontecimento fortuito. Isso porque, considerado avançado estágio da doença, onde verificado o estado de debilidade da vítima, a eventual situação (que acabara se concretizando) de extravasamento da **medicação** não pode ser interpretada como sendo um evento imprevisível e, por essa razão, inevitável.*

*Era dever do hospital, no caso, quanto mais considerada a grave situação de saúde apresentada pela vítima, atentar-se quanto à eventual circunstância de **medicação**, eventualmente, vir a extravasar; considerando-se, aqui, especialmente, a escolha de cateter utilizado (periférico).*

Até aqui, concorda-se com a solução encaminhada pelo relator, desembargador federal Rogério Favreto.

Avançando, tem-se que a "Teoria da Perda de uma Chance", para dar ensejo ao pagamento de indenização, exige que se demonstre que a chance perdida era *séria e real* e não meramente hipotética. Em julgamento realizado pela 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal, assentou-se que esta teoria não considera tão-somente a probabilidade matemática de sucesso, e sim exige maior certeza quanto ao dano reparável. Para que seja aplicada, não basta haver uma *esperança* de sucesso, é indispensável que haja *séria e real* chance de sucesso (EINF 2007.72.00.015359-0, 2ª Seção, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 21/06/2012). Esse entendimento é prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram os dois julgados a seguir transcritos:

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. 2 a 4. Omissis. (REsp. 201000685378, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 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. I.- Omissis. 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. III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido. (REsp. 200600351122, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJE 24/09/2010)

Depreende-se que a responsabilização com base na "perda de uma chance" encontra limites, pois não se concretiza com a mera *possibilidade* de sucesso - simples esperança aleatória -, aferida do ponto de vista estatístico. É necessário que se demonstre que chance perdida era *séria e real*, em decorrência do natural desdobramento que os fatos teriam se não houvesse a conduta ilícita.

No caso concreto, o relator entendeu que "o simples fato de o paciente ser impedido de se submeter ao tratamento correto, o qual, ainda que somente em tese, poderia lhe trazer um benefício, representa um dano que deve ser indenizável. Vale dizer, a mera chance do tratamento já é um bem jurídico indenizável".

Da compreensão do relator esta julgadora diverge. A dispensação do tratamento correto em tese podia trazer benefícios ao paciente. Em tese. Como saber, porém, se com a continuidade do tratamento as chances de cura ou de sobrevida efetivamente aumentariam? E se a quimioterapia se revelasse, ao fim e ao cabo, ineficaz? Ela não é garantia de cura nem de que aumento da sobrevida. Em casos de pacientes terminais, pode até ser prejudicial em função da redução da qualidade de vida.

Evidentemente não são questões fáceis de serem respondidas e nem se exige da parte autora uma prova definitiva a respeito, mas é necessário que se as enfrente porque a doença de Evaldir, ao tempo da internação, estava em estágio IV. Significa dizer que o linfoma já havia se espalhado para fora do sistema linfático, para órgão não localizado próximo ao linfonodo - como a medula óssea, o fígado, cérebro ou a pleura. O estadiamento dos linfomas não-Hodgkin pode ser colhido na página eletrônica denominada Oncoguia (<http://www.oncoguia.org.br/conteudo/estadiamento-do-linfoma-nao-hodgkin/1022/310/>), donde se extrai que o estágio IV é o último e portanto o mais grave da doença. Embora com os avanços da medicina se fale em possibilidade de cura, a doença de Evaldir, dada a sua extensão, não estava mais

no estágio inicial, havia evoluído a ponto de reduzir as chances de cura e o tempo de sobrevida. Não é porque o tratamento quimioterápico podia trazer-lhe benefícios em tese que o direito à indenização pela perda de uma chance exsurge automaticamente. Seria necessário que o acervo probatório apontasse, por exemplo, que o tratamento quimioterápico vinha surtindo efeito positivo, em razão da eficiência do fármaco; isso indicaria que o tempo de sobrevida do paciente tenderia a aumentar; nesse caso, a interrupção do tratamento ter-lhe-ia retirado uma chance *séria e real*.

O acervo probatório, porém, não contém este tipo de dado informativo. Não se ouviu no curso da instrução a opinião de oncologistas, não se periciou a documentação médica a bem de se aventar se eram *sérias e reais* as chances de cura ou de aumento do tempo de sobrevida do falecido com a continuidade do tratamento. Assim, há dúvida se a continuidade do tratamento curaria o paciente ou aumentaria sua sobrevida.

Nos autos não consta a data do diagnóstico da enfermidade. A cronologia dos eventos sugere um quadro de extrema gravidade. Internado em julho de 2015, o paciente iniciou a quimioterapia em agosto e veio a óbito em outubro do mesmo ano. Quais seriam, então, as *sérias e reais* chances de Evaldir? Concluir que a interrupção no tratamento por conta da necrose suprimiu chances *reais e sérias* de cura ou de sobrevida é compreender o dano pela perda de uma chance *in re ipsa*, com o que não se concorda.

Em conclusão, deixa-se de condenar o apelado a indenizar a perda de uma chance, mantendo-se, de outro lado, a condenação em danos estéticos.

No tocante ao valor da única indenização que se vislumbra cabível na hipótese, considera-se R\$ 10.000,00 adequado. Tal montante vai acrescido dos consectários na forma do voto do relator.

Honorários Advocatícios

Tratando-se de sentença publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil, aplicável o disposto em seu artigo 85 quanto à fixação da verba honorária.

Diante da sucumbência recíproca, os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, devem ser suportados por ambas as partes, em idêntica proporção, vedada a compensação, consoante dispõe o §14 do artigo 85 do CPC/2015.

Por fim, levando em conta o trabalho adicional do procurador na fase recursal, a verba honorária devida pela parte ré fica majorada em 2%, forte no §11 do artigo 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação para condenar o apelado a pagar R\$ 10.000,00 a título de danos estéticos.

Documento eletrônico assinado por **VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000457495v44** e do código CRC **f8ef8130**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Data e Hora: 7/6/2018, às 16:15:0

5009097-34.2017.4.04.7100

40000457495.V44

Conferência de autenticidade emitida em 12/11/2018 13:50:25.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5009097-34.2017.4.04.7100/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

APELANTE: ALEXSANDER MELO LESSING (AUTOR)

APELANTE: DANIELLE MELO LESSING (AUTOR)

APELANTE: MARIA APARECIDA MELO LESSING (AUTOR)

APELADO: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE (RÉU)

VOTO-VISTA

Pedi vista pra melhor exame. O paciente era portador de linfoma não-Hodgkin, estágio IV, o mais grave e terminal da doença, infelizmente, disseminado por diversos órgãos. Foi submetido à quimioterapia, tratamento correto, com medicamento sabidamente agressivo e com múltiplos efeitos colaterais. Bem disse o voto-vista da Des. Vânia Hack de Almeida, "embora com os avanços da medicina se fale em possibilidade de cura, a doença de Evaldir, dada a sua extensão, não estava mais no estágio inicial, havia evoluído a ponto de reduzir as chances de cura e o tempo de sobrevida".

A rigor, infelizmente, as chances de cura eram mínimas, não autorizando-se a aplicação da "Teoria da Perda de uma Chance", com o que, neste ponto, acompanho o voto divergente.

No que respeita aos danos morais por dano estético, por ocorrência de extravasamento do medicamento e necrose no membro superior, não foi comprovada culpa, negligência ou imperícia do Hospital de Clínicas. Decorreu, ao que tudo indica, de circunstâncias pessoais do paciente.

Percebe-se do prontuário hospitalar que o paciente relatava dores intermitentes e apenas no quinto dia, queixas mais específicas. O tratamento foi interrompido e tratado o membro superior direito. O episódio do extravasamento da **medicação** C2 da quimioterapia pode ocorrer e ocorre muito em face de circunstâncias e condições particulares do paciente, situação venosa. Anoto que as acompanhantes do paciente, segundo o relatório, mostraram-se bastante ausentes, não acompanharam o falecido quando do início da quimioterapia, que foi aplicada considerando as condições graves e estágio da doença. O tratamento com quimioterapia, infelizmente, pode trazer efeitos colaterais severos, como queda de cabelos, problemas cardíacos, etc... O objetivo é assegurar ou alcançar sobrevida do paciente, sendo os aspectos estáticos bem menos relevantes.

Neste aspecto, também aponto divergência mantendo a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a ação.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Documento eletrônico assinado por **MARGA INGE BARTH TESSLER, Desembargadora Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000537767v7** e do código CRC **5a936278**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER
Data e Hora: 3/8/2018, às 13:30:50

5009097-34.2017.4.04.7100

40000537767.V7

Conferência de autenticidade emitida em 12/11/2018 13:50:25.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5009097-34.2017.4.04.7100/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGERIO FAVRETO

APELANTE: MARIA APARECIDA MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: ALEXSANDER MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELANTE: DANIELLE MELO LESSING (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANA TRUDA BOAZ

ADVOGADO: MARIA OTILIA DIEHL

APELADO: HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE (RÉU)

EMENTA

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE. EXTRAVAZAMENTO DE **MEDICAÇÃO QUIMIOTERÁPICA**. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DE ESTADO, NEXO CAUSAL, DANO E DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA DE FATO FORTUITO OU FORÇA MAIOR: ELEMENTOS DE DOCTRINA. FALTA DO DEVER DE INFORMAR E ABUSO DE DIREITO: OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. GRAVE DANO ESTÉTICO. PERDA DA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA OU DE CURA: REPARAÇÃO DA CHANCE, E NÃO DO DANO FINAL. REFORMA DA SENTENÇA E PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. CONSECTÁRIOS LEGAIS.

1. Ação de indenização (danos estéticos e materiais, este pela perda da chance) objetivando a condenação do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) ajuizada por sucessores de pessoa já falecida que, ao submeter-se a tratamento de quimioterapia junto ao hospital réu, teria havido *defeito do serviço/culpa*, na medida em que ocorrido extravazamento da **medicação**, causando necrose e infecção no braço do paciente, obrigando a suspensão do tratamento da neoplasia.

2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ.

3. A Constituição da República de 1988, seguindo a linha de sua antecessora, estabeleceu como baliza principiológica a responsabilidade objetiva do Estado, adotando a teoria do risco administrativo. Consequência da opção do constituinte pode-se dizer que, de regra os pressupostos da responsabilidade civil do Estado são: a) ação ou omissão humana; b) dano injusto ou antijurídico sofrido por terceiro; c) nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano.

4. A responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, seja por *atos comissivos*, seja por *atos omissivos*, não dispensa a verificação do nexo de causalidade (entre o *ato estatal* e o *dano*), que deve ser comprovado (ônus da parte autora), existindo, ademais, situações que excluem esse nexo: caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (ônus da parte ré). A concorrência de culpa (responsabilidade subjetiva) ou a concorrência de causas (responsabilidade objetiva), ônus das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos, tem o condão de abrandar a responsabilidade.

5. Não havendo dúvidas quanto à ação omissiva estatal e sua relação de causalidade com os danos experimentados (no caso, necrose de membro superior direito em face de extravazamento de **medicação** quimioterápica), dispensada a aferição da culpa (erro, ou não, no procedimento), não havendo, ademais, a necessidade de quaisquer considerações ou análise quanto ao procedimento ser de meio, e não de resultado, importando, apenas, se do procedimento adveio, ou não, dano (responsabilização objetiva).

6. Segundo a doutrina, cuidar-se-á de caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc, tratar-se-á de força maior (É o *act of God*, para os ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível).

7. Caso em que o extravazamento de medicação **quimioterápica** não fora reconhecido como fato fortuito: considerado avançado estágio da doença, onde verificado o estado de debilidade da vítima, a eventual situação (que acabara se concretizando) de extravazamento da **medicação** não pode ser interpretada como sendo um evento imprevisível e inevitável. Circunstância diretamente ligada à necessidade do consentimento informado - decorrente da boa-fé objetiva - acerca de possíveis e previsíveis danos, como meio de proteção à legítima confiança, configurando abuso de direito, considerando, notadamente, o fato de que é o hospital quem detém a técnica sobre os riscos do procedimento.

8. O dano estético é toda ofensa, ainda que mínima, à integridade física da vítima, que ocorre quando há uma lesão interna ou externa no corpo humano, afetando a saúde, a harmonia e incolumidade das respectivas formas. Reformada a sentença e condenado o HCPA à respectiva indenização. Valor: R\$ 10.000,00.

9 . O dano material por perda da chance clássica (*perte d'une chance*) não equivale a dano emergente ou a lucro cessante e, da mesma forma, não equivale a dano moral, embora o ato ilícito que o configurou possa figurar como elemento agregador/agravante do dano moral.

10. Na perspectiva do erro de natureza médica *lato sensu* a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance de survie ou de guérison*) é apreciada sob enfoque diferenciado, apresentando suas próprias características. Diferentemente de a chance se concretizar numa situação melhor futura do ponto de vista eminentemente material (econômico), apresenta-se como perda no contexto da chance de sobrevivência ou de cura, como a perda do direito à oportunidade a um tratamento médico, v.g.

11. O agente estatal não responde pelo resultado (morte) para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente (relação hospital-paciente), resultando dessa relação o nexo causal; não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, no caso dos autos) foi tolhido da vítima, avaliando-se circunstâncias relativas ao afastamento da chance: a simples chance (de cura ou de sobrevivência) passa a ser considerada

como bem juridicamente independente a ser protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada. Repara-se a chance, e não o dano final. Precedentes do STJ.

12. Em relação ao valor da indenização, conseqüentemente, o *quantum* respectivo não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo. Precedentes do STJ.

13. Fixado o dano pela perda da chance de cura ou de sobrevivência em R\$ 50.000,00, na linha de precedentes do STJ.

14. Juros de mora, na forma do enunciado nº 54 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Correção monetária conforme o enunciado nº 362 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

15. Procedência da ação e inversão dos ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, dar parcial provimento à apelação da parte autora para condenar além dos danos morais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos estéticos, o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de perda de uma chance, vencidos os Des. Federais MARGA BARTH TESSLER E LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de novembro de 2018.

Documento eletrônico assinado por **ROGERIO FAVRETO, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000369647v21** e do código CRC **1827e363**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGERIO FAVRETO
Data e Hora: 8/11/2018, às 15:54:53

5009097-34.2017.4.04.7100

40000369647.V21

Conferência de autenticidade emitida em 12/11/2018 13:50:25.