



(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA

Bruna D'Jovanna Fischborn¹; Betina Heike Krause Saraiva²

RESUMO

A teoria da perda de uma chance, embora sem previsão legal expressa, tem ganhado destaque na doutrina e jurisprudência, especialmente na responsabilidade civil médica. Fundamentada, de forma indireta, nos artigos 186³, 927⁴, 948⁵ e 949⁶ do Código Civil, propõe reparação por oportunidades plausíveis frustradas, como a chance de cura ou sobrevivência. Relaciona-se a direitos fundamentais, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, ao tratar da perda de possibilidade real de tratamento. O principal desafio é provar o nexo causal entre a conduta médica e a perda da chance, pois se trata de uma expectativa, não de um dano concreto. Isso exige análise cuidadosa dos fatos e critérios jurídicos. A pesquisa busca compreender os fundamentos, implicações éticas e parâmetros judiciais sobre o tema.

INTRODUÇÃO

6.1 A responsabilidade civil e o erro médico

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. Com esta frase, José de Aguiar Dias (Dias, 1994, *apud* Gagliano; Pamplona Filho, 2019, pp. 44-45) nos mostra a verdadeira essência do que seja a

¹ Acadêmica das Faculdades Integradas de Taquara - FACCAT. brunafischborn@sou.faccat.br

² Professora Orientadora das Faculdades Integradas de Taquara – FACCAT - betinasaraiva@faccat.br

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;

⁴ Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

⁶ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (Brasil, 2002).



responsabilidade civil. De fato, toda conduta humana, seja uma ação ou omissão, implica para seu autor, a responsabilidade pelas consequências de suas ações.

A Constituição Federal versa sobre a responsabilidade civil no contexto dos direitos e garantias individuais, especialmente no artigo 5º, incisos V e X, evidenciando sua relevância nas relações sociais modernas e na consequente resolução de conflitos.

Observe-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (Brasil, 1988).

No âmbito do Código Civil, especialmente no que tange ao direito obrigacional, há importantes considerações acerca da responsabilidade civil, que nada mais é do que a obrigação de reparar o dano causado, sendo, via de regra, desfavorável ao agente que praticou um ato que teve como consequência um prejuízo a uma terceira pessoa.

O Artigo 186, do Código Civil, esclarece que ato ilícito não é apenas o abalo econômico, mas, ainda, o abalo emocional, ainda que independente um do outro, e uma vez constatada a prática ilícita que constitui fonte de obrigação, surge para o autor do fato a obrigação de reparar o dano, conforme previsto no artigo 927 do Código Civil.

Ainda, os artigos 944 a 954, do Código Civil Brasileiro, disciplinam e regulamentam a indenização decorrente da responsabilidade civil no ordenamento jurídico.



Como é sabido, a responsabilidade civil resulta de um ato humano, seja por ação ou omissão e, sempre, dependerá da relevância da ação ou omissão praticada, levando em consideração o agente bem como o contexto no qual se insere a conduta.

Considerando a complexidade das relações jurídicas, a responsabilidade civil pode apresentar variações, exigindo a análise cuidadosa do caso concreto, com todas as suas particularidades e circunstâncias, para a correta verificação da existência ou não do dever de indenizar. Para caracterização do dever de indenizar, deverão ser demonstrados a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano.

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 69), versam que a culpa (em sentido lato, abrangente de dolo) não é, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Não sendo portanto, um elemento essencial, mas sim accidental, uma vez que no entendimento dos referidos autores, os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

Ainda, entendem que a ação (ou omissão) humana é pressuposto necessário para configurar a responsabilidade civil. Em outras palavras, é a conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que resulta no dano ou prejuízo. E, se no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo.

Portanto, mesmo se tratando da responsabilidade civil de uma pessoa jurídica, sempre haverá, na atividade que gerou uma responsabilização, uma conduta humana ensejadora do dano.

Ademais, é indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil. Sérgio Cavalheri Filho (Filho, 2000 *apud* Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 82), salienta a inafastabilidade do dano nos seguintes termos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o



dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento — risco profissional, risco proveito, risco criado etc. —, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano, uma vez que toda forma de dano, ainda que derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio - moral ou material - do meu semelhante repercute, também, na minha esfera pessoal (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 83)

Após considerar brevemente os primeiros elementos da responsabilidade civil, passa-se ao último e mais delicado deles: o nexos de causalidade.

Assim como no Direito Penal, a investigação deste nexos que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica. Sendo o nexos, o elo que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.

Para que resulte a responsabilidade do sujeito, necessário se faz, que sua conduta tenha sido a causa do dano sofrido pelo outro. Segundo Alvim, “à ideia de dano ressarcível, quando haja possibilidade de estabelecer uma relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano, que daí se originou” (Alvim, 1972, p. 340, apud Requião, 2011, p. 2).

Mas, então “de quem é a responsabilidade?” compreendê-la e tentar respondê-la é um desafio ao jurista, dentro da imensa gama de relações abrangidas pelo tema.

Nos termos do artigo 14 §4º do CDC:

Art. 14, § 4º, CC. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (Brasil, 2002).

Nesse contexto, impõe-se a análise da responsabilidade subjetiva - é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos- aplicada aos casos de erro médico, ao passo que a culpa do médico será analisada, portanto, após o evento danoso (Bruno; Santos, 2023, p. 4).

Assim:

[...] na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status



quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), ou seja, a responsabilidade civil tem como significado a obrigação de alguém assumir os riscos ou consequências jurídicas de sua atividade (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, pp. 47-48).

Ainda, conceituam a responsabilidade como sendo:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 46).

Como é sabido, a obrigação assumida pelo médico é, via de regra, de meio e não de resultado. Nesse sentido, não se poderia exigir do profissional a garantia de um desfecho específico, como a cura do paciente. O que se exige e se espera nesse cenário, é que o profissional atue com diligência e prudência, respeitando os parâmetros definidos pelos órgãos que regulam a profissão.

Ainda que pese o nobre intuito da profissão, sabe-se que a Medicina não é uma ciência exata, e por esta razão, não proporciona “fórmulas” que, se seguidas, indubitavelmente a um determinado resultado.

Mesmo com as inúmeras recomendações e protocolos existentes a serem seguidos pelo profissional, é certo que cada paciente poderá reagir de forma distinta ao mesmo tratamento. Além disso, há casos em que mais de uma conduta terapêutica é possível para o mesmo quadro clínico.

Nesse contexto, uma das principais críticas à aferição da culpa médica com base apenas no resultado danoso ao paciente reside justamente na insegurança que tal entendimento poderia gerar ao profissional. Isso porque, sob essa ótica, o médico poderia ser responsabilizado pela simples escolha de um tratamento em detrimento de outro, o que inviabilizaria o exercício seguro da medicina. Afinal, a tomada de decisões terapêuticas é inerente à própria prática médica, exigindo constantes escolhas entre alternativas plausíveis.



REFERÊNCIAS

ARAI, Rubens Hideo. **Perda de Chance (Responsabilidade Civil)**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Editora PUCSP. São Paulo, 2021.

BORTOLATO, Grazielle. Teoria da perda de uma chance. **Revista Funec Científica Multidisciplinar**, Governador Valadares, v. 8, n. 10, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/rfc/article/view/3331/3072>. Acesso em: 22 jun. 2025.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: **Código Civil** (compilada). Presidente da República: Fernando Henrique Cardoso. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Texto compilado elaborado pela Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRUNO, Gabriela Cruvinel; MIGUEL SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno. Teoria da perda de uma chance: possibilidades de aplicação (ou não) aos casos de erro médico. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 8, n. 1, 2023. DOI:10.21207/2675-0104.2023.1524.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance A álea e a técnica**. Editora Método. São Paulo, 2013.

FERNANDES, Grazielle Bortolato; STEFANONI, Luciana Renata Rondina. **Teoria da perda de uma chance**. Funec Científica Multidisciplinar, v. 8, n. 10, jan./dez. 2019. Disponível em: <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/rfc/article/view/3331/3072>. Acesso em: 22 jun. 2025

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3. Disponível em:
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Novo_Curso_de_Direito_Civil_Responsabili.pdf.
Acesso em 22 jun. 2025.

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. **Metodologia Científica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book. p.300. ISBN 9786559770670. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559770670/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

MASCARENHAS, Sidnei Augusto (org.). **Metodologia científica**. 1. ed. São Paulo, SP: Pearson, 2017. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 23 jun. 2025.



MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Processo, 2025. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 21 jun. 2025.

MORESI, Eduardo (org.). **Metodologia da pesquisa**. Brasília, DF: 2003. Disponível em: <https://inf.ufes.br/~pdcosta/ensino/2010-2-metodologia-de-pesquisa/MetodologiaPesquisa-Moresi2003.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2025.

REQUIÃO, Maurício. **Thin skull rule e sua versão religiosa ou cultural**. Curitiba: UniBrasil, 2011. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54540733/Mauricio_Requiao_-_Thin_skull_rule__e_sua_versao_religiosa_ou_cultural-libre.pdf. Acesso em: 23 jun. 2025.

ROCHA, Francisco Arrhenius Barros da. **A perda de uma chance: um dano específico a ser reparado na visão luso-brasileira** / Francisco Arrhenius Barros da Rocha. – São Paulo: ed. Dialética, 2021. E-book. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/A_perda_de_uma_chance/ZZtREAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1. Acesso em 22 jun. 2025

SANTOS, Alexandre Martins dos. **Responsabilidade civil do médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Doc Content, 2014. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 18 jun. 2025.

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, v. 23, n. 29, p. 83-104, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Obrigações e Responsabilidade Civil.- 23.ed.**, - Barueri, SP. Atlas, 2023.