

A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SEUS EFEITOS

THE APPLICATION OF CIVIL LIABILITY IN THE THEORY OF LOSS OF A CHANCE AND ITS EFFECTS

Rafaela Giovanini Tobal¹
Ana Maria Ortega Alonso²

RESUMO: O presente trabalho analisa a aplicação da responsabilidade civil na teoria da perda de uma chance e seus efeitos jurídicos, justificado pela crescente relevância da matéria nos tribunais brasileiros, especialmente diante da necessidade de reparação de condutas que eliminam chances reais e sérias de obtenção de benefício ou de evitar prejuízo. O estudo tem natureza teórica e abordagem qualitativa, realizado por meio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Foram abordados os requisitos para a sua configuração, bem como as principais críticas. Observou-se que a teoria flexibiliza o nexo causal e reconhece a chance perdida como dano autônomo, passível de indenização. Foi possível concluir que a correta aplicação da teoria fortalece o princípio da dignidade humana ao garantir proteção e reparação às vítimas que sofreram diante de condutas ilícitas de outros, promovendo justiça compensatória.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano indenizável. Probabilidade. Nexo causal.

ABSTRACT: The present work analyzes the application of civil liability in the theory of loss of a chance and its legal effects, justified by the growing relevance of the subject in Brazilian courts, especially in view of the need to repair conduct that eliminates real and serious chances of obtaining benefits or avoiding losses. The study is theoretical in nature and has a qualitative approach, carried out through bibliographical research and case law analysis. The requirements for its configuration were addressed, as well as the main criticisms. It was observed that the theory makes the causal link more flexible and recognizes the lost chance as an autonomous damage, subject to compensation, It was possible to conclude that the correct application of the theory strengthens the principle of human dignity by guaranteeing protection and reparation to victims who suffered due to the illicit conduct of others, promoting compensatory justice.

Keywords: Civil liability. Loss of a chance. Compensable damage. Probability. Causal link.

¹Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul.

²Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, mestre em Direito pelo Centro Universitário de Toledo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação da responsabilidade civil na teoria da perda de uma chance e seus efeitos. Considerando sua importância no Direito Civil, a escolha do tema se justifica pela crescente relevância da tese, que vem sendo aplicada nos Tribunais brasileiros a fim de que o causador do infortúnio arque com as perdas e danos decorrentes de sua conduta. Ademais, a teoria ainda é objeto de debates quanto à sua aplicação, especialmente no que se refere à quantificação do dano, à certeza da chance perdida e aos critérios para a sua aplicação. Além disso, busca-se compreender a necessidade e os impactos decorrentes dos desdobramentos dessa temática na prática profissional. Importante ressaltar que a aplicabilidade correta da teoria efetiva o princípio da dignidade humana, visto que garante uma justa reparação diante dos danos sofridos e, também, seu uso criterioso permite a reparação de dano que, à primeira vista imperceptível, é uma verdadeira violação de direito.

Com o passar do tempo, tem-se observado um aumento significativo de julgados envolvendo a teoria da perda de uma chance, impulsionado pela maior valorização dos direitos individuais e de reparação integral e também pela ampliação das situações de responsabilização. A referida teoria protege as expectativas, reconhecendo que a chance perdida pode ser indenizável, além de incentivar condutas diligentes, obrigando profissionais a agirem com maior cautela. Oriunda da França, a influência do direito comparado a trouxe para o Brasil. Seu uso vem sendo cada vez mais imposto graças ao reconhecimento do judiciário às perdas reais mesmo quando o dano final não é certo, mas a chance era real. Aponta-se também o crescimento de ações contra profissionais liberais, principalmente médicos e advogados, em que a chance de cura ou sucesso judicial era parte imprescindível para o serviço prestado.

Trata-se de uma pesquisa teórica, com uma abordagem de caráter qualitativo, desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e análise de jurisprudências. Analisou-se obras doutrinárias de referência no Direito Civil, artigos científicos e decisões proferidas por Tribunais brasileiros, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O trabalho está dividido em quatro capítulos para o desenvolvimento. O primeiro capítulo apresenta a conceituação da teoria e a sua origem histórica e evolução. No segundo capítulo, são analisados os requisitos para a aplicação da teoria, com destaque para a seriedade da chance e a quantificação do dano. O capítulo seguinte apresenta o uso da responsabilidade

civil em casos médicos e nas atividades advocatícias. Em seu capítulo quarto, apresenta as críticas e controvérsias doutrinárias, levando-se em conta que essa teoria é alvo de discussões, especialmente, a respeito da probabilidade e da quantificação do dano. Por último, dispõe-se acerca dos efeitos práticos e jurídicos da teoria no âmbito da responsabilidade civil.

Assim, a presente pesquisa busca responder à seguinte problemática: quando se configura a perda de uma chance e quais são seus efeitos jurídicos? Para isso, tem como objetivo demonstrar a configuração da referida teoria, suas consequências e sua contribuição para a efetividade da responsabilidade civil contemporânea, promovendo maior equilíbrio e justiça nas relações sociais.

1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil consiste no ramo do Direito que estabelece o dever de reparar prejuízos sofridos por terceiros em razão de condutas humanas, sejam elas por ação ou omissão. Trata-se de um mecanismo de proteção que busca restabelecer o equilíbrio rompido pelo dano, assegurando compensação à vítima. Embora hoje possua caráter jurídico mais estruturado, esse conceito é antigo e pode ser identificado em diferentes sociedades antigas. Na Babilônia, por exemplo, o Código de Hamurábi, conhecido como um dos mais antigos compilados de lei da história, datado de aproximadamente 1750 a.C., já trazia previsões sobre a reparação de danos. Nesse período, entretanto, prevalecia uma lógica de retribuição, em que a resposta ao ato danoso tinha como função restabelecer a ordem social e a paz entre as partes, ainda que por meio de penas severas, estabelecendo normas para o governo da sociedade babilônica. No Código de Hamurábi, o sistema de sanções seguia o princípio da “Lei de Talião”, resumido na expressão “olho por olho, dente por dente”. Essa concepção tinha por objetivo manter a justiça mediante a aplicação de uma resposta equivalente ao dano provocado. No campo da responsabilidade, estabelecia-se que quem causasse prejuízo a outra pessoa, deveria receber uma penalidade de natureza proporcional, de modo a restituir o equilíbrio entre as partes envolvidas. Em casos de agressão física, por exemplo, o infrator poderia ser submetido a um castigo que reproduzisse a mesma lesão causada à vítima. O Código de Hamurábi, embora criado com o intuito de vingança, representa um marco no que tange a responsabilidade civil, onde estabeleceu os primeiros princípios da responsabilidade civil e iniciou a ideia de compensação de danos. Com o passar do tempo, a Lei de Talião passou a ser substituída por sistemas de justiça mais complexos, considerando vários outros requisitos, mas sua relevância foi marcante no direito,

deixando sua influência na construção de ideias ligadas à justiça e à reparação de danos. Embora, nos dias atuais, o princípio da proporcionalidade continue presente em diversos ordenamentos jurídicos, sua aplicação tornou-se mais adaptável, sendo interpretada em conjunto com outros valores e diretrizes que orientam a decisão judicial.

Com o advento da Idade Média, o direito canônico passou a exercer forte influência na organização e aplicação das normas jurídicas, sendo o conjunto de regras instituídas pela Igreja Católica, que regulava tanto questões religiosas quanto diversos aspectos da vida civil na maior parte da Europa. No campo da responsabilidade civil, as punições tinham caráter espiritual e moral. Danos cometidos contra terceiros eram vistos como pecado e afronta à ordem divina, conferindo à Igreja autoridade para impor sanções. Essas penalidades variavam entre penitências, peregrinações, pagamento de multas à própria instituição e trabalhos comunitários, com o propósito de levar o infrator ao arrependimento e a reconciliação com Deus e com a coletividade. Com o passar dos séculos, a responsabilidade civil foi se distanciando das sanções de caráter religioso, adotando uma perspectiva mais laica e voltada à compensação do prejuízo sofrido pela vítima. Nos séculos XVIII e XIX, impulsionada pela Revolução Industrial e pela expansão das atividades comerciais, surgiu a necessidade de proteger de forma mais efetiva as pessoas contra os riscos inerentes às novas formas de produção e circulação de bens. Nesse cenário, a responsabilidade civil passou a ganhar contornos próprios, afirmando-se como um ramo independente dentro do ordenamento jurídico.

4

No decorrer do século XX, o crescimento das atividades econômicas e a complexidade das relações sociais exigiram que a responsabilidade civil se adaptasse a novas realidades. O campo de incidência da responsabilidade civil também se ampliou, passando a contemplar, além dos prejuízos materiais, danos de natureza moral e extrapatrimonial. Na atualidade, o instituto permanece em constante transformação, especialmente diante de desafios trazidos pela globalização e pelo avanço tecnológico. Questões como a responsabilidade civil envolvendo inteligência artificial, proteção de dados pessoais e danos ambientais estão no centro dos debates jurídicos. Diante disso, os ordenamentos buscam criar mecanismos capazes de acompanhar essas mudanças e assegurar a tutela efetiva dos direitos individuais e coletivos.

A teoria da perda de uma chance tem origem francesa, surgindo entre o final do século XIX e início do século XX, através de uma decisão da Corte de Cassação Francesa, em um caso que um erro no diagnóstico impediu o tratamento adequado para o paciente, que resultou na perda de uma chance de sobrevivência. A teoria foi baseada na ideia de que a perda de uma

oportunidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo, devido a conduta ilícita de outrem, pode gerar direito à indenização. Para Rui Rosado de Aguiar Júnior (2000, p. 469):

A teoria da perda de uma chance se aplica para a reparação civil do dano, no âmbito da responsabilidade civil, quando a ação de alguém (responsável pela ação ou omissão, objetiva ou subjetivamente) elimina a oportunidade de outrem, que se encontrava na situação de, provavelmente, obter uma vantagem ou evitar um prejuízo. O dano consiste na perda da oportunidade, e o nexo causal deve existir entre a ação do agente e a perda da chance.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a indenização sempre que houvesse a probabilidade real e séria de um resultado benéfico, desde que uma conduta ilícita tivesse arruinado essa chance e houvesse vínculo entre a conduta e perda da oportunidade. A teoria teve sua primeira aplicação em 2005 pelo Superior Tribunal de Justiça, em um caso bastante conhecido envolvendo o programa “Show do Milhão”, em que se oferecia a premiação de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) àquele que respondesse corretamente uma série de perguntas sucessivas sobre conhecimentos gerais. Na última pergunta, não havia nenhuma alternativa que permitisse ser a resposta correta e, com medo, a participante desistiu de responder, sendo impedida de alcançar o prêmio final. O STJ reconheceu que essa falha resultou em dano a participante, perdendo ela a oportunidade de alcançar o prêmio. Foi fixada uma indenização em 25% do valor do prêmio, no valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), proporcionalmente à possibilidade de vitória da participante, levando em conta que havia quatro possíveis respostas e apenas uma correta. Vale transcrever parte da decisão proferida pelo ministro Fernando Gonçalves (2006):

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro dos parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à “pergunta do milhão”. (...) destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. (...) é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, (...) justamente no momento em que poderia sagra-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano (...). A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 – cento e vinte e cinco mil reais) equivale a um quarto do valor em comento por ser uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete bem as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Percebe-se que a possibilidade de alcançar uma vantagem não podia ter o mesmo valor do que a própria vantagem. “A reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida”. (Gonçalves, 2024, p. 341). Deve-se entender que o que se repara não é o resultado final, mas a oportunidade perdida. Atualmente, a teoria vem

sendo usada especialmente em casos de responsabilidade médica, concursos públicos, perdas de oportunidades profissionais ou comerciais, responsabilidade do advogado e em relações desportivas e artísticas.

2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA E SEUS EFEITOS

A responsabilidade civil por perda de oportunidade prevê a possibilidade de indenização nos casos em que alguém tenha sido injustamente privado da oportunidade de obter um benefício futuro ou de evitar um prejuízo devido à conduta ilícita de outra pessoa. Essa teoria não se aplica a danos imaginários ou meras presunções.

2.1 CHANCE REAL E SÉRIA

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao julgar a Apelação Cível nº XXXXX-80.2015.8.13.0625, relator Estevão Lucchesi, entendeu que a teoria da perda de uma chance deve ser aplicada com razoabilidade, atentando-se sempre à existência de uma chance séria e real, considerando que a indenização não deve ser concedida se a análise do caso concreto demonstrar que as chances de êxito da parte eram extremamente ínfimas e/ou completamente hipotéticas. Nas palavras de Phillippe Le Tourneau apud Rafael Peteffi da Silva “a verificação da seriedade das chances é uma questão de grau e não de natureza” (Le Tourneau apud Silva, 2013). Isso quer dizer que a chance deve ser baseada à probabilidade de que tal fato fosse ocorrer. Dessa forma, cabe ao magistrado analisar, com base em critérios objetivos e probabilísticos, a possibilidade de o resultado almejado ter sido alcançado. Devem estar presentes as condições que ocasionaram a reparação, como o dano, a ação ou omissão do agente e o nexo de causalidade entre tal conduta e o resultado danoso.

Como exemplo para o que seria uma chance real e séria, o Ministro Sidnei Beneti (2013, STJ, REsp 1.383.437-SP) decidiu que:

A emissora responsável pela veiculação de programa televisivo de perguntas e respostas deve indenizar, pela perda de uma chance, o participante do programa que, apesar de responder corretamente a pergunta sobre determinado time de futebol, tenha sido indevidamente desclassificado, ao ter sua resposta considerada errada por estar em desacordo com parte fantasiosa de livro adotado como bibliografia básica para as perguntas formuladas.

Desse mesmo modo, o Ministro Paulo Tarso (2014, STJ, REsp 1.291.247-MG) afirmou:

Tem direito a ser indenizada, com base na teoria da perda de uma chance, a criança que, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais para coletar o material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias. No caso, a criança teve frustrada a chance de ter suas células

embrionárias colhidas e armazenadas para, se eventualmente fosse preciso, fazer uso delas em tratamento de saúde.

Dessa forma, percebe-se que a aplicação da teoria da perda de uma chance deve ser feita com cautela, distinguindo situações concretas de meras expectativas incertas. Assim, esse instituto busca garantir proteção àquele que foi privado de uma chance séria de alcançar determinado resultado, ao mesmo tempo em que preserva a segurança jurídica, impedindo o reconhecimento de indenizações baseadas em suposições abstratas.

2.2 QUANTIFICAÇÃO DO DANO E DAS CHANCES PERDIDAS

Na Roma Antiga, o Direito Romano desempenhou papel central no aprimoramento da responsabilidade civil. Um de seus destaques foi a Lex Aquilia, que introduziu o princípio da reparação integral, determinando que aquele que causasse dano injustamente a outra pessoa deveria recompensá-lo. A teoria não se encaixa perfeitamente em nenhuma das categorias tradicionais de dano (danos emergentes, lucros cessantes ou dano moral), sendo vista como um dano autônomo, pois indeniza a perda da oportunidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo que tinha chance de acontecer. Para que o pedido seja acolhido, é indispensável que o lesado demonstre que havia uma probabilidade real e séria da chance ser concretizada, e que essa chance foi perdida por ato ilícito de outrem. Como exemplo, um candidato de concurso público que, por erro da banca, não tem sua inscrição registrada. Ele pode não ter certeza que venceria o concurso, mas perdeu a chance de concorrer. Nesse caso, a indenização não será pelo valor salarial desse concurso, mas pela chance perdida. Para calcular o valor da indenização, é preciso estimar a probabilidade de ganho que foi perdida devido ao evento danoso e calcular o valor correspondente a essa probabilidade. Desse modo, a reparação constitui um mecanismo essencial para concretizar o princípio da reparação integral, buscando restabelecer, na medida do possível, a condição patrimonial que a parte lesada teria se o ato danoso não tivesse ocorrido. A quantificação da oportunidade frustrada pela vítima e a forma mais adequada de se promover a reparação é um importante aspecto a ser analisado. Nessas questões, a indenização não deve corresponder ao dano integral que poderia ser alcançado, mas ao valor proporcional da oportunidade perdida, considerando a probabilidade de concretização desse resultado. Ainda que o dano decorrente da perda de uma chance seja autônomo em relação ao prejuízo total, ambos são semelhantes, uma vez que o cálculo da chance perdida toma de referência o valor do resultado final que poderia ser obtido. Como exemplo, imagine-se uma situação em que alguém é impedido de concorrer em uma competição com mais três

participantes, cujo prêmio é de R\$10.000,00 (dez mil reais). Se tivesse participado, essa pessoa teria 25% (vinte e cinco por cento) de chance de conquistar o valor. Assim, a indenização pela chance perdida seria de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), correspondendo a 25% do prêmio. Esse raciocínio também foi acolhido na jurisprudência norte-americana, no caso *Falcon v. Memorial Hospital*, julgado pela Suprema Corte de Michigan. Na ocasião, uma mulher faleceu após o parto em decorrência de uma embolia. Embora os peritos tenham afirmado que a situação era imprevisível e que o médico não poderia ser responsabilizado integralmente, ficou constatado que havia 37,5% (trinta e sete e meio por cento) de chances de sobrevivência caso tivesse recebido o atendimento adequado. Dessa forma, o tribunal reconheceu o dano, fixando a indenização correspondente.

Também existem situações em que mais de um elemento aleatório pode interferir na probabilidade de determinado resultado ser alcançado. Nessas situações, o método adequado consiste em calcular a probabilidade de ocorrência conjunta dos eventos positivos, o que se obtém pela multiplicação das chances de cada um deles. Para ilustrar essa hipótese, Rafael Peteffi da Silva menciona um caso médico onde, na primeira consulta, o profissional da saúde deixa de solicitar um exame complementar essencial ao paciente. Depois, descobre-se que esse paciente estava acometido por um câncer em estágio avançado. Caso o exame tivesse sido realizado, a probabilidade de sobrevivência seria de 55% (cinquenta e cinco por cento). Porém, o exame não possuía precisão absoluta para detectar a enfermidade, apresentando uma margem de acerto de 85% (oitenta e cinco por cento). Assim, para definir a chance perdida, deve-se multiplicar 0,55 (probabilidade de sobreviver ao câncer) por 0,85 (probabilidade de o exame identificar a doença), resultando em 0,4675, ou seja, 46,75% (quarenta e seis e setenta e cinco por cento) de chance.

Esse método serve para nortear um entendimento de como se dá a quantificação do dano na teoria da perda de uma chance.

2.3 EFEITOS

A aplicação da teoria da perda de uma chance produz inúmeros desdobramentos práticos e jurídicos, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil.

A princípio, há o reconhecimento de um novo tipo de dano autônomo, levando em conta que a teoria transforma a própria chance perdida em objeto de indenização. Dessa forma, a perda de uma oportunidade real e séria passa a ser considerada um dano reparável, ainda que

não tivesse certeza quanto ao resultado, ampliando a proteção do direito civil e permitindo que o ordenamento jurídico responda a situações de injustiça.

Há também a flexibilização do nexo causal, visto que a teoria permite a responsabilização sem exigir a prova do nexo direto com o dano final, bastando a demonstração de que a conduta do agente eliminou uma oportunidade razoável, ampliando as possibilidades de reparação. Os tribunais brasileiros têm aceitado essa relativização, reconhecendo que a responsabilidade civil ultrapassa o mero ressarcimento, abrangendo um papel também preventivo ao desestimular determinadas condutas lesivas.

Outro ponto é a quantificação do dano. Lembrando que não há como saber se o resultado favorável se concretizaria, o valor da indenização passa a ser calculado com base na probabilidade de sucesso da chance perdida, como foi aplicado na REsp 1.383.437-SP, exigindo uma razoabilidade e, por muitas vezes, perícias e estatísticas. A indenização é proporcional ao grau de probabilidade. Nesse mesmo pensamento, há maior intervenção do juiz na valoração do dano, avaliando a existência e extensão do dano, gerando maior adequação à realidade concreta e revelando o esforço do direito em lidar com os desafios da realidade.

E, por último, a ampliação do alcance da responsabilidade civil e maior proteção ao lesado em situações de desequilíbrio informacional, considerando que a responsabilidade civil se torna mais sensível às situações concretas em que as condutas ilícitas impedem a realização de resultados prováveis, como curas, contratações, aprovações ou lucros. A teoria fornece um instrumento de justiça compensatória, muito útil quando a vítima está em desvantagem, como em relações médico-paciente, consumidor-empresa e até cidadão-administração pública, impondo os direitos dos hipossuficientes.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A mencionada teoria vem sendo cada vez mais acolhida pela doutrina e pela jurisprudência. Sua aplicação ocorre em situações onde o ato ilícito impede a vítima de alcançar um resultado favorável ou evitar um prejuízo. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido sua relevância em diferentes contextos, desde que demonstrada a existência concreta de uma chance significativa.

3.1 APLICAÇÃO DA TEORIA EM CASOS MÉDICOS

Foi aplicada a responsabilidade civil médica entre os primeiros casos resolvidos utilizando a teoria da perda de uma chance. A responsabilidade civil relacionada à perda de uma

chance no contexto médico ocorre quando, apesar da dúvida sobre a possibilidade de recuperação de um paciente, fica evidente que não foram adotadas todas as providências necessárias para que ele pudesse melhorar, mesmo que parcialmente. Em outras palavras, a responsabilidade decorre do fato de o paciente ter sido privado de todas as oportunidades possíveis para superar a doença que o afetava (Souza, 2007)

Grácia Cristina Moreira do Rosário, tratando a respeito da perda de uma chance de cura (outra denominação a teoria da perda de uma chance quando se trata de responsabilidade civil médica), elenca a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance em razão da não informação do paciente acerca de suas condições, relatando que:

A obrigação de informar o paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio pode acarretar consequências sobre a saúde ou quando a sua abstenção priva o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação. A informação deve ser exaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento que se torne risco grave. (Rosário, 2009).

Somente é possível cogitar a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura quando a oportunidade perdida, em razão de um ato ilícito, for concreta e relevante. A mera frustração de uma expectativa ou possibilidade remota de recuperação não é suficiente para justificar a reparação por danos decorrentes da perda dessa oportunidade. Nesse sentido, não se configura o dever de indenizar por perda de chance de cura ou de sobrevivência quando um hospital, ao receber um paciente em estado terminal, constata a inexistência de possibilidades reais de recuperação e, por isso, opta por não intervir. Nessa situação, não há nexo de causalidade entre a omissão da instituição e o óbito do paciente, afastando, portanto, qualquer hipótese de responsabilização civil. Por outro lado, a situação seria distinta se um hospital recebesse um paciente com determinada enfermidade e, diante do estado clínico apresentado, deixasse de adotar condutas que poderiam ter influenciado positivamente a evolução do quadro. Nesses casos, a omissão diante de uma chance real de melhora pode configurar responsabilidade civil, especialmente se ficar demonstrado que a atuação médica adequada teria aumentado significativamente as possibilidades de recuperação.

Um aspecto relevante a ser observado em relação à teoria da perda de uma chance diz respeito a controvérsia quanto a sua aplicação prática. Como já exposto, os primeiros casos envolvendo essa teoria surgiram na França, especialmente no âmbito da responsabilidade médica. Apesar de a jurisprudência francesa ter consolidado o entendimento favorável à aplicação da perda de uma chance em casos médicos, aceitando-a de forma consistente ao longo do tempo e mantendo essa postura até os dias atuais, parte significativa da doutrina daquele

país ainda demonstra resistência à sua adoção, apontando diversas críticas e questionamentos teóricos sobre seus fundamentos e limites. Para melhor entendimento, cabe a análise de dois casos:

O primeiro caso trata de um julgamento ocorrido em 1965, envolvendo um menino de oito anos que sofreu um acidente, causando uma fratura no braço. Após ser levado ao hospital, um médico diagnosticou a fratura e iniciou o tratamento. No entanto, devido a queixas subsequentes de dor, exames posteriores revelaram complicações no cotovelo, o que resultaria em limitações permanentes de movimento. Os peritos concluíram que o erro no diagnóstico inicial foi responsável pelas sequelas, mas a Corte de Cassação argumentou que só haviam sido retiradas algumas chances de cura.

O segundo caso ocorreu no ano seguinte, em 1966, quando a Corte de Apelação de Paris julgou uma situação envolvendo uma mulher que, após o parto, sofreu uma grave hemorragia que a levou à morte. A Corte concluiu que houve negligência médica ao deixá-la sem o devido atendimento. Contudo, os peritos afirmaram que, mesmo com o tratamento adequado, 20% dos pacientes com aquele quadro clínico poderiam não sobreviver. Assim, o médico foi condenado pela perda de 80% das chances de recuperação da paciente (Silva, 2013).

Nos outros casos relacionados à teoria da perda de uma chance, o foco estava em situações que envolviam um futuro incerto, onde o resultado era imprevisível e aleatório. No entanto, nos casos demonstrados, o cenário é distinto, pois trata-se de um evento que já ocorreu, com um prejuízo claro e observável, que pode ser identificado de forma concreta. O que se debate, portanto, não é a viabilidade de aplicar a teoria da perda de uma chance nos casos médicos, mas sim a sua aplicação especificamente em situações médicas em que o resultado já é certo. Esses são os casos médicos que, em geral, são considerados e englobados pela teoria discutida. Nos casos de perda de uma chance de cura ou sobrevivência, o que se busca é uma compensação parcial, estabelecida por meio de um nexo de causalidade proporcional, algo que não pode ser determinado com total certeza. Segundo a doutrina francesa, a incerteza do juiz sobre se o dano realmente foi causado por um determinado fator não pode justificar a concessão de uma indenização parcial ou reduzida, baseada na probabilidade indicada por um perito. Ainda assim, é importante observar que a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de cura ou sobrevivência apresenta particularidades relevantes que não se manifestam em outras situações em que essa teoria é utilizada.

O primeiro ponto a ser considerado diz respeito à natureza do dano sofrido pela vítima. Nos casos “clássicos” da perda de uma chance, geralmente está em jogo um prejuízo de ordem patrimonial, evidente e mensurável. Já nos casos ligados à saúde, a situação é mais sensível: trata-se da perda da vida ou da piora do estado de saúde do paciente. Embora o dano material nem sempre possa ser mensurado de forma direta, há um prejuízo claro à dignidade humana e à integridade da vida da pessoa afetada.

Além disso, outro elemento que distingue esses casos é o fato de que o evento incerto já se concretizou. Em boa parte das situações em que se aplica a teoria, o que se perde é a oportunidade de influenciar um resultado ainda indefinido, ou seja, os "dados" sequer foram

lançados. No contexto médico, porém, o que ocorre com frequência é que os dados já foram lançados, mas o desfecho foi negativamente influenciado por fatores que extrapolam o acaso, como condutas negligentes ou falhas no atendimento.

Quando o dano envolvido não é de natureza patrimonial, essa quantificação se torna mais complexa. Afinal, como mensurar o valor de uma vida humana ou de uma recuperação de saúde permanente? Não há uma resposta simples para essa pergunta, tampouco é evidente como calcular uma parte desse valor. Trata-se de danos extrapatrimoniais cuja mensuração é extremamente difícil. Dessa forma, a avaliação da perda da chance nesses casos, acaba se aproximando mais dos critérios utilizados para fixar indenizações por dano moral do que propriamente daqueles empregados nos casos clássicos de perda de uma chance.

Percebe-se, portanto, que as situações que envolvem a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, embora estejam entre as mais antigas aplicações da teoria, apresentam peculiaridades que tornam sua aplicação mais complexa e, por vezes, até mais controversa. Ainda assim, mesmo diante das dificuldades teóricas e práticas, esse tipo de caso tem obtido aceitação razoável em diversos sistemas jurídicos, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NA PERDA DE UMA CHANCE

No sistema jurídico brasileiro, os casos mais comuns de aplicação da teoria da perda de uma chance envolvem falhas na atuação de advogados, como a ausência de interposição de recurso ou a não propositura de ação dentro do prazo legal, permitindo, assim, a prescrição do direito do cliente. No entanto, esses elementos, por si sós, não bastam para justificar uma reparação com base na perda de uma chance. É necessário que outros requisitos estejam

presentes. Ainda assim, há particularidades importantes, especialmente no que diz respeito ao nexo de causalidade e a apuração do dano, que exigem uma análise mais cuidadosa.

Por óbvio que sem causalidade não há que se falar em reparação por responsabilidade civil, em que a perda de uma chance está inclusa, não importa qual seja sua forma. Dessa forma, é essencial que se mostre o nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado pelo advogado e o prejuízo auferido pelo seu cliente. O prejuízo, no entanto, não é o dano final sofrido pelo cliente, mas o dano proporcionado pela chance perdida. Aceitar qualquer outro tipo de chance que não seja a real e séria, significaria banalizar o instituto da responsabilidade civil. Essa teoria na possibilidade de perda de uma chance por conduta de advogado, importa que a pretensão foi interrompida pela inobservância do advogado.

Para que se possa reconhecer a existência de uma chance real e concreta e admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance na atuação advocatícia, é necessário considerar uma série de elementos relevantes, como a ocorrência de prescrição ou decadência, a jurisprudência predominante à época da ação ou do recurso, a plausibilidade do pedido, entre outros fatores que possam influenciar na probabilidade de êxito do cliente. Esses critérios tendem a ser de mais fácil apreciação pelos magistrados, justamente porque envolvem questões jurídicas com as quais estão habituados, o que torna mais acessível a análise da viabilidade de um recurso ou de uma ação judicial. É bem mais simples para o juiz avaliar a possibilidade de sucesso de uma demanda jurídica do que, por exemplo, estimar as chances de um cavalo vencer uma corrida.

Ainda assim, a base para eventual indenização deve sempre considerar a probabilidade de êxito do recurso ou ação que deixou de ser interposto ou proposto. O valor da indenização, por sua vez, nunca corresponderá à totalidade da pretensão frustrada, pois não há como assegurar que o resultado teria sido inteiramente favorável mesmo que a medida tivesse sido adotada. Nesses termos, interessante notar o posicionamento de Sergio Savi sobre o tema:

A indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obterá se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado. Ou seja [...] a quantificação da indenização da perda da chance não poderia equivaler ao benefício que o cliente auferiria com o provimento do recurso que deveria ter sido interposto pelo advogado negligente. (Savi, 2012, p. 67).

Como reiterado ao longo do trabalho, a indenização por perda de uma chance jamais pode corresponder ao valor total daquilo que se pretendia alcançar, pois isso caracterizaria lucros cessantes, e não a perda de uma oportunidade. A chance perdida deve ser mensurada como uma fração desse valor total, o que se mostra compatível com a lógica da teoria.

O desafio, no entanto, está em definir qual parcela do valor integral deve ser considerada. Isso ocorre porque o Direito, ao contrário das ciências exatas, não lida com fórmulas matemáticas precisas. Mesmo quando se reconhece que havia uma alta probabilidade de sucesso, é difícil estabelecer com exatidão qual seria o montante justo da indenização.

Apesar disso, é possível afirmar que a quantificação da perda não é arbitrária. Ela deve ser feita com base em critérios concretos, analisados pelo juiz à luz das circunstâncias específicas do caso, levando em conta elementos como a conduta esperada do advogado, o contexto jurídico vigente e a plausibilidade do êxito. Assim, embora não exata, a indenização deve ser proporcional e razoável, fundamentada em dados objetivos e jurídicos.

4 CRÍTICAS E CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS

De início, é importante comentar que o ordenamento jurídico brasileiro não regulamenta o instituto expressamente, mas nos artigos 5º da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil, há reconhecimento do direito indenizatório da vítima em casos de danos causados por terceiros. “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (Brasil, 2002).

4.1 NATUREZA JURÍDICA

No cenário doutrinário brasileiro, a principal controvérsia em torno da teoria da perda de uma chance diz respeito à sua natureza jurídica. Enquanto parte da doutrina a classifica como dano emergente, há quem a enquadre como lucros cessantes. Além dessas duas correntes, também existem autores que defendem sua caracterização como dano moral ou, ainda, como uma categoria autônoma de dano, distinta das tradicionais. Entre os autores que defendem a classificação da perda de uma chance como dano emergente, destacam-se Sérgio Savi e Agostinho Alvim - ainda que este último não aborde diretamente a teoria em suas obras. Esses estudiosos entendem que a chance de obter um ganho ou lucro futuro representa um valor intrínseco ao bem ou situação que possibilitaria esse resultado. Para ilustrar essa ideia, pode-se recorrer ao exemplo clássico do cavalo com potencial de vencer uma competição: seu valor não se limita ao de um animal comum, mas é acrescido da expectativa de êxito na corrida, atribuída pela probabilidade de vitória. Assim, ao se pleitear indenização por perda de uma chance, o que se alega como perdido não é o prêmio em si, mas sim a possibilidade concreta de

alcançá-lo. A indenização, portanto, não se fundamenta em um ganho futuro incerto, mas sim na perda efetiva de uma expectativa legítima, que constitui um prejuízo real e mensurável.

Para outro segmento da doutrina, a perda de uma chance se aproxima conceitualmente da ideia de lucros cessantes. É o que defendem, por exemplo, Aguiar Dias e Carvalho Santos. Nessa perspectiva, o foco recai sobre a frustração de um ganho futuro que razoavelmente se esperava alcançar. No entanto, essa abordagem enfrenta uma dificuldade central: a exigência de comprovação, ainda que parcial, do dano. Como a teoria dos lucros cessantes pressupõe a demonstração de um prejuízo efetivo ou ao menos provável, torna-se necessário provar que havia uma chance concreta de obtenção do resultado final, o que nem sempre é simples nos casos envolvendo perda de oportunidade. Apesar dessa fragilidade, essa interpretação tem sido, em diversas ocasiões, adotada pela jurisprudência brasileira, que frequentemente enquadra a perda de uma chance sob a ótica dos lucros cessantes. Há também autores que interpretam a perda de uma chance sob a ótica do dano moral, como é o caso de Sérgio Novais Dias. Para esse autor, embora a chance perdida possa ter natureza de lucro cessante, há hipóteses em que a mera frustração da oportunidade assume caráter extrapatrimonial. Nesses casos, o prejuízo estaria mais relacionado ao abalo subjetivo do indivíduo, justificando-se, assim, a sua reparação como dano moral. Por fim, há autores que argumentam que a teoria da perda de uma chance não se enquadra nas categorias tradicionais de danos emergentes, lucros cessantes ou dano moral, mas sim que constitui uma modalidade de dano autônoma e distinta. Rafael Peteffi da Silva é um exemplo de quem defende essa posição.

Apesar das divergências existentes na doutrina acerca da classificação jurídica da perda de uma chance, todos os autores citados concordam com a aplicação da teoria quando se trata de uma chance concreta e relevante. Nesses casos, a chance adquire um valor econômico e torna-se possível pleitear indenização por sua frustração.

4.2 FRAGILIDADE PROBATÓRIA

Aponta-se, também, a fragilidade probatória, onde alguns doutrinadores argumentam que a teoria abre brechas para suposições, considerando que o dano decorre de uma oportunidade que poderia ter ocorrido. A crítica principal é que a teoria poderia ser utilizada como forma de contornar a exigência da comprovação do dano ou do nexo causal, resultando, assim, em um risco de banalização da indenização. Enquanto isso, outros enfatizam que a teoria não se aplica em casos de meras expectativas, mas apenas em situações de chances sérias

e reais. Para esses autores, o que se indeniza não é o resultado final, mas justamente a perda da oportunidade de alcançá-lo, o que exige uma avaliação baseada em critérios de razoabilidade e probabilidade, muitas vezes com apoio em provas periciais, estatísticas ou evidências circunstanciais. Essa vertente argumenta que o juiz não está dispensado de analisar o nexo causal, mas sim de demonstrá-lo com a mesma rigidez exigida nos casos de dano plenamente consumado.

Outra crítica recorrente aponta a dificuldade na quantificação do dano, que expõe-se como prejuízo patrimonial ou moral, onde alguns autores questionam sobre como mensurar o valor da chance perdida, ainda mais em casos de múltiplas variáveis envolvidas. Para isso, existem três correntes:

A) Corrente da proporcionalidade matemática

Essa corrente defende que a indenização deve ser calculada proporcionalmente à probabilidade de êxito que foi perdida. Ou seja, a indenização não corresponde ao valor integral do bem ou vantagem que poderia ser obtida, mas sim a um percentual desse valor, proporcional à chance frustrada. “A indenização há de ser proporcional à probabilidade de êxito da vítima. Quanto mais concreta e elevada for a chance, maior será a compensação devida” (Savi, 2012).

B) Corrente da quantificação por equidade

Outros autores, porém, sustentam que é impossível aplicar cálculos matemáticos precisos nesses casos, já que a chance é algo abstrato. Para essa corrente, a quantificação deve ser feita com base nos critérios de equidade, dentro do poder discricionário do juiz. “A dificuldade em fixar o valor da indenização pela chance perdida leva à necessidade de se adotar critérios de equidade, ponderando-se as circunstâncias do caso concreto” (Gonçalves, 2021).

C) Corrente híbrida (matemática + equidade)

Alguns doutrinadores propõem uma terceira via, que busca equilibrar os dois extremos: admite a utilização de cálculos probabilísticos, mas reconhece que, em muitos casos, a aplicação de equidade será necessária para ajustar a indenização de maneira justa. “A indenização deve ser baseada em critérios objetivos sempre que possível, mas o julgador deve complementar a análise com elementos de equidade, quando a precisão matemática for inviável” (Silva, 2005). Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 56), “a teoria é um avanço civilizatório ao permitir a reparação de prejuízos concretos em situações

em que a vítima é privada de uma oportunidade real e mensurável, desde que observados os critérios para sua aplicação”.

4.3 NEXO CAUSAL

Diverge-se também a respeito da possível violação ao princípio do nexo causal, que é o que liga o ato ilícito à oportunidade perdida, razão pela qual alguns doutrinadores, como Fernando Noronha, afirmam que a teoria flexibiliza excessivamente o nexo de causalidade, pois atribui responsabilidade mesmo quando não é possível afirmar que a conduta do agente levou diretamente ao resultado final, apenas eliminou uma possibilidade. Determinados autores manifestam objeções à teoria justamente por ela admitir a possibilidade de reparação mesmo na ausência de comprovação plena do vínculo causal entre a conduta e o prejuízo final. Para esses estudiosos, essa flexibilização pode colocar em risco a segurança jurídica e afastar-se dos pilares tradicionais da responsabilidade civil, que se baseia na presença de três elementos essenciais: a prática de um ato ilícito, a ocorrência de um dano concreto e a existência de um nexo causal direto e inequívoco entre ambos.

Em contrapartida, parte da doutrina sustenta que a teoria da perda de uma chance não rompe com o nexo de causalidade, mas apenas ajusta sua apreciação à particularidade do dano envolvido, que possui natureza probabilística. Segundo essa vertente, o nexo causal permanece presente, devendo ser analisado à luz da existência de uma probabilidade relevante de obtenção de um resultado positivo, e não a partir da exigência de certeza absoluta quanto à sua concretização.

5 CONCLUSÃO

É inegável que a teoria da perda de uma chance tornou-se um instrumento jurídico relevante na justiça brasileira, no âmbito da responsabilidade civil, ainda que não prevista expressamente na legislação. Sua aplicação vem sendo consolidada na jurisprudência, principalmente nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passaram a reconhecer o direito à indenização nos casos em que há a perda de uma oportunidade real e séria de se obter um benefício ou de evitar um prejuízo.

A análise permitiu observar que a mencionada teoria se baseia em três requisitos fundamentais: a existência de uma chance concreta, a conduta ilícita de outrem e o nexo causal dessa conduta com a frustração da oportunidade. Essa compreensão reforça o princípio da

reparação integral e amplia o alcance da responsabilidade civil, permitindo que o direito atue em situações de incerteza e de evidente injustiça.

O estudo apontou também que, embora encontre forte respaldo na doutrina e jurisprudência, a teoria ainda é alvo de críticas. A mais recorrente aponta a dificuldade de quantificação do dano, onde alguns autores indagam sobre como mensurar o valor da chance perdida. Alguns autores temem que a teoria possa enfraquecer a exigência do nexo causal, permitindo indenizações baseadas em meras expectativas. Porém, a jurisprudência brasileira tem exigido a demonstração da seriedade da chance perdida, afastando meras especulações. Tais questionamentos demonstram que, embora a teoria represente um avanço significativo, sua aplicação deve ser pautada pela prudência e pela observância rigorosa dos seus pressupostos, a fim de evitar decisões baseadas em meras conjecturas.

Torna-se imprescindível mencionar que a aplicação da teoria tem protegido as partes hipossuficientes em relações marcadas por desequilíbrios, como nas áreas jurídica, médica, empresarial e esportiva. Nesses casos, a teoria passa a funcionar como um instrumento de justiça compensatória, trazendo o equilíbrio entre as partes e promovendo a responsabilização daqueles que frustram oportunidade alheias. Nota-se, também, uma abrangência da responsabilidade civil, proporcionando maior proteção ao lesado, visto que há o reconhecimento de um novo tipo de dano autônomo.

Conclui-se, por fim, que a teoria da perda de uma chance representa um relevante mecanismo de justiça, desde que aplicada com observância criteriosa de seus pressupostos e exigências legais. A tendência é que seu uso continue a se expandir nos tribunais, dada a sua importância. Dessa forma, espera-se dos operadores do direito o estudo necessário para, com responsabilidade, analisar os elementos que configuram esse tipo específico de dano. Logo, espera-se um aprimoramento dos critérios de aplicação da teoria, de modo a garantir sua segurança jurídica, cabendo aos legisladores, doutrinadores e à jurisprudência esse papel. A utilização desta teoria no nosso ordenamento só reforça a ideia de que o Direito deve acompanhar a sociedade em todas as suas transformações, promovendo reparações adequadas para vítimas que veem suas chances perdidas por condutas ilícitas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil do médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf. Acesso em: 24 maio 2025.

AQUINO, Estela. **Teoria da perda da chance leva em conta frustração de oportunidade real.** Consultor Jurídico, 5 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-05/estela-aquino-teoria-perda-chance-reparacao/>. Acesso em: 22 fev. 2025.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.383.437/SP.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, julgado em 2013. Disponível em: <https://stj.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.291.247/MG.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em 2014. Disponível em: <https://stj.jus.br>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

DONIZETTI, Elpídio. **Perda de uma chance e lucros cessantes: semelhanças, diferenças, cumulação e o posicionamento da jurisprudência.** Disponível em: <https://elpidiodonizetti.com.br/perda-de-uma-chance-e-lucros-cessantes-semelhanças-diferenças-cumulação-e-o-posicionamento-da-jurisprudência/>. Acesso em: 24 ago. 2025.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação.** In: Revista forense, v. 105, n. 406, p. 87-102, nov./dez. 2009.

FERREIRA, Mariana Aleixo. **A inclusão da teoria da perda de uma chance no Código Civil.** Consultor Jurídico, 27 mar. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-mar-27/a-inclusao-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-codigo-civil/>. Acesso em: 22 fev. 2025.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. LE TOURNEAU, Philippe. **La responsabilité civile.** 4. éd. Paris: Dalloz, 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº XXXXX-80.2015.8.13.0625.** Relator: Des. Estevão Lucchesi. Belo Horizonte, julgado em 2015.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade por perdas de chances.** Revista de Direito Privado. 23 ed. São Paulo, 2005.

PEREIRA, Marcus Vinicius Mariot. **Evolução histórico-jurídica da Responsabilidade Civil.** JusBrasil, 21 jun. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-historico-juridica-da-responsabilidade-civil/1870125224>. Acesso em: 24 ago. 2025.

RIPPEL, Nathalia Gracinski. **A teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.** Migalhas, 19 fev. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/383944/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 20 fev. 2025.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: RT, 2012, p. 197.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2013.