

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DA CHANCE DE CURA OU SOBREVIDA DOS PACIENTES COM CÂNCER

LE DROIT FONDAMENTAL À LA SANTÉ ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ÉTAT POUR LA PERTE DE CHANCE DE SURVIE OU DE GUÉRISON DE PATIENTS ATTEINTS DE CANCER

**Têmis Limberger
Brunize Altamiranda Finger**

Resumo

A saúde é um direito fundamental, que é efetivado principalmente mediante políticas públicas. Em 2012, foi promulgada a Lei 12.732, que assegura o início do tratamento às pessoas portadoras de neoplasia maligna (câncer) em até 60 dias após o diagnóstico. Por ser a saúde um direito a prestações, é preciso que seja empregado recursos financeiros. Contudo, frente a escassez ou emprego insuficiente de verbas na saúde pública brasileira, nem sempre é possível cobrir as necessidades da população. Isso pode acarretar na diminuição ou supressão da chance de se curar ou de sobreviver. Assim, buscou-se verificar se o Estado poderia ser responsabilizado civilmente pela perda da chance de cura ou sobrevida dos pacientes com câncer quando não cumprido o prazo legal para início de tratamento. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e o dialético. A técnica de pesquisa aplicada foi bibliográfico-documental, principalmente através de fontes doutrinárias jurídicas, pesquisas estatísticas realizadas por organizações de saúde e legislação relativa ao tema. Concluiu-se que o Estado pode ser responsabilizado pela perda da chance de cura ou sobrevivência nos casos que se verifica a existência de disposição legislativa que determina um agir do Poder Público, e a possibilidade de se exigir do mesmo uma atuação razoável.

Palavras-chave: Direito à saúde, Câncer, Responsabilidade civil do estado, Perda da chance de cura ou sobrevivência

Abstract/Resumen/Résumé

La santé est un droit fondamental, qui est effectué principalement par les politiques publiques. En 2012, a été promulguée la loi 12.732, qui garantit le début du traitement pour les personnes atteintes de tumeurs malignes (cancer) dans les 60 jours après le diagnostic. Comme la santé est un droit aux prestations, elle doit être employée de ressources financières. Cependant, face à la pénurie - ou mise en uvre insuffisante - des fonds en santé publique brésilienne, il est pas toujours possible de couvrir les besoins de la population. Cela peut se traduire par la réduction ou l'élimination de chance de survivre ou guérir. Ainsi, nous avons cherché à déterminer si l'État pourrait être tenu responsable civilement pour la perte d'une chance de guérison ou de survie des patients atteints de cancer lorsqu'ils ne sont pas remplies dans le délai légal pour le début du traitement. Pour cela, nous avons utilisé la

méthode déductive et de la dialectique. La technique de recherche utilisée était bibliographique et documentaire, principalement par le biais de sources doctrinales juridiques, les enquêtes statistiques effectuées par les organismes de santé et de la législation sur le sujet. Il a été conclu que l'État peut être tenu pour responsable de la perte de chance de guérison ou de survie dans les cas qui vérifie la loi qui détermine un acte du gouvernement, et la possibilité d'exiger la même performance raisonnable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droit à la santé, Le cancer, La responsabilité civile de l'état, La perte de chance de guérison ou de survie

INTRODUÇÃO

Sabe-se que em determinados tipos de patologias o tempo adequado de início do tratamento é um fator fundamental para que o desfecho – cura ou maior sobrevida – seja favorável. Contudo, observamos que esse prazo ideal para início do tratamento, ou para realização de procedimentos subsequentes (exames, intervenções diversas) nem sempre tem sido possível no Brasil. É provável que tal situação se verifique inclusive em países mais desenvolvidos que o nosso. Quanto à nossa realidade, podemos citar o levantamento realizado pelo jornal Folha de São Paulo, que constatou que os paulistanos aguardam cerca de 284 dias na fila de espera para terem uma primeira consulta com um médico-cirurgião geral na rede pública. Nessa primeira consulta é realizada uma avaliação acerca da necessidade de procedimento cirúrgico. Somente após isso são marcados exames pré-operatórios e é agendada a data do procedimento (ESPERA..., 2014).

Tal demora, não é, contudo, apenas um problema para os paulistas. O cenário é o mesmo em todo o país, sendo possível que em outras regiões a realidade seja ainda mais desfavorável, tendo em vista que a região sudeste concentra um maior número de profissionais per capita. Em pesquisa realizada pelo Datafolha, contratada pela Interfarma, constatou-se que 45% da população brasileira assinala a saúde como o principal problema do país (ASSOCIAÇÃO..., 2014).

A fim de amenizar o período de espera de alguns pacientes do Sistema Único de Saúde, em 22 de novembro de 2012, foi promulgada a Lei 12.732. A lei é direcionada aos doentes acometidos pela neoplasia maligna. Seu principal comando está no estabelecimento de prazo para iniciar o tratamento da doença. Por ela, os pacientes diagnosticados com câncer têm o direito de iniciar a terapêutica em, no máximo, 60 dias, a contar da assinatura do laudo patológico. Outra diretriz traçada pela Lei 12.732/2012 é a fixação da gratuidade, via Sistema Único de Saúde, de todos os tratamentos necessários aos pacientes com câncer.

A saúde é um direito fundamental e é dever do Estado promover essa garantia, conforme artigo 196 da Constituição. Entretanto, a precariedade do Sistema de Saúde Público no Brasil impede que a população consiga acessá-lo e, quando adentra, o cidadão frequentemente depara-se com serviços defeituosos ou de baixa qualidade. Esse conjunto de dificuldades acaba diminuindo as possibilidades do paciente se curar ou melhorar seu prognóstico.

A pesquisa propõe-se, então, a verificar se, quando a pessoa com câncer não conseguir acessar a terapêutica prescrita no prazo adequado na lei – neste caso, 60 dias - e o doente tiver uma piora em seu estado de saúde, ou até mesmo falecer, não seria o Estado responsável pela perda da chance de cura ou sobrevivência da vítima?

Para responder esse questionamento, utilizou-se o método dedutivo, sendo a premissa maior o direito à saúde como um dever constitucional do Estado. Também foi empregado o método dialético, pois o tema em questão merece constante debate, tornando-se necessário o confronto de opiniões e correntes doutrinárias. A técnica de pesquisa aplicada foi bibliográfico-documental, principalmente através de fontes doutrinárias jurídicas, pesquisas estatísticas realizadas por organizações de saúde e legislação relativa ao tema.

1 DIREITO À SAÚDE E LEI 12.732/2012

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A busca da boa saúde ou da sobrevivência é uma preocupação presente em todos os povos desde os tempos mais remotos. Os seres humanos, em determinados períodos da história, foram acometidos por doenças que causaram um número enorme de mortes; é o caso da lepra e da cólera nos tempos bíblicos, da varíola na Índia e China Antiga, da peste negra na Idade Média e da sífilis no século XVI (MARQUES, 2012, p. 72). Atualmente, as maiores causas de mortes no mundo são as doenças cardiovasculares, infecções respiratórias, HIV, câncer, tuberculose e acidentes de trânsito (WORLD..., 2014).

A presente temática envolve muitas discussões, a começar pela definição de saúde. Nos primórdios, o binômio *saúde/doença* foi atribuído, por exemplo, a demônios ou a pecadores que deveriam ser purificados. Contudo, por volta do século XVII, a saúde passa a ser tratada sob um prisma científico, ou seja, sem levar em conta fatores sobrenaturais. Em 1946, o conceito referencial de saúde é lançado pela Organização Mundial de Saúde, que a estatuiu em sua constituição como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Conforme Germano Schwartz (2004, p. 29-31), a OMS ampliou o conceito que antes estava limitado a ações curativas ou preventivas. A saúde passa a ser, portanto, mais que tratamento de doenças, mas também qualidade de vida e bem-estar dos indivíduos – o que pode se dar através do tratamento das enfermidades, programas de combate à proliferação de doenças e até mesmo a proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e

saudável. Para que isso seja possível, o indivíduo deve ter a possibilidade de acessar os meios necessários que assegurem seu particular estado de bem-estar.

Historicamente, a saúde tornou-se uma prioridade do governo brasileiro a partir do desenvolvimento da economia exportadora de café, em meados do século XX. As ações estavam concentradas quase que exclusivamente no controle de endemias¹ e de saneamento em portos e meios urbanos – principalmente no eixo agrário, formado pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, naquela época. O público alvo das ações sanitárias era a grande massa de trabalhadores do ramo cafeeiro, pois condições favoráveis da saúde dos trabalhadores significavam a garantia do sucesso econômico, assim como um atrativo para a mão de obra estrangeira (RISI JUNIOR, 2002). Percebe-se, portanto, que nesse primeiro momento, a saúde no Brasil estava condicionada a procedimentos sanitários de prevenção e cura, tendo também uma utilidade para o sistema produtivo da época. Todavia, na Constituição de 1988 modificou-se essa tendência, ocorrendo uma intenção de ampliar as ações profiláticas, terapêuticas e direitos dos cidadãos.

A nova Constituição inovou ao dispor que *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*. Desse modo, está-se diante de um Estado interventor, que deve atuar positivamente na prestação sanitária (SCHWARTZ, 2004, p. 101). Essa inovação ocorreu porque os conceitos, princípios e diretrizes trazidas por ela não foram extraídos da prática corrente, mas sim de uma lógica organizacional, que foi desenvolvida ao longo de vinte anos pelo chamado “movimento sanitário” (BUSS, 1995).

Germano Schwartz explica que “a redução do risco de doenças” está vinculada a uma ideia de prevenção, enquanto que “outros agravos” quer dizer a impossibilidade de prever tudo em relação à saúde. Já “o acesso universal igualitário às ações e serviços” garante que todo cidadão tem o direito de ser atendido; além disso, a saúde é um direito de qualquer pessoa (nacional ou estrangeiro residente no país), não havendo, portanto, preconceito ou privilégio no atendimento (BUSS, 1995). A maneira de implementar as ações e serviços públicos de saúde, seria através do Sistema Único de Saúde.

O SUS foi criado formalmente pela Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90. Contudo, o sistema tem suas origens na metade do século XX, período em que houve uma crise do modelo médico-assistencial privatistas. Esse modelo

¹ O controle de enfermidades girava em torno, basicamente, da febre amarela, peste bubônica e varíola.

estava baseado, dentre outros fatores, nas práticas médicas curativas e individuais, dando tanta atenção para ações coletivas (CONSELHO..., 2006, p. 23). Com a institucionalização do Sistema Único de Saúde, houve um rompimento da concepção de que direitos sociais estavam vinculados ao mercado de trabalho.

A responsabilidade de promover, proteger e recuperar a saúde dos cidadãos é de todos os níveis de governo da federação. Leciona Sueli Dallari (1995, p. 41):

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, decidida a garantir o direito à saúde para todos, disciplinou as atividades governamentais com tal finalidade. Considerando que 'cuidar da saúde' é tarefa que a todos deve incumbir, elencou-a entre as competências comuns à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios (art. 23, II) e previu a competência legislativa concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, limitando, a União ao estabelecimento das normas gerais, cabendo aos estados e aos municípios suplementá-las (art. 24, §1º e 2º c.c. art. 30, II).

Assim, em qualquer das esferas, o Poder Público não pode ser indiferente aos problemas de saúde dos cidadãos, sob pena de incorrer em um comportamento inconstitucional. Todavia, a implantação de normas gerais a um país de grandes dimensões geográficas e a existência de desigualdades regionais eram umas das principais dificuldades enfrentadas pelo SUS. A fim de fornecer serviços de qualidade, em 2006 foi implantado o Pacto pela Saúde. Por esse plano, reforçou-se a descentralização e o município tornou-se o principal responsável pela gestão das ações e serviços oferecidos em seu território, proporcionando um atendimento focado nas necessidades da população local (BRASIL, 2006).

A implantação do SUS fez melhorar o acesso aos serviços nesse sentido. Podemos citar o Programa Saúde da Família (PSF), que, no período de 1994 a 2006, passou de 300 equipes para 26 mil. Isso demonstra que há uma cobertura de 78,6 milhões de habitantes (44% da população brasileira) (CONSELHO..., 2006, p. 23). Por outro lado, apesar dos avanços, o Sistema apresenta graves dificuldades, como é o caso do longo tempo entre diagnóstico e início da terapêutica, bem como a aplicação de tratamento adequado ao caso clínico do doente. Essas deficiências do Sistema diminuem as chances do paciente se curar ou de sobreviver. Nesse sentido, pessoas portadoras de neoplasia maligna (câncer) já contam – teoricamente – com legislação que determina o prazo máximo para início do tratamento. Trata-se da Lei 12.723/2012.

1.2 LEI 12.732/2012: A LEI DO TRATAMENTO DO CÂNCER

O câncer é uma doença que envolve uma variedade de doenças nos órgãos. A sua característica mais comum é o crescimento e proliferação descontrolado iniciado por uma célula (STEFANI, 2001, p. 39). Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (2014)², o câncer representa a segunda maior causa de morte nas Américas - apenas ficando atrás das doenças cardiovasculares.

O artigo 2º da Lei 12.732/2012 estabelece que o paciente com neoplasia maligna tem o direito de ter iniciado o prazo para tratamento da doença em 60 dias no Sistema Único de Saúde, *a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico*. O mesmo artigo ainda estabelece que conforme a necessidade do doente, o prazo poderá ser menor. Ou seja, nem sempre o prazo de 60 dias será apropriado ao estado de saúde apresentado pelo paciente. Em determinadas situações o médico deverá indicar o imediato início da terapêutica. Em caso de não cumprimento do previsto na referida lei, os gestores que são responsáveis, direta ou indiretamente pelo serviço, serão penalizados administrativamente – é o que prevê o artigo 3º.

Outro importante ponto da Lei diz respeito à qualidade do serviço público prestado. O §1º do art. 1º dispõe que *a padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverá ser revista e republicada, e atualizada sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados*. Portanto, além de um acesso em tempo hábil ao Sistema de Saúde Público, a Lei determina que o serviço de saúde prestado ao paciente seja de qualidade e adequado ao conhecimento científico contemporâneo.

A fim de disciplinar a Lei 12.732/2012, sobreveio a Portaria nº 876/2013 do Ministério da Saúde. A referida Portaria tem por objetivo orientar as Secretarias de Saúde, Distrito Federal e os Municípios a iniciarem o tratamento do paciente com neoplasia maligna no prazo legal. No artigo 3º dessa Portaria estava previsto que marco inicial da contagem dos 60 dias seria contado *a partir do registro do diagnóstico no prontuário do paciente*. Tal disposição acerca do marco inicial do prazo divergia do estabelecido pela Lei 12.732/2013, o que aumentava o tempo de espera, pois a inclusão do diagnóstico no prontuário do paciente só aconteceria depois da primeira consulta com o médico especialista. Todavia, a Portaria nº 1.220 de 3 de junho de 2014 alterou a Portaria nº 876/2013, reconhecendo que o prazo para o

tratamento iniciar deve ser contado a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico.

O artigo 6º da Portaria trata do SISCAN – Sistema de Informação do Câncer -, no qual a equipe de saúde e/ou o médico farão o registro de dados do paciente, como, por exemplo, a data em que foi firmado o diagnóstico de neoplasia maligna em laudo patológico. É por meio desse sistema que o Ministério da Saúde irá mapear esta doença no país. Porém, conforme relatos de profissionais (AZMAN, 2014)³ e pesquisas realizadas por órgãos ligados à doença (como a Femama), o sistema ainda não está implantado em muitas unidades de saúde; aliás, há unidades que sequer tem acesso à Internet; em outros locais, o sistema opera parcialmente e muitas vezes apresenta erro. Por conta dessa debilidade, os órgãos fiscalizadores não conseguem saber se os pacientes com câncer estão iniciando o tratamento no prazo fixado pela lei. Por fim, cabe ressaltar o alerta trazido pelo § único do artigo 14 da citada Portaria: *Os Estados e os Municípios não estão eximidos de cumprir o prazo de 60 (sessenta) dias estabelecido no art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, durante o tempo em que os planos regionais não estiverem efetivamente implantados e deverão, portanto, garantir o tratamento adequado e oportuno por meio de serviços de referência.*

Apesar disso, há ainda pessoas que aguardam muito tempo por um diagnóstico e tratamento. Alguns esperam cerca de nove meses para realizar a retirada de tumor (ELY, 2013).⁴ A Femama (2014) realizou pesquisa⁵ sobre a implantação e cumprimento da Lei 12.732/2012. A coleta de dados via SISCAN, que ocorreu entre julho de 2013 e julho de 2014, demonstrou que quase 60% dos pacientes iniciaram o tratamento dentro do prazo legal.

A porcentagem faz parecer que o prazo está gradualmente sendo cumprido. Contudo, a estimativa de novos casos da doença para o ano de 2014, realizada pelo Instituto Nacional do Câncer (2013)⁶, era de cerca de 580 mil. Enquanto que o SISCAN, no mesmo período apontou o registro de 3.105 casos em tratamento. O motivo para esse baixo número de casos registrados no SISCAN é a sua implantação em poucos municípios do país. Até maio 2014, apenas 1.546 dos 5.564 municípios do Brasil estavam utilizando a plataforma. Há, portanto, uma disparidade entre o número real de pessoas com neoplasia maligna no país e aquelas que estão registradas no SISCAN, o que impossibilita saber quantos daqueles que conseguiram acessar o Sistema e obter um diagnóstico tiveram a terapêutica adequada aplicada no período

estipulado. Existe ainda a possibilidade de um viés de aferição aqui, pois os municípios que contam com a possibilidade de realizar tal registro, provavelmente contam também com uma estruturação melhor dos serviços e têm mais condições de cumprir o prazo de tratamento.

Agora, aqueles 40% que não foram atendidos no prazo de 60 dias e que tiveram prejuízo em seu estado de saúde, poderiam pleitear indenização em razão da omissão do Estado? É o que se verificará no item a seguir.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A responsabilidade civil do Estado está fundamentada no § 6º do artigo 37 da Constituição. O regime adotado para o Estado nos casos em que a ação de agentes públicos causarem danos a particulares é a responsabilidade objetiva. Para caracterizar a responsabilidade civil do Estado, basta, portanto, demonstrar o nexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a conduta da pessoa jurídica de direito público – ou da pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público (HUPFFER, 2012, p. 113).

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 650), para que se caracterize a responsabilidade do Estado, é necessário que: (a) o ato lesivo tenha sido praticado por agente de pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado que preste serviço público; (b) o dano seja causado a terceiro, sendo irrelevante a sua condição de usuário ou não do serviço público – bastando que o dano seja consequência da prestação do serviço e; (c) ao causar o dano, o agente deve estar nessa qualidade, isto é, ele deve estar agindo no exercício de suas funções.

Todavia, há situações que o Estado fica inerte, não age quando deveria fazê-lo. Tal omissão pode gerar danos. Nesses casos, contudo, há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o regime de responsabilidade que deve ser adotado em face do Poder Público, se objetivo ou subjetivo – ainda que o §6º do artigo 37 da Constituição não faça qualquer distinção entre condutas comissivas ou omissivas.

Na doutrina de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 657), defende-se que o Estado deve responder objetivamente por sua omissão. Isso porque é inaplicável os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização do Estado, que detém poder e privilégios, enquanto que o particular é despido de autoridade e prerrogativas públicas.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 997), quando o Estado causa danos em decorrência de sua omissão deve-se aplicar a responsabilidade subjetiva, pois como o

Poder Público não agiu, ele não é autor do dano. Por isso, ele só poderia ser responsabilizado caso tivesse a *obrigação legal* de impedir o dano, o que caracteriza um comportamento ilícito.

Um dos maiores receios dos juristas que são contrários à responsabilização objetiva do ente estatal por omissão é que ele poderia se tornar um segurador universal de todos os danos sofridos pelos cidadãos. Contudo, tal receio não procede, pois a responsabilidade objetiva comporta excludentes denexo causal (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, culpa de terceiro, etc.) (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55). Além do mais, segundo Juarez Freitas, é equivocada a ideia de que a responsabilidade estatal por omissão deva ter tratamento diverso do empregado nos atos comissivos. Para o citado jurista, deve-se adotar umnexo de causalidade proporcional⁷, isto é, uma responsabilidade civil do Poder Público sob a ótica do princípio da proporcionalidade, que tenha por finalidade evitar os excessos do Estado, bem como a sua omissão.

A verdade é que a responsabilidade por omissão do Poder Público requer uma explicação mais próxima da complexa realidade (FREITAS, 2005, p. 147); esse tema não pode ficar restrito apenas a uma discussão teórica “responsabilidade subjetiva *versus* responsabilidade objetiva.” Além disso, para o presente artigo, que analisa a perda da chance de cura ou sobrevida das pessoas com câncer, com base na Lei 12.732/2012, há, em ambos os regimes, base legal que possibilita que a vítima ou seus familiares reivindicuem indenização em caso de dano, conforme ficará demonstrado a seguir.

Conforme Yussef Said Cahali, caracteriza-se a responsabilidade civil do Estado quando a omissão era conduta exigível da Administração – seja na execução de obra, seja na prestação de serviço – e causou danos (CAHALI, 1995, p. 285). A *exigibilidade* é, portanto, elemento essencial para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. Isso porque a prestação de serviço, que era obrigação do Estado, poderia ter evitado o evento danoso que a vítima sofreu. Ressalta-se, todavia, que à *exigibilidade* também devem estar vinculados outros fatores; é o caso, por exemplo, do desenvolvimento tecnológico e econômico do momento, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 997). Deve-se levar também em consideração as expectativas dos cidadãos - bem como as expectativas do Estado, o que pode ser medido através das leis que foram editadas, pelas normas internas e por outras normas que permitem observar “[...] que o Poder Público, por força deles, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão” (MELLO, 2007, p. 998).

A partir dessa lógica pode-se concluir que a não observação do prazo para início do tratamento do paciente portador de câncer, ou do não oferecimento de um tratamento adequado, que causar danos, será caso de responsabilidade civil do Estado. Eis que a conduta era exigível, já que há uma previsão legal específica em que o Poder Público se comprometeu a prestar aqueles serviços. Além do mais, é proporcional exigir que o ente público cumpra com seu dever de oferecer ações e serviços em prol da saúde da população. A saúde é um direito fundamental que a Constituição de 1988 trouxe para os brasileiros. Todavia, o Estado insiste em ser omissivo na concretização da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais – principalmente aqueles de caráter prestacional, como é o direito à saúde.

Diante dessas considerações, resta claro que é dever do Estado fornecer meios que assegurem o direito à saúde. Porém, ao analisar o cenário da efetivação dos direitos sociais no Brasil, nota-se uma grave inércia do Poder Público. Esse não agir frequentemente pode acarretar em prejuízos aos cidadãos, principalmente àqueles que estão doentes. O Sistema Único de Saúde enfrenta dificuldades para atender a demanda de pessoas que dele necessitam, e não raras são as pessoas que perdem a chance de se curarem ou de prolongarem suas vidas por não terem sido atendidos no tempo hábil e/ou por não terem podido usufruído de um serviço adequado. Nesse sentido, o Estado pode ser responsabilizado por não ter interrompido o processo aleatório (doença) que a vítima estava submetida, o que resultou na supressão da chance de se curar ou de sobreviver?

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

3.1 A TEORIA DA PERDA DA CHANCE

A perda da chance de cura ou sobrevivência é uma modalidade da teoria da perda da chance. A outra modalidade é chamada de “casos clássicos”. Antes de adentrarmos ao tema principal, far-se-á uma breve retomada da teoria da perda da chance, o que possibilitará uma melhor compreensão do que se propõe neste trabalho.

Conforme Henri e Leon Mazeaud, configura-se a responsabilidade civil pela perda da chance quando o ofensor, por sua culpa, priva a vítima de uma possibilidade de auferir um

benefício ou de evitar uma perda (MAZEAUD, 1947, p. 240).⁸ Portanto, a possibilidade perdida é um prejuízo que a vítima sofre. Mas não se indeniza a vantagem esperada, pois nesse caso, a conduta do réu não é uma *conditio sine qua non* (SILVA, 2013, p. 104).

Ademais, o ato ofensor deve retirar todas as chances que a vítima tinha, ou seja, é preciso que haja uma completa interrupção do processo aleatório - caso contrário, o ilícito cometido pelo réu apenas será uma possível causa concorrente para o resultado do dano final. Depois de constatada a interrupção, parte-se para o cálculo de probabilidade que o ofendido tinha de alcançar a vantagem esperada ou de evitar o prejuízo. Portanto, é o grau de probabilidade que determinará o valor da indenização (NORONHA, 2003, p. 666).

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil basta a verificação dos requisitos (conduta, dano e nexos causal) - atentando, é claro, se se trata da responsabilidade objetiva ou subjetiva. O primeiro elemento a ser analisado é a conduta. Neste elemento, não se verifica maiores dificuldades ou incompatibilidades com a “tradicional” responsabilidade civil, isso porque esse pressuposto caracteriza-se pela ação ou omissão do ofensor que causou a interrupção do processo aleatório.

Já o dano será a probabilidade de auferir um benefício ou de evitar um prejuízo que poderia a vítima ter conseguido. Ou seja, o prejuízo consiste na supressão da chance por conta da conduta do réu – possibilidade essa que já pertencia ao patrimônio da vítima.

A conexão entre o dano e a conduta na responsabilidade civil pela perda da chance sofre algumas variações, a depender da modalidade de possibilidade perdida que se está tratando. Faz-se necessário mencionar, sucintamente, neste momento, que a perda da chance doutrinariamente é dividida em duas modalidades: perda da chance “clássica” e perda da chance na área médica. A principal diferença entre elas está no nexo de causalidade. Essas duas espécies de chance perdida serão examinadas mais atentamente logo a seguir. Mas apenas para mencionar aspectos do nexo causal, faremos algumas considerações adiantadamente dessas modalidades.

Nos casos ditos “clássicos” há uma visível ligação entre conduta e dano, pois é possível detectar com certeza que a conduta do réu suprimiu a possibilidade do ofendido em alcançar um benefício ou impedir um prejuízo. Em outros termos, é possível demonstrar que o fato antijurídico fez cessar o evento aleatório em curso, que poderia fazer a vítima alcançar o resultado almejado. Alerta-se que a séria possibilidade de ocorrência do dano e a inexistência

⁸ C'est qui se passe notamment lorsque le demandeur a, par sa faute, privé le défendeur d'une chance de réaliser un gain ou d'éviter une perte. »

de circunstâncias improváveis também são fatores que permitem o estabelecimento adequado do nexa causal (NORONHA, 2003, p. 674).

No exemplo do candidato que é impedido de realizar um concurso em decorrência do ato ilícito do réu, as horas de estudo e dedicação demonstram uma aspiração legítima da oportunidade de ser aprovado no concurso. Assim, resta claro que a conduta do ofensor lesou um interesse legítimo do ofendido (CARNAÚBA, 2014, p. 68).

Nos casos que envolvem a área médica, o profissional da saúde deixa de agir ou ele aplica uma terapêutica inadequada; nos dois casos ele não interrompe o processo aleatório (doença) que acomete o paciente. Entretanto, não se sabe se, mesmo aplicando o tratamento indicado, o paciente conseguiria melhorar ou sobreviver. O fato é que o profissional tolheu as chances que o ofendido tinha de alterar o curso da enfermidade que lhe acometia.

Vê-se assim que a ligação causal entre a conduta ilícita do profissional da saúde e o dano do paciente não é um elemento natural. Trata-se, na verdade, de um *nexo causal jurídico*, porque não se consegue demonstrar que a conduta do médico efetivamente causou dano ao paciente, mas constata-se a perda da possibilidade de se curar (ROSÁRIO, 2008, p. 170). Em razão disso, é justificável que o julgador faça uso da causalidade alternativa de modo que a vítima não arque sozinha com o dano.

O nexa causal alternativo é aplicado naquelas situações em que há dois ou mais fatos que podem ter causado determinado dano, todavia, não se sabe qual foi o real causador (NORONHA, 2003, pp. 652-653). Portanto, sabe-se que a conduta do médico pode ter contribuído para a causa do prejuízo, mas é impossível estabelecer o nexa de causalidade de forma perfeita. Desse modo, “procura-se reparar o dano a partir da fixação do percentual de probabilidades que o ato do ofensor concorreu para a ocorrência do prejuízo” (HIGA, 2012, p. 182). É importante reforçar que tanto a Advocacia quanto a Medicina são áreas em que os profissionais têm obrigação de meio, o que impossibilita, em certos casos, saber em que medida certa conduta ocasionou o dano. Todavia, refutar a reparação pela perda da chance, principalmente nos casos da perda de cura ou sobrevivência é desprezar um recurso valioso que está à disposição das vítimas.

Outros dois critérios importantes a serem observados é a seriedade e a realidade da chance perdida. Chance séria e real é aquela que não é hipotética, que vai além de meras esperanças. Para os irmãos Mazeaud, o dano certo é aquele não hipotético, não eventual (MAZEAUD, 1947, p. 235). Ou seja, a vantagem a ser obtida ou o prejuízo a ser impedido teria uma possível ocorrência, não fosse a conduta do ofensor (GONDIM, 2010, p. 68); há, portanto, um juízo de probabilidade, o qual deve ser provado pela vítima.

Alguns doutrinadores, entre os quais Sérgio Savi (2012, p. 65), atribuem ao elemento “seriedade” da chance perdida uma porcentagem mínima de 50%. Isto é, se a vítima não provar que a probabilidade de sua chance era de, no mínimo, 51%, seu pleito será improcedente. Na mesma linha está Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 75): “A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”.

Todavia, a doutrina brasileira não se coaduna com esse tipo de valoração da seriedade da álea. Tanto isso é verdade que o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil⁹ estabeleceu que a chance não está atrelada a percentuais sem qualquer lastro no caso fático.

Se são repelidas o pré-estabelecimento de porcentagens à chance perdida, assim como aquelas chances consideradas ínfimas, qual é o grau que dá certeza ao dano? A resposta é que não existe um critério exato porque há uma grande dificuldade em fixar parâmetros objetivos. Para tanto, utiliza-se os mesmos parâmetros para a reparação dos danos extrapatrimoniais: casuisticamente o julgador irá apreciar a seriedade e realidade da chance perdida. Para Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 139) é “impossível que um simples conceito de chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operador do direito, pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis”.

Além disso, outros aspectos devem ser observados para configurar a chance como indenizável. No caso do advogado que deixa de interpor recurso contra a sentença que foi desfavorável ao seu cliente, deve-se examinar, por exemplo, a prescrição, a decadência, a jurisprudência majoritária à época dos fatos, dentre outros aspectos que poderiam influenciar na chance do cliente ver seu direito resguardado. Isso porque, a perda da chance não pode ser utilizada como uma última tentativa de tentar reparar o dano que a vítima sofreu; deve-se proteger o ofendido - e não indenizar ganhos infundados. Uma das formas de verificar a probabilidade é através de dados estatísticos. A Medicina, por exemplo, vale-se bastante de estatísticas, o que permite saber qual a porcentagem de cura ou sobrevida quando aplicado determinado tratamento (GONDIM, 2010, p. 80). Feita essas considerações gerais sobre a teoria da perda da chance, iniciaremos o estudo da responsabilidade civil pela perda da chance de cura ou sobrevida.

⁹ Enunciado 444. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

3.2. A PERDA DA CHANCE DE CURA OU SOBREVIDA DOS PACIENTES COM CÂNCER E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em 1965, a Corte de Cassação Francesa considerou que nas situações em que o médico faça o seu paciente perder a chance de curar-se ou de sobreviver estará aquele obrigado a reparar parcialmente o dano causado a seu cliente, ainda que não seja possível estabelecer com certeza o liame causal entre a conduta do médico e o prejuízo sofrido pela vítima. Surgiu, portanto, a *perte de chances de guérison ou de survie* (KFOURI NETO , 2002, p. 97).

Na perda da chance de cura ou sobrevida, faz-se necessário que o processo aleatório que levou ao dano já estivesse em curso, e que houvesse a possibilidade dele ser interrompido pelo profissional – ainda que não seja possível garantir que com tal atuação o prejuízo seria evitado (NORONHA, 2003, p. 676). É clara a diferença entre as duas modalidades: na perda da chance de se curar ou de sobreviver, a vítima sofre o processo aleatório até o final e conhece seu dano: a morte ou a invalidez; enquanto que na perda da chance clássica o ofendido jamais saberá qual teria sido o resultado final do evento aleatório que foi interrompido.

Em outros termos, as situações envolvendo essa modalidade de perda da chance ocorrem porque o processo aleatório a que estava submetida a vítima não é cessado por quem poderia fazê-lo. Caso tal processo fosse interrompido, é possível que o dano não surgisse. Eis a principal problemática: a relação causal. Não se sabe se foi a conduta ilícita do profissional que causou o prejuízo ou se foi a própria evolução natural da doença. Sabe-se, todavia, que o réu não interrompeu o processo aleatório, causando uma diminuição nas chances da vítima se curar ou de sobreviver.

Nesse sentido, muito esclarecedor é o que leciona Joaquin Ataz López, citado por Miguel Kfourri Neto (2002, pp. 98-99):

Há casos em que não se busca uma causalidade pura, e sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo quem, com seus atos, casou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de atuar, e, em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável. Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano.

Para melhor elucidar a modalidade aqui estudada, nos valem do exemplo dado por Saul Levmore, citado por Fernando Noronha (2003, p. 677). Trata-se do caso do médico que não solicita tempestivamente um exame de biópsia ao seu paciente, que vem a falecer posteriormente de câncer. Não há dúvida - continua o mencionado jurista – que um tratamento bem sucedido para impedir a evolução da doença restou prejudicado pelo tardio diagnóstico. Todavia, não se pode estabelecer o nexo causal entre a atrasada orientação terapêutica e os posteriores danos sofridos.

Semelhante ao profissional da saúde, o Estado também tem o dever de interromper o processo de evolução da enfermidade através de ações e serviços de saúde de qualidade e em tempo hábil, oferecidos mediante Sistema Único de Saúde. Contudo, ao omitir-se dessa obrigação constitucional, o ente público também poderia ser responsabilizado civilmente pela perda da chance de cura ou prolongamento da vida da vítima?

A saúde é um direito social prestacional que tem aplicabilidade imediata – conforme estatuído pelo §1º do artigo 5º da Constituição. Essa aplicabilidade imediata é uma espécie de mandado de otimização, ou maximização, que estabelece que aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O objeto dos direitos sociais prestacionais é uma conduta positiva do Poder Público, isto é, uma prestação de natureza fática. Mas a sua realização concreta demanda uma igualdade de distribuição e fruição de recursos sociais existentes (CALIENDO, 2009, p. 170).

Segundo Ingo Sarlet (2009, p. 285), todos os direitos fundamentais podem implicar num “custo”. Por outro lado, o Estado dispõe de uma capacidade limitada de recursos, podendo ocasionar em uma restrição na efetivação dos direitos fundamentais – principalmente quando se trata de direitos sociais prestacionais. Em virtude disso, passou-se a falar da “reserva do possível”, que seria uma espécie de limitação ao poder estatal de concretizar direitos fundamentais a prestações – aliás, esse é um dos principais argumentos utilizado pelo Poder Público em demandas que envolvem o direito à saúde.

Todavia, a reserva do possível aplica-se nos casos que não se pode exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito. No caso da lei em estudo, o início do tratamento de neoplasia maligna em período não superior a 60 dias é medida razoável – ainda que em determinados casos, como de leucemias e câncer infantil, esse prazo pode se tornar fatal. Ademais, o tratamento do câncer não pode ficar às custas de quem dele necessita, tendo em vista o seu elevado custo.

A morte ou o surgimento de sequelas – temporárias ou permanentes – é um risco natural dos acometidos por qualquer tipo de moléstia, mesmo quando submetidos a tratamento médico tempestivo e adequado. Entretanto, quando há um agravamento da enfermidade, causando morte ou invalidez do paciente, em decorrência do serviço precário ou da impossibilidade de se alcançar o serviço de saúde, o Poder Público deverá sim responder civilmente por ter suprimido a chance do doente se curar ou de prolongar sua vida. E como será avaliado o *quantum debeat*?

Para quantificar o valor da chance perdida, deverá ser analisado o estado anterior da vítima, como, por exemplo, a predisposição genética, o tipo de dieta, prática de exercícios físicos, o tempo que o doente demorou para buscar ajuda profissional. Com isso, poder-se-á estabelecer uma proporcionalidade entre a ausência ou insuficiência do serviço de saúde e o prejuízo que o paciente sofreu (KFOURI NETO, 2002, p. 102).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs verificar se o Estado poderia ser responsabilizado civilmente pela perda da chance de cura ou sobrevivência dos pacientes com neoplasia maligna pela não observância do prazo legal de 60 dias, previsto na Lei 12.732/2012. Para alcançar uma resposta, realizou-se uma análise sequencial do direito à saúde, responsabilidade do Estado por omissão e dano pela perda da chance, que permitiu constatar que:

(i) A saúde é um direito fundamental, que tem eficácia direta e imediata, conforme estabelece a Constituição. Por ser uma garantia composta de ações e serviços, necessita que o Estado aplique recursos financeiros para sua concretização. O Brasil tem uma carga tributária elevada, mas apesar disso, os direitos sociais esbarram na escassez orçamentária.

(ii) A maioria da população depende do SUS para realizar consultas, tratamentos, cirurgias e adquirir medicamentos. Porém, o Sistema não detém verbas o suficiente para atender a todos, o que resulta em longas esperas e/ou serviços incompletos. Com isso, a chance de se curar ou de melhorar o prognóstico do paciente é reduzida.

(iii) Esse cenário é mais grave quando se trata de enfermidades que necessitam de diagnóstico e tratamento ágil. É o caso das pessoas que tem neoplasia maligna. Felizmente essas pessoas contam atualmente com disposição legal que determina o início do tratamento em no máximo 60 dias após a identificação da doença. Trata-se da Lei 12.732/2012. Porém, as pesquisas demonstram que muitos usuários do SUS não são atendidos nesse período. Isso

frequentemente acarreta na piora da enfermidade, que, frequentemente, tem por consequência a morte.

Feitas essas considerações, foi possível chegar à conclusão que o Estado pode sim, em certos casos, ser responsabilizado pela perda da chance de cura ou sobrevida dos pacientes com câncer, pois ainda que exista divergências quanto a responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado em caso de omissão, percebeu-se que é possível exigir indenização pelos dois regimes - já que o cumprimento do prazo é uma conduta exigível e razoável de se esperar, além de haver previsão específica em lei.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO da Indústria Farmacêutica de Pesquisa. **A saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/42-pesquisa-datafolhainterfarma.pdf>. Acesso em 2 jun. 2015.
- AZMAN, Sérgio. Lei dos 60 dias ainda não saiu do papel. Disponível em: <http://vencercancer.com.br/noticias/lei-dos-60-dias-ainda-nao-saiu-papel/>>. Acesso em 22 jul. 2015.
- BRASIL. PORTARIA Nº 399, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2006. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html> Acesso em 04 ago. 2015.
- BUSS, Paulo Marchiori. Saúde e desigualdade: o caso brasileiro. Sistemas de saúde: continuidades e mudanças. *In*: Paulo Marchiori Buss e Maria Eliana Labra (Orgs.). Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 1995.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Editora Método, 2013.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- CONSELHO nacional de Secretários de Saúde. **SUS: avanços e desafios**. Brasília: CONASS, 2006. Coordenação: Ricardo F. Scotti.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ELY, Lara. Espera por tratamento contra o câncer pelo SUS está acima do previsto em lei. Zero Hora. 18 jul. 2013. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/07/espera-por-tratamento-contr-o-cancer-pelo-sus-esta-acima-do-previsto-em-lei-4204136.html>>. Acesso em 04 ago 2015.
- ESPERA por consultas médicas para cirurgia aumenta em São Paulo. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 4 ago. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1495292-espera-por-consultas-medicas-para-cirurgias-aumenta-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em 31 set. 2014.

FEDERAÇÃO Brasileira de Instituições Filantrópicas de Apoio à Saúde da Mama. **Pesquisa implementação Lei dos 60 dias**. Disponível em: <<http://www.otempocorrecontra.com.br/files/Pesquisa%20Femama%20Lei%20dos%2060%20Dias.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2015.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excessos e omissões. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 6, p. 145-168, jul./dez. 2005.

GONDIM, G. G. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. 177 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2010.

HIGA, Flávio da Costa. Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

INSTITUTO Nacional do Câncer. **INCA e Ministério da Saúde apresentam estimativas de câncer para 2014**. Disponível em:

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site+/home+/noticias/2013/inca_ministerio_saude_apresentam_estimativas_cancer_2014>. Acesso em 05 ago 2015.

HUPFFER, Haide Maria, et al. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 15, p. 109-130, jan./jun. 2012.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Nádia Rejane. **O direito à saúde**: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2012.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. **Traité Théorique e pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. *In*: Juarez Freitas (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. Vol.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO Pan-Americana de Saúde. “Derrube os mitos” é o tema do Dia Mundial do Câncer 2014. Disponível em:

<http://www.paho.org/bireme/index.php?option=com_content&view=article&id=226%3Aderube-os-mitos-e-o-tema-do-dia-mundial-do-cancer-2014&lang=pt>. Acesso em 22 jul 2015.

RISI JUNIOR, João Baptista; NOGUEIRA, Roberto Passos. As condições de saúde no Brasil. *In*: Caminhos da saúde no Brasil, Editora Fiocruz, Finkelman, Jacob (Org.), 2002.

ROSÁRIO, G. C. M. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda da chance. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCHWARTZ, G. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEFANI, Stephen Doral. Compreendendo o câncer. *In*: Cancerologia para leigo. Porto Alegre: Editora Conceito, 2001.

SILVA, R. P. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

WORLD Health Organization. **The top 10 causes of death**. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs310/en/>>. Acesso em 15 jul. 2015.