Órgão	8ª Turma Cível
Processo N.	APELAÇÃO CÍVEL 0701505-90.2022.8.07.0018
APELANTE(S)	EDINILSON SOARES DOS SANTOS e DISTRITO FEDERAL
APELADO(S)	DISTRITO FEDERAL e EDINILSON SOARES DOS SANTOS
Relator	Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO
Acórdão Nº	1776892

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. OMISSÃO GENÉRICA. SUBJETIVA. PERDA DE UMA CHANCE. *STANDARDS PROBATÓRIOS. COMMOM LAW. RES IPSA LOQUITUR.* GRAVIDADE DO ACIDENTE OCULAR. VISÃO. PERDA. PROGNÓSTICO DESFAVORÁVEL. CHANCE CONCRETA E REAL DE MELHORA. INEXISTÊNCIA. PERDA DA CHANCE. NÃO RECONHECIMENTO.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão genérica é subjetiva e exige a comprovação do dano, o nexo de causalidade entre este e a negligência, imperícia ou imprudência do Poder Público.

2. A teoria conhecida como perda de uma chance tem origem francesa e foi instituída para casos em que a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta (ação/omissão) e o dano final é de difícil ou de impossível demonstração, não sendo a única doutrina jurídica que procurou amenizar o rigor do sistema clássico do Direito Civil, conhecido como “tudo ou nada”, em que ou se prova o nexo causal ou não há hipótese de se atribuir o dever de indenizar. A teoria da perda de uma chance é uma via de mitigação da rigidez do conceito de prova diabólica e de outros *standards* estabelecidos nos sistemas jurídicos em geral.

3. O sistema do *Common Law* também instituiu doutrina com o objetivo de mitigar, em favor das vítimas, os efeitos do óbice imposto pela proibição da prova diabólica. Essa doutrina é conhecida pelo brocardo latino *Res ipsa loquitur* (A coisa fala por si),que não se confunde com o conteúdo de outro brocardo latino, *In re ipsa*, igualmente utilizado no âmbito da responsabilidade civil.

4. A doutrina da *Res ipsa loquitur* contém critérios de imputação objetiva pessoal de responsabilidade civil (Quis), ao passo que o critério *In re ipsa* é uma forma de objetivação e atribuição do prejuízo a ser reparado (Quid).

5.A doutrina da *Res ipsa loquitur* é aplicada para situações de difícil ou de impossível demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o evidente resultado (não se trata de perda de uma chance). Nesses casos, o dano final é tão evidente que dispensa a prova do nexo de causalidade, “ouvindo-se” apenas a sua aparência. Por isso, a coisa fala por si, e fala contra quem tinha domínio do fato, desde que preenchidos alguns requisitos. Essa doutrina, assim como a perda de uma chance, também encontra resistência para aplicação em processos de responsabilidade médico-hospitalar.

6. A teoria da perda de uma chance impõe que a oportunidade perdida não seja meramente teórica, idealista, nem ínfima. Não se confundem, juridicamente, chance e esperança imaginária de um sonho inatingível; a primeira é objetiva, a segunda é íntima. Não se confundem, juridicamente, chance e milagre. Chance decorre da análise racional dos fatos, da realidade fundamental, incluindo a realidade da natureza humana, na expressão de Richard Dawkins, e do seu confronto com a ciência; milagre é a crença, um otimismo religioso de que haverá intervenção divina para a superação de um mal; decorre da fé de cada um.

6. A conclusão pericial, reforçada pelos demais elementos probatórios, indica elevada gravidade do acidente ocular sofrido pelo autor, ausência de prognóstico de preservação da visão do seu olho direito ou de melhora do quadro clínico, ainda que a cirurgia indicada pelo médico assistente fosse realizada imediatamente; não havia chance concreta, real e com alta probabilidade de gerar uma melhora ou evitar uma piora ao autor. Afasta-se, por conseguinte, o nexo causal entre a conduta médica e o dano final (cegueira).

7. Ausente qualquer indicação de erro médico, de ato ilícito praticado com dolo, imprudência, negligência ou imperícia por parte do réu, que tenha contribuído de forma determinante para os danos relatados ou que tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura, não há que se falar em dever de indenizar.

8. Recurso do réu conhecido e provido. Recurso do autor prejudicado.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, DIAULAS COSTA RIBEIRO - Relator, ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - 1º Vogal e JOSE FIRMO REIS SOUB - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: Recurso do réu conhecido e provido. Recurso do autor prejudicado. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 31 de Outubro de 2023

Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO
Relator

RELATÓRIO

1. Ato impugnado (ID nº 49255287): sentença da 3ª Vara da Fazenda Pública do DF que, em ação reparatória proposta por Edinilson Soares dos Santos em desfavor do Distrito Federal, julgou:

> **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos delineados na inicial, e **CONDENO o Distrito Federal ao pagamento de R$50.000,00 (cinquenta mil reais) à parte autora, a título de compensação pelos danos morais** causados a ela.
> Deverá incidir a correção monetária pela SELIC (artigo 3º da Emenda Constitucional n. 113/2021) a partir da data do arbitramento do dano moral, qual seja, nesta data, e juros moratórios pelos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança, consoante o artigo 1º- F da Lei n. 9.494/1997, contados da data do evento danoso, qual seja, a data da indicação do procedimento, que ocorreu no dia 4 de maio de 2021, conforme laudo médico emitido pelo Hospital de Base do DF (ID 116025751), nos termos do enunciado sumular n. 54 do c. STJ. Essa atualização incidirá até 8/12/2021.
> A partir de 9/12/2021, deve ser utilizada a SELIC (que engloba correção e juros de mora), por força do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 113/2021. Deverá a parte credora trazer a planilha de cálculos atualizada nos autos do cumprimento de sentença, nos termos acima determinados."

2. Sucumbência: recíproca, mas não equivalente: (a) ante o princípio da causalidade, o réu foi condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do advogado do autor, fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido (CPC, art. 85, § 3º); (b) autor foi condenado ao pagamento de honorários do advogado do réu, fixados em 10% sobre R$ 14.544,00, correspondente a doze meses da pensão pleiteada e indeferida.

3. Autor/apelante: Edinilson Soares dos Santos.

4. Réu/apelante: Distrito Federal.

5. Ação proposta: reparatória. *Causa de pedir:* autor afirmou que, em 19/4/2021, sofreu um acidente ocular, sendo atendido, na sequência, no Hospital de Base do Distrito Federal. Sustentou que não foi realizada a cirurgia de vitrectomia, que era necessária e urgente, fato que lhe causou cegueira. Concluiu que a omissão estatal retirou sua chance de reversão do quadro, e, por isso, pediu indenização no valor de R$ 150.000,00 e pensão equivalente a 1 (um) salário mínimo mensal. *Data do ajuizamento*: 17/2/2022. *Valor da causa*: R$ 164.544,00.

6. Razões de apelação do Distrito Federal (ID nº 49255291): (a) o autor recebeu tratamento médico adequado e indicado ao seu caso, que era grave; (b) a perda da visão ocorreu por consequência da lesão sofrida pelo paciente e não por sua ação ou omissão; (c) não há nexo de causalidade entre os danos relatados e qualquer conduta ou omissão do Estado, que possui responsabilidade subjetiva; (d) a condenação pela perda de uma chance exige possibilidade real e concreta de reversão do quadro, inexistente neste caso; (e) o valor indenizatório é alto e desproporcional.

7. Pedido recursal: provimento do recurso, reforma da sentença e, por conseguinte, a improcedência dos pedidos iniciais. Subsidiariamente, pede a redução da indenização por danos morais.

8. Preparo dispensado.

9. Contrarrazões (ID nº 49255294).

10. Razões do recurso adesivo do autor (ID º 49255295): houve redução da sua capacidade laboral em razão da cegueira, e, por isso, é cabível a condenação do Distrito Federal ao pagamento de pensão mensal, no

valor de um salário mínimo (CC, art. 950).

11. Pedido recursal: (a) manutenção dos benefícios da gratuidade de justiça; (b) condenação do Distrito Federal ao pagamento de pensão vitalícia.

12. Preparo dispensado (autor é beneficiário da gratuidade de justiça).

13. Contrarrazões (ID nº 49255301).

14. Cumpre decidir.

VOTOS

O Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO - Relator

15. **Mantenho os benefícios da gratuidade de justiça** já concedidos ao autor, pois inexistem quaisquer elementos que indiquem alteração na sua condição financeira.

16. Conheço e recebo os recursos no **duplo efeito** (CPC, arts. 1.012 e 1.013). Não há remessa necessária (CPC, art. 496, § 3º).

17. Ante a prejudicialidade, passa-se, inicialmente, à análise das razões recursais do Distrito Federal.

18. O art. 37, §6º da Constituição Federal define a regra geral da responsabilidade civil do Estado – objetiva -, fundada na teoria do risco administrativo, segundo a qual a Administração Pública deve indenizar os danos causados por seus agentes, desde que comprovados a lesão e o nexo de causalidade entre esta e o ato praticado, dispensando-se a prova da existência de culpa.

19. Essa regra, contudo, é excepcionada quando o dano decorrer de omissão do Estado, situação em que a responsabilidade é subjetiva, impondo ao administrado, além da prova do dano e da existência do nexo de causalidade, a comprovação da culpa, conforme ensina Sergio Cavalieri Filho:

> "[...] A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa (comissiva ou por omissão específica) e o dano. Resta, todavia, espaço para a responsabilidade subjetiva (por omissão genérica) nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da natureza –, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente. [...]." [Programa de Responsabilidade Civil.10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287] [grifo na transcrição].

20. A responsabilidade por omissão requer a prova de negligência, imprudência ou imperícia por parte dos agentes do Estado, que tenha dado causa ou contribuído para a alegada cegueira do autor, Edinilson Soares dos Santos.

21. O autor afirmou, na inicial, que sofreu acidente em seu olho direito em 19/4/2021 e, na sequência, procurou atendimento médico no Hospital de Base do Distrito Federal, onde se constatou risco concreto de cegueira permanente e a necessidade de intervenção cirúrgica (vitrectomia), não providenciada pelo ente estatal.

22. Em 28/5/2021, impetrou mandado de segurança (autos nº 0717175-62.2021.8.07.0000, com pedido liminar (indeferido em 3/6/2021) para que o réu/apelante indicasse hospital e médico, em sua rede contratada ou não, para realizar o tratamento cirúrgico. Após pleito de reconsideração, o pedido foi deferido em **18/6/2021 e confirmado no acórdão** (ID nº 26500776 e ID nº 31325958 daqueles autos).

23. O Distrito Federal, em contestação, alegou que, em junho de 2021, uma clínica particular contratada identificou que o procedimento cirúrgico não era indicado (ID nº 49255105, pág. 2). Salientou que, em traumas como o do autor, é necessária uma primeira abordagem para sutura córnea (o que foi feito) e depois uma outra abordagem do segmento posterior do olho, o que, devido à gravidade do trauma, com lesões extensas, levou à contra indicação da abordagem cirúrgica.

24. Em réplica, o autor informou que apenas em junho de 2021 foi avaliado por cirurgião do Distrito Federal, que disse não ser possível a realização do procedimento. Salientou que a cirurgia era pertinente, cerca de 3 meses antes, à época do primeiro pedido médico, não atendido pelo Distrito Federal. Alegou que a

demora em providenciar a intervenção cirúrgica teria retirado a sua chance de obter cura ou alívio do problema.

25. A teoria conhecida como perda de uma chance tem origem no direito anglo-saxônico e, também, no direito francês, surgindo no final do século XIX e início do século XX. Está expressamente prevista, por exemplo, no art. 163 do Código Europeu dos Contratos, aqui citado a título ilustrativo:

> " Art. 163 - Daño patrimonial resarcible 1. El daño patrimonial resarcible comprende: a) tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse – con certeza razonable – ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora. 2. El daño patrimonial indirecto, sufrido por cualquier titular de un derecho de crédito contra la víctima del daño, sólo es reparable en caso de fallecimiento o de lesiones graves de éste último."

26. A teoria da perda de uma chance foi instituída para casos em que o nexo de causalidade entre a conduta (ação/omissão) e o resultado final é incerto, de difícil ou de impossível demonstração, não sendo a única noção jurídica que procura amenizar o rigor do sistema tradicional, inclusive do Código Civil brasileiro, conhecido como "tudo ou nada", ou seja, ou se prova o nexo de causalidade ou não há hipótese de imputação do dever de indenizar.

27. O sistema do *Common Law* também instituiu uma doutrina com o mesmo objetivo, conhecida pelo brocardo latino *Res ipsa loquitur* (que não se confunde com *in re ipsa*, conceituação também usada na fundamentação do dano extracontratual).

28. *"Se puede afirmar que el res ipsa loquiturse sitúa dentro del método de análisis de la Responsabilidad Civil al nivel de los criterios de imputación y no en el plano del daño. A diferencia de lo que ocurre con el daño in re ipsa que se sitúa a nivel del perjuicio.*" (Eduardo Buendía de los Santos. Jus et Veritas. 21 dez. 2016. Disponível em: https://ius360.com. Acesso em: 25 fev. 2020).

29. *Res ipsa loquitur* significa "A coisa fala por si". Essa doutrina é aplicada para situações de difícil ou impossível demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado final (não se trata de perda de uma chance). Nesses casos, o dano final é tão evidente que dispensa a prova do nexo de causalidade, "ouvindo-se" apenas a sua aparência. Por isso, a coisa fala por si, e fala contra quem tinha domínio do fato, desde que preenchidos alguns requisitos:

a) O dano não pode ocorrer sem que haja negligência de alguém. Isso significa que, com base nas regras da experiência e no senso comum, ou com base na opinião de especialistas, pode-se concluir que o fato ocorreu por culpa de alguém e não por fatores outros;

b) Outras causas, além da possível negligência do réu, devem ter sido eliminadas pelas provas apresentadas no processo. Este requisito impõe ao autor que exclua outras possíveis causas que poderiam provocar o fato danoso, evidenciando que só a negligência do réu poderia produzi-lo;

c) O réu deve ter o domínio exclusivo do fato, com a probabilidade apenas remota de que o resultado tenha sido causado por outra pessoa. A negligência do réu é plenamente dedutível;

d) O autor da ação indenizatória não pode, em nenhuma hipótese, ter concorrido para evento danoso;

e) O réu deve possuir hiperssuficiência probatória para que, na inversão do ônus da prova, seja atribuído a ele esse ônus ante a ausência de provas à disposição da vítima.

30. A maioria da doutrina dos países onde foi aceita a teoria da perda de uma chance, na França, inclusive, onde foi criada, tem objeção a sua aplicação aos casos de responsabilidade médico-hospitalar. Mesmo com essas objeções, ela tem sido admitida excepcionalmente, inclusive no Brasil, por decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1254141/PR):

> "CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1.
> [...]
> 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes.

4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal.
[...]
6. **Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.**
[...]
(REsp 1662338/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018)" [grifo na transcrição]

31. Como não há nexo causal entre a conduta médica e o dano final, a cegueira do paciente, a aplicação dessa teoria repercute no valor da indenização, **desde que demonstradas as possibilidades concretas e reais da chance perdida.**

32. Annick Dorsner-Dolivet leciona:

«La perte de chance, facteur d'effacement de la existence causale. L'utilisation par les juridictions civiles de la notion de perte de chance permet de faciliter la preuve de la causa-lité. En dehors des hypothèses où la perte de chance constitue une véritable méthode de quantification du dommage, les juridictions judiciaires emploient cette notion dans des cas où, une faute étant retenue, il n'est pas certain mais seulement probable que si elle n'avait pas existé, le dommage ne se serait pas produit. La réalisation de la faute, en l'absence de certitude absolue de son caractère causal par rapport à la survenance du dommage final, peut toujours être analysée comme la création d'un risque de production de ce dommage. Lorsque le risque créé se réalise, à défaut de pouvoir établir avec certitude la causalité entre la faute initiale et le dommage final, les tribunaux retiennent celle qui existe entre celle-ci et les chances de survie ou de guérison qui ont été perdues. Néanmoins, si cette pratique judiciaire permet de dispenser la victime de la preuve de la causalité entre la faute du médecin et le préjudice, elle ne lui permet pas de s'exempter de la preuve d'un lien causal entre la faute et la chance perdue. Toute faute ne fait pas, perdre nécessairement au malade une chance de survie ou de guéri-son. Tout dommage médical en effet est la résultante de l'action conjuguée d'une multitude de facteurs: prédispositions, circonstan-ces naturelles ou créées, fautives ou non. La faute médicale qui figure parmi ces facteurs ne peut se voir attribuer le caractère causai que si, en son absence, le dommage final ne se serait pas produit. Au contraire, à partir du moment où le dommage peut avoir une autre cause que la faute constatée, celle-ci ne peut en être la condition sine qua non.»
Tradução livre:
"Perda de uma chance: um fator de superação do nexo causal– O uso pelos tribunais do conceito de perda de uma chance facilita a prova da causalidade. Além das hipóteses em que a perda de uma chance constitui um verdadeiro método de quantificação do dano, os tribunais usam esse conceito nos casos em que, estando reconhecida a falha, não é certo, mas apenas provável, que se ela não existisse o dano não teria ocorrido. **A realização da falha, na ausência de certeza absoluta do seu caráter causal em relação à ocorrência do dano final, sempre pode ser analisada como a criação de um risco de produção desse dano. Quando ocorre o resultado, e não sendo possível estabelecer, com certeza, a causalidade entre a conduta inicial e o dano final, os tribunais mantêm o que existe entre o dano final e as chances de sobrevivência ou de recuperação que foram perdidas**. No entanto, **se essa prática judicial permite isentar a vítima da prova da causalidade entre a falha do médico e o dano, não lhe isentará da prova do nexo de causalidade entre a falha e a chance perdida. Nem toda falha gera, necessariamente, a perda de uma chance de sobrevivência ou de recuperação do paciente**. Qualquer dano médico é, de fato, o resultado da ação combinada de diversos fatores: predisposições, circunstâncias naturais ou criadas, defeituosas ou não. **À negligência médica, que é um desses fatores, só poderia ser atribuída a causalidade se, na sua ausência, o dano final não tivesse ocorrido**. **Pelo contrário, a partir do momento em que o dano pode ter uma causa alheia à falha encontrada, ela não pode ser a condição *sine qua non* da ocorrência do dano**." (Annick Dorsner-Dolivet. La responsabilité du médecin. Paris: Economica, 2006, p. 177-178)." [grifo na transcrição]

33. Michael Davies também aborda o tema no sistema britânico:

"Loss of a chance of a better medical result. The significance of the issue as a matter of proof of medical negligence was recognised in succinct terms by Walter Scott ('Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the "Lost Opportunity" Cases' (1992) 55 MLR 521). Advances in modern medicine increasingly provide patients with opportun-ities of cure which would hitherto have been impossible. If a patient can show that the doctor's negligence caused him to lose that opportunity, the question arises of how to quantify the damage in a way that is just for both parties. A court dealing with an allegation that a doctor's negligence has lost the patient the chance of a full recovery from an injury caused by some other incident may choose a proportionate or absolute assessment. The latter can be seen in Kenyon v Bell (1953) SC 125. The case is also useful as an introduction to the type of situation where the loss of a chance becomes an active issue for the court's consideration."

Tradução livre: “Perda da chance de um resultado médico melhor. O significado dessa teoria como prova de negligência médica foi reconhecido em termos sucintos por Walter Scott (“Causação na Prática Médico-Legal: uma abordagem médica de casos de perda de uma oportunidade” (1992) 55 MLR 521). Os avanços na medicina moderna oferecem aos pacientes, cada vez mais, oportunidades de cura que até então eram impossíveis. Se um paciente puder demonstrar que a negligência do médico fez com que ele perdesse essa oportunidade, surge a questão de como quantificar o dano de uma maneira que seja justa para ambas as partes. Um tribunal que analisar a alegação de que a negligência de um médico retirou do paciente a chance de uma recuperação completa de uma lesão causada por algum outro incidente, pode optar por uma avaliação proporcional ou absoluta. A última situação pode ser vista em Kenyon v Bell (1953) SC 125. Esse caso também é útil para demonstrar o tipo de problema que a perda de uma chance gera para a decisão dos juízes.” (Michael Davies. Medical Law. 2 ed. London: Blackstone, 1998, p.103-104).”

34. Na mesma linha, confira-se: Philippe Brun. Responsabilité civile extracontractuelle. 5 ed. Paris: LexisNexis, 2018. François Vialla. Les grandes décisions du Droit Médical. Paris: LGDJ, 2009. Rute Teixeira Pedro. A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Durval Ferreira.Dano da perda de chance: responsabilidade civil. Pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem. Porto: VidaEconómica, 2016.

35. Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho ensina:

“Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá certeza de que o evento ser realizará. **Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento**. **Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade.** Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade (Henri Lalou, apud Sanseverino, ob.cit. p.67). Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável.” (Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109).

36. Especificamente sobre a sua aplicação em casos de alegado erro médico o mesmo autor destaca:

“[...] Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance de cura, e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência”.

37. Na mesma linha este Tribunal já decidiu: Acórdão 1204661, 07051341420188070018, Relator: Carmelita Brasil, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 25/9/2019, publicado no DJE: 15/10/2019.

38. Há precedente desta 8ª Turma Cível: Acórdão 1252362, 00025005020128070001, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 3/6/2020, publicado no DJE: 8/6/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)”

39. O prontuário médico do autor não foi juntado aos autos, mas os demais elementos probatórios, inclusive os elementos probatórios dos autos nº 0717175-62.2021.8.07.0000 (mandado de segurança), na condição de prova emprestada (CPC, art. 397), são suficientes para se formar a convicção sobre o feito.

40. O autor, Edinilson Soares dos Santos, após sofrer o acidente ocular, procurou o Hospital de Base do Distrito Federal. No dia 18/4/2021, foi realizada sutura da laceração e foram solicitadas ecografia ocular e mapeamento de retina (ID nº 49255105, pág. 1).

41. Em 4/5/2021, em consulta de retorno, já com o resultado dos exames, identificou-se reação inflamatória vítrea, espessamento de retínea e coróide, sugestivo e descolamento de rotina (ID nº 49255105). Os atestados médicos comprovam tais atendimentos (ID nº 49255088).

42. Por consequência, o autor foi classificado com a cor “vermelha” (emergência) e foi encaminhado ao CBV para cirurgia de rotina, mediante contrato (ID nº 49255105, pág 1 e ID nº 49255091, pág. 10).

43. O “laudo médico para tratamento através de contrato”, datado de 4/5/2021, relata que o paciente teve baixa de acuidade severa no olho direito e que estava em processo vítreo hemorrágico, possuindo quadro sugestivo de descolamento retina (ID nº 26017449, autos nº 0717175-62.2021.8.07.0000).

44. Em novo relatório médico, datado de 10/6/2021, a médica oftalmologista destacou que não era possível a realização da cirurgia no IHB por falta de equipamento/material necessário, mas que o prognóstico

do paciente era "*muito baixo por se tratar de um caso de trauma grave com comprometimento de várias estruturas importantes do olho*" (ID nº 26376098, autos nº 0717175-62.2021.8.07.0000).

45. Em 23/6/2021, após o deferimento de liminar nos autos do mandado de segurança (em 18/6/2021, ID nº 26500776 daqueles autos), o Distrito Federal informou que o paciente recebeu autorização para a realização da cirurgia indicada (ID nº 26837168 daqueles autos).

46. Em 29/6/2021, há o registro de que o paciente retornou ao Hospital de Base informando que não houve indicação da cirurgia após avaliação da retina no CBV (ID nº 49255105).

47. Embora o autor afirme que à época do primeiro pedido, em 4/5/2021, a cirurgia tinha chances de reverter o seu quadro clínico, nota-se que o relatório datado do mesmo dia já indicava diagnóstico desfavorável; inclusive, o relatório de 10/6/21 destacou o baixo prognóstico de cura ou de reversão da mazela, ante a gravidade do trauma sofrido pelo paciente.

48. O perito judicial analisou o caso e apresentou as seguintes respostas (ID nº 49255270):

> 14. Se havia indicação cirúrgica, qual seria o objetivo da cirurgia?
> Colar a retina, reorganizar os demais tecidos intraoculares, tais como vítreo, cristalino, íris e córnea. Ainda: fechar o arcabouço do globo ocular, restaurar as câmaras anterior e posterior. Há que se enfatizar, que **todas essas são medidas heroicas, de extrema complexidade e que apesar disso têm um prognóstico visual difícil, senão inviável**. Essas conjecturas não invalidam a obrigatoriedade da intervenção, em função da eventual perda da chance de algum sucesso.
> [...]
> 15. A **cirurgia, caso houvesse sido realizada, em tese, poderia ter evitado a cegueira?**
> **Este Perito não crê em outro resultado que não fosse a cegueira, em virtude das circunstâncias do acidente.** Entretanto, perdeu-se a oportunidade de uma tentativa.
> [...]
>
> 17. Em 4 de maio de 2021, a cirurgia ainda era indicada? Caso houvesse sido realizada, existia a possibilidade de sucesso?
> **Era indicada sim, para prevenir a manutenção de um olho estável, porém, segundo nossa interpretação, sem sucesso quanto à recuperação da visão**.
> [...]
> 20. A médica indicou os riscos de perda de acuidade visual, caso a cirurgia não fosse realizada?
> A perícia não pode afirmar. Porém, **neste caso não havia mais nada a perder, independentemente da realização de cirurgia, a visão já estava perdida**.
> 20.1 O risco era real?
> **Não havia mais riscos. A cegueira já era real.**
> [...]
> 27. A omissão e demora do Estado permitiram ou contribuíram para o agravamento do quadro?
> Relegando o fato de ter havido ou não omissão, **entende este Perito que, pelas circunstâncias do acidente, não havia como evitar a cegueira do OD do Autor**. O que houve foi à perda da chance de tentar reverter o quadro, que era muito grave, entretanto.
> [...]
> 29. **Quais eram as chances de cura** caso o atendimento tivesse sido realizado de pronto com o encaminhamento do paciente para um nosocômio com melhores condições técnicas**?**
> **O Perito entende que nenhuma**, apesar da perda de uma chance." [grifos na transcrição]

Em respostas complementares, o perito finalizou (ID nº 49255278):

> "Item 11) Devido à gravidade do trauma, é **possível afirmar que o autor tinha possibilidade de preservar sua visão**, a ponto de não comprometer a sua qualidade de vida?
> **Não. Nem em 19/04/2021, nem posteriormente, com os rumos que o caso tomou**." [grifo na transcrição]

49. A conclusão do perito, aliada às demais provas, indicam a gravidade do acidente sofrido pelo autor, a ausência de prognóstico de preservação da visão do seu olho direito ou de melhora do quadro clínico, ainda que a cirurgia indicada fosse realizada imediatamente; não havia chance concreta, real e com alta probabilidade de gerar uma melhora ou evitar uma piora. Afasta-se, por conseguinte, o nexo causal entre a conduta médica e o dano final (cegueira).

50. A chance perdida não pode ser meramente teórica, idealista nem irrisória. Não se confundem, juridicamente, chance e esperança imaginária de um sonho inatingível; a primeira é objetiva, a segunda é íntima. Não se confundem, juridicamente, chance e milagre. Chance decorre da análise racional dos fatos, "da

realidade fundamental, incluindo a realidade da natureza humana", na expressão de Richard Dawkins, e do seu confronto com a ciência; milagre é a crença, um otimismo religioso de que haverá intervenção divina para a superação de um mal; decorre da fé de cada um. Íntimo "*É um substantivo abstrato derivado do termo latino interior, cujo superlativo é intimus. O íntimo é o mais interior que uma pessoa tem ou possui. A intimidade tem sido colocada tradicionalmente em relação com as crenças religiosas e a atividade moral da pessoa. O tribunal da consciência é íntimo, porque ninguém, exceto Deus, pode nele penetrar*." (Diego Gracia. Prólogo. Carmen Sánchez Carazo. A intimidad y el secreto médico. Madrid: Dias de Santos, 2000, p. XI-XVI).

51. Não há qualquer elemento racional que permita a conclusão de que havia chance de salvar a visão do olho direito do autor e que houve sua perda por qualquer omissão atribuída ao Distrito Federal.

52. Ausente qualquer indicação de erro médico, de ato ilícito praticado com dolo, imprudência, negligência ou imperícia por parte do réu, que tenha contribuído de forma determinante para os danos relatados ou que tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura, não há que se falar em dever de indenizar.

53. A apelação do Distrito Federal deve ser provida e os pleitos iniciais, inclusive, o de pensão mensal (CC, art. 950), devem ser julgados improcedentes. Por consequência, julgo prejudicado o recurso do autor.

54. Informações complementares: ação proposta em 17/2/2022. Valor da causa: R$ 164.544,00 (ID nº 49255081, pág. 15). Sentença proferida em 23/3/2023. Réu condenado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, § 2º) e autor condenado ao pagamento ao pagamento de honorários ao representante do réu, fixados em 10% sobre R$ 14.544,00, correspondente a dozes meses da pensão pleiteada. Sentença reformada. Inversão da sucumbência. O autor é beneficiário da gratuidade de justiça (ID nº 49255099).

Dispositivo

55. Conheço e **dou provimento** ao recurso do Distrito Federal para reformar a sentença e **julgo improcedentes os pedidos iniciais**.

56. Julgo prejudicado o recurso do autor.

57**. Inverto a sucumbência** e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que, ante a ausência de condenação, **fixo em 10% sobre o valor corrigido da causa (CPC, art. 85, §§ 2º e 4º, III)**, observando-se a gratuidade de Justiça concedida na origem.

58. Diante do êxito do recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios (STJ, AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Corte Especial, DJe 07/03/2019).

59. Para interposição de recursos constitucionais (especial e extraordinário), consideram-se pré-questionados todos os elementos suscitados como matéria infraconstitucional e constitucional, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, sendo suficiente que o tema objeto da discussão tenha sido decidido (EDcl no RMS n. 18.205/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/4/2006, DJ de 8/5/2006, p. 240).

60. O Superior Tribunal de Justiça admite o prequestionamento implícito dos dispositivos tidos por violados, desde que as teses debatidas no recurso especial sejam objeto de discussão pelo Tribunal de origem (AgInt no AREsp n. 1.481.548/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022).

61. Previno as partes de que a interposição de embargos de declaração contra este acórdão, se declarados manifestamente inadmissíveis, protelatórios ou improcedentes, acarretará condenação à penalidade fixada noart. 1.026, § 2º do CPC.

É o voto.

O Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - 1º Vogal

Acompanho o e. Relator, tendo em vista a peculiaridade do caso concreto.

O Senhor Desembargador JOSE FIRMO REIS SOUB - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

Recurso do réu conhecido e provido. Recurso do autor prejudicado. Unânime