

# REPATS

Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas  
no Terceiro Setor



Universidade  
Católica de Brasília



NEPATS

**TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE:  
ANÁLISE HISTÓRICA, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

**THEORY OF LOSS OF A CHANCE:  
HISTORICAL, DOCTRINARY AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS**

**Hector Valverde Santanna\***

**Rosangela da Silva Pêgas\*\***

**RESUMO:** O artigo visa estudar a teoria da perda de uma chance e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. O Direito deve proteger os interesses decorrentes de expectativas frustradas ocasionadas por ato ilícito de terceiro que enseja a perda de uma chance séria e real da vítima de ganhar um benefício ou de evitar um prejuízo. Não é aceitável que os conflitos envolvendo interesses por eventos aleatórios não sejam objeto de análise e apreciação pelo aplicador do Direito. Dessa forma, a referida teoria surge, no final do século XIX, na França, assegurando a indenização com base na própria chance perdida considerando-a um dano autônomo.

**Palavras-Chave:** perda de uma chance; perda séria e real; frustração de expectativa; dano autônomo; responsabilidade civil.

**ABSTRACT:** The article aims to study the theory of the loss of a chance and its applicability in the Brazilian legal system. The law must protect the interests arising from frustrated expectations caused by an unlawful act of a third party that results in the loss of a serious and real chance of the victim to gain a benefit or avoid injury. It is not acceptable that conflicts involving interests by random events are not subject to analysis and appreciation by the applicator of the Law. Thus,

---

\* Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor do Centro Universitário do Planalto Central (UniFACIPLAC). Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Membro Titular do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF). Brasília – DF. **E-mail: hectorvsantana@gmail.com**

\*\* Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Oficiala de Justiça Avaliadora da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.



the theory emerges, in the late nineteenth century, in France, assuring the indemnification based on the chance lost considering it an autonomous damage.

**Keywords:** loss of a chance; serious and real loss; frustration of expectation; autonomous damage; civil responsibility.



## 1. Introdução.

O ser humano projeta sua vida com base nos diversos atos e relações que geram expectativas legítimas que podem ou não serem confirmadas em razão de atos de terceiros. A perda de uma oportunidade de se ganhar um benefício ou de se evitar um prejuízo pode decorrer da frustração a essas expectativas.

O Direito não pode se isentar de proteger os resultados decorrentes de expectativas legítimas frustradas capazes de produzir efeitos no mundo jurídico. O dogma da completude faz com que a regra do *non liquet* não seja mais aceitável ao aplicador do Direito, devendo esse ser capaz de resolver racionalmente todos os conflitos que lhe são apresentados, inclusive os que estão cercados de incertezas.<sup>1</sup> É nessa nova seara que a teoria da perda de uma chance passa a ser reconhecida. Baseia-se na probabilidade e na razoabilidade da vítima de alcançar o resultado que pretendia de forma a poder imputar a responsabilidade a alguém que lhe frustrou essa chance perdida em razão do ilícito praticado.

Por meio do estudo da probabilidade, pode-se predeterminar o valor de um dano, assegurando-se à vítima a reparação proporcional por parte do causador do ilícito.<sup>2</sup> A estatística permite que se tenha uma resposta provável do que seria previsível ocorrer mesmo que existam fatores desconhecidos. Não se pode afirmar com absoluta certeza sobre o resultado de evento que não aconteceu, contudo se pode afirmar que alguém foi privado da chance de um resultado útil ou de se evitar um prejuízo. Visualiza-se o dano independente do resultado final e resolve-se o conflito e não a incerteza.

---

<sup>1</sup> A completude está prevista no artigo 126 do Código de Processo Civil e no artigo 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

<sup>2</sup> O desenvolvimento dos estudos da probabilidade, em especial da estatística, por meios de seus métodos possibilita tornar o incerto mais previsível e real de forma a serem avaliadas suas estimativas de ocorrência. John Maynard Keynes dedicou-se ao estudo da probabilidade analisando a relação entre a probabilidade, conhecimento e lógica em seu *Treatise on Probability*.



A análise da teoria da perda de uma chance se dirige à aplicabilidade no direito brasileiro. Faz-se necessário, inicialmente, o estudo do surgimento da teoria a fim de se compreender o seu reconhecimento pelo Direito. Em seguida, registra-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro sobre o tema. Finalmente, passa-se à verificação dos pressupostos para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance e a quantificação do prejuízo a ser reparado.

## 2. O surgimento da teoria da perda de uma chance

Antes da formulação da teoria da perda de uma chance, os pedidos nos conflitos envolvendo interesse aleatório eram indeferidos pelos tribunais por não haver previsão legal específica para a reparação desse tipo de dano e pela dificuldade na produção das provas. A imperatividade dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil impedia o êxito da demanda em razão da fragilidade do nexos causal ou da incerteza do prejuízo. A mudança nos paradigmas da responsabilidade civil, enfocando o dano e visando a reparação integral dos prejuízos, acarretou uma maior proteção aos interesses legítimos da vítima. As responsabilizações respaldavam-se nas presunções de fato até se chegar ao desenvolvimento da teoria da perda de uma chance.<sup>3</sup>

A teoria da perda de uma chance surge na França, no final do século XIX, com a expressão *perte d'une chance* mencionada no julgado do caso concreto mais antigo que se tem registrado. (SILVA, 2006, p.10). O referido caso ocorreu perante a *Chambre de Requetes* da Corte de Cassação, em 17 de julho de 1889. A empresa Caixa Comercial de Limoges demandou contra um *huissier* pela falha na realização de uma intimação.<sup>4</sup> O ilícito procedimento do *huissier* implicou na anulação da apelação interposta pela empresa que alegou ter perdido a chance

---

<sup>3</sup> As presunções de fato consistem na apreciação pelo julgador de outro fato ou conjunto de fatos cuja existência não é duvidosa construindo um nexos lógico entre o fato incerto (desconhecido/controverso) e o fato conhecido que indica a probabilidade daquele.

<sup>4</sup> O *huissier* é uma espécie de oficial de justiça exercida por um profissional liberal privado.



de obter uma decisão favorável que revertere a decisão condenatória proferida em primeiro grau. A Corte de Cassação decidiu que não havia razão alguma para a reforma da sentença motivo pelo qual não responsabilizou o *huissier*, entretanto externou pela primeira vez a teoria da perda de uma chance.

No século seguinte, a teoria desenvolve-se na França onde a perda da chance de se alcançar o resultado desejado, por si só, passa a admitir a indenização como um dano independente do resultado. A terminologia *chance* utilizada pelos franceses significava a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Henri Lalou foi quem primeiro fez referência à reparação de chances no *Recueil Dalloz* do ano de 1920. (1928, LALOU apud CARNAÚBA, 2013, p. 18-20). Em nota, criticou um julgado que isentou um réu da reparação de prejuízo referente à prestação alimentar que o filho falecido em acidente forneceria no futuro a um pai senil. O tribunal considerou o prejuízo como eventual. Henri Lalou defendeu que houve a privação de uma chance e essa privação deveria ser considerada um dano atual. O responsável pelo acidente privou os ascendentes da vítima direta da chance de obter, em um futuro mais ou menos próximo, a prestação alimentar.

Os pedidos envolvendo interesses sobre eventos aleatórios eram indeferidos, costumeiramente, causando muitas injustiças. A fim de se reverter essa situação, passou-se a acatar a chance como o próprio prejuízo a ser reparado uma vez que a realização da chance por si só nunca seria certa. Defendeu-se a existência de um dano diverso do resultado final, ou seja, o dano pela perda da chance em si. Utilizou-se desse fundamento para a resolução desses tipos de conflitos ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada que não seria passível pela falta do nexo causal ou comprovação das provas.

A jurisprudência francesa desenvolve o tema da perda de uma chance e começa a referida teoria em seus julgados a partir da década de 1930. A *Chambre de Requête*s, em 1932, condena um notário, Sr. Grimaldi, que, por



falha no exercício da sua profissão e da sua conduta dolosa, causou duplo prejuízo aos seus clientes, o casal Marnier, por privá-los de adquirir uma propriedade rural bem como pelo pagamento das custas de diversos atos notariais.(HIGA, 2011, p. 23-24).

A partir desse momento, a teoria da perda de uma chance se difunde entre os tribunais franceses que a aplicam nas mais diversas áreas. A Primeira Câmara da Corte de Cassação adentra na responsabilidade pela perda de uma chance na área médica no ano de 1964.<sup>5</sup> Condenou-se um médico por erro em seu procedimento ao amputar os membros de um bebê a fim de facilitar o parto. Entendeu-se que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. Flexibilizou-se a comprovação de nexo de causalidade entre o erro médico e as consequências sofridas pela vítima. Concluiu-se que o médico foi negligente devendo reparar as chances de cura perdidas pelo seu paciente uma vez que o médico deveria ter agido de modo diverso.

Acrescente-se a esses julgados o fato da legislação francesa, quanto à responsabilidade civil, adotar uma cláusula geral que prevê um conceito de dano muito amplo em seu artigo 1.382 do Código Civil.<sup>6</sup> Permite-se, assim, a abrangência de diversas espécies de danos, incluindo-se o decorrente da perda de uma chance. Doutrina e jurisprudência francesas passaram a valorizar mais o ressarcimento do dano sofrido pela vítima em relação aos demais pressupostos da responsabilidade civil. Não era mais necessária a presença de

---

<sup>5</sup> Decisão da 1ª. Câmara da Corte de Cassação da França, no ano de 1965, em um recurso de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris (17/07/1964). A decisão foi de condenação de responsabilização com a indenização no valor de 65.000 francos (sessenta e cinco mil francos). O médico errou no diagnóstico do paciente privando-lhe de chances de cura assentando que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir a responsabilidade in KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do médico. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 4.

<sup>6</sup> Artigo 1.382: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* (tradução livre: Todo ato, qualquer que ele seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer a repará-lo).



certeza do nexos de causalidade direto e evidente entre o dano e a conduta do agente causador do dano para que a vítima fosse indenizada.

Presente uma alta probabilidade de a vítima auferir uma vantagem ou de evitar uma perda, caso a ação do causador do dano tivesse sido diferente ou não tivesse ocorrido, admitia-se a indenização pela perda da chance de se alcançar o resultado almejado. Criou-se um dano independente do resultado, retirou-se o foco da perda da própria vantagem esperada.

A teoria da perda de uma chance introduzida pelos franceses tornou-se um referencial aos demais países que passaram a acatar a indenização pela perda da possibilidade de se conseguir uma vantagem ou de se evitar um prejuízo nos casos de conflitos envolvendo interesses por eventos aleatórios. A tese oriunda dos franceses foi rechaçada, inicialmente, na Itália, mas após alguns estudos doutrinários, principalmente sob a influência de Adriano Cupis, a teoria é reconhecida. A teoria da perda de uma chance foi estudada pela vez primeira, na Itália, na década de 1940. O Professor Giovanni Pacchioni, da *Univesitá de Milano*, tratou do tema na sua obra *Diritto Civile Italiano* reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa. Ao contrário dos ensinamentos dos franceses, não reconheceu o valor da chance em si considerada, mesmo que séria e real. A indenização estaria limitada aos danos patrimoniais e não a uma simples possibilidade com valor social (mero interesse de fato). (SAVI, 2006, p. 7-9).

Francesco Donato Busnelli indagou sobre as possibilidades de indenizações diversas às pertencentes ao direito subjetivo ou interesse juridicamente tutelado no ano de 1965. (1965, BUSNELLI apud SAVI, 2006, p. 9-11). Não tratou especificamente da teoria da perda de uma chance, mas questionou se o conceito de injustiça do dano, previsto no Código Civil Italiano em seu art. 2.043, não estaria sendo estendido a interesses diversamente





tutelados como os interesses de fato.<sup>7</sup> Criticou as decisões italianas que estariam concedendo indenização a lesões de mero interesse de fato.<sup>8</sup> Reconheceu que essa tendência era aplicada na França tendo em vista que lá se prezava mais a reparação da vítima quando lhe fosse causado um dano.

Adriano De Cupis reconheceu a existência de um dano passível de indenização pela perda de uma chance em seu livro *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, em 1966, a partir da evolução dos conceitos de responsabilidade civil, de dano injusto e da consequente indenização. O dano resultante da perda de uma chance, em seu entendimento, independe do resultado final.

Não há como se negar a existência de uma possibilidade de se alcançar o resultado almejado antes da ocorrência do fato danoso. Excluiu-se da vítima essa oportunidade, existindo, portanto, um dano jurídico passível de indenização. Adriano De Cupis considerou a perda de uma chance como um dano emergente consistente na perda da chance de vitória e não na perda da vitória. Eliminou, assim, as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência donexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano. Acrescentou que o dano pela perda de uma chance será sempre menor que o dano pelo resultado final almejado a repercutir no montante da indenização. O valor deverá ser estabelecido de forma equitativa pelo juiz. Por fim, ressaltou que a simples esperança aleatória não é passível de indenização e ponderou que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis. (SAVI, 2012, p. 11).

A publicação do artigo *Perdita di una chance e certezza del danno*, de Maurizio Bocchiola, no ano de 1976, consolida a teoria enunciando as premissas necessárias para a admissão da responsabilidade. A perda de uma chance considerada como a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda

---

<sup>7</sup> *Articolo 2043: Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno.*

<sup>8</sup> A exemplo dos casos de morte com base na expectativa de uma futura contribuição econômica que a vítima teria, provavelmente, trazido à família se não fosse o ato do ofensor.



assume um valor econômico de conteúdo patrimonial. A chance, segundo seu entendimento, aparece como a não ocorrência de uma eventualidade favorável. Não é possível demonstrar se produziria ou não o resultado almejado tendo em vista que um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos.

A contradição alegada quanto a esta teoria estaria no fato de não ser possível determinar qual seria o resultado dos eventos dos quais dependia a realização da chance. Dessa forma, indagou-se como se poderia falar em dano certo ressarcível em razão de uma situação meramente eventual. O Direito não contempla, em regra, certeza absoluta, vez que paira sempre um juízo de probabilidade, razão pela qual a única asserção seria a de que se perdeu determinada oportunidade de ter a chance de se alcançar o resultado desejado. O desenvolvimento do estudo das estatísticas e das probabilidades ajudaram a solidificação da teoria da perda de uma chance. Pode-se predeterminar com uma margem aceitável de segurança o valor de um dano que, inicialmente, era questionável a ponto de considerá-lo um valor normal. Permitiu-se verificar se antes da ocorrência do evento danoso já existia uma possibilidade com certo conteúdo patrimonial positivo para a vítima, a qual, após o evento danoso, restou perdida. (BOCCHIOLA, 1976, p. 92).

Maurizio Bocchiola defendeu que a possibilidade de indenizar a chance perdida dependerá do caso concreto. (1976, p. 92-95). A indenização será devida se for possível atribuir conteúdo patrimonial concreto à possibilidade de se obter uma determinada vantagem. A fim de demonstrar o dano como certo, a vítima deverá demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem almejada era superior a cinquenta por cento.

A Corte de Cassação Italiana começa a acatar a teoria da perda de uma chance diante da forte influência doutrinária. Acrescenta-se a isso que legislação italiana alberga, como a francesa, uma regra geral de responsabilidade civil. Permite-se, assim, a responsabilização pela perda de uma chance em razão do



conceito amplo de dano a ser ressarcido, previsto no artigo 2.043 do Código Civil Italiano.<sup>9</sup>

O *leading case* ocorre quando a empresa *Stefer* convoca alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor seu quadro de funcionários. (SAVI, 2012, p. 25). Após os exames médicos, alguns candidatos foram impedidos de seguir no processo seletivo. A Corte de Cassação considerou que a esses trabalhadores lhes foram retirados a chance de conseguir o emprego. Impôs uma indenização proporcional à perda da possibilidade de conseguir o resultado útil por meio da realização das demais provas necessárias e não de ter conseguido o emprego em si.

A decisão fundamentou-se no sentido de que a possibilidade já se encontrava no patrimônio dos candidatos ao emprego no momento do comportamento ilícito da empresa *Stefer* e da lesão a seus direitos. Não se podia negar que o lucro, ainda que provável, constituía uma entidade patrimonial. O referido entendimento confirmou o dano da perda de uma chance como dano emergente, afastou-se o questionamento em relação ao nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. A indenização é pertinente ao direito de poder participar das demais provas que levariam a admissão ao emprego e não ao direito ao emprego em si.

Além do acolhimento pelos países europeus do sistema de *civil law*, verifica-se a aplicação desta teoria nos diversos julgados provenientes dos países do sistema da *common law*. Nesse sistema, a responsabilidade civil, em regra, encontra-se de forma casuística uma vez que não há dispositivo legal que trate especificamente do tema.

Um dos casos mais antigos registrado de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no sistema da *common law* é

---

<sup>9</sup> Artigo 2.043: *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, oblige colui che há comesso il fatto a risarcire il danno.* (tradução livre: Qualquer fato doloso ou culposo que cause a outros um dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano).



NEPATS

o caso inglês *Chaplin v. Hicks* ocorrido em 1911. (SILVA, 2013, p. 11). A autora da ação participava de um concurso de beleza quando teve sua chance de vencer interrompida pelo réu quando não a deixou participar da última etapa do concurso em que estava entre as cinquenta finalistas concorrendo a 12 (doze) prêmios. Aplicou-se a teoria da perda de uma chance para configurar o dano sofrido pela vítima. Imputou-se ao réu o dever de ressarcir a autora pela perda da oportunidade de continuar a concorrer ao concurso. Calculou-se a indenização mediante a proporção de chance que a vítima possuía de ganhar o concurso, estabelecendo que a autora teria 25% (vinte e cinco por cento) de chances de ser a vencedora.

Em que pese o caso histórico mencionado, o reconhecimento da teoria da perda de uma chance, no direito inglês, ocorre apenas no final da década de 1980. O caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* tratou da aplicabilidade ou não da teoria da perda de uma chance em um caso médico na Inglaterra. (SILVA, 2013, p. 90-91). Os votos de Lorde Bridge e Lorde Ackner defenderam que, nas hipóteses em que o processo aleatório foi até o final, a única opção é utilizar o método *tudo ou nada* de verificação de causalidade. Deve-se provar que a conduta do réu foi uma das causas concorrentes para a causação do dano, do contrário o autor não obterá êxito na demanda e suportará todo o prejuízo.

A teoria da perda de uma chance para os ingleses só deve ser aplicada se existir pelo menos a exigência de que as chances perdidas pelo autor prejudicado sejam autônomas do dano. Dessa forma, os casos médicos acabam por não serem acobertados pela teoria da perda de uma chance, diferentemente quando se trata da atuação dos advogados em razão da aceitação da teoria perda de uma chance quando envolve perda econômica.

A matéria é mais complexa na jurisprudência norte-americana em razão do pacto federativo que autoriza a cada um dos estados certa autonomia para decidir o que lhe for mais adequado. Ao contrário do entendimento dos demais países adeptos da *common law*, como a Inglaterra, os julgados norte-americanos



são consensuais na responsabilização pela perda de uma chance nos casos médicos e contrários a indenização nos casos de má-conduta dos advogados.<sup>10</sup>

### 3. Reconhecimento da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro

O sistema jurídico brasileiro demorou a reconhecer a indenização pela perda de uma chance. Uma das principais razões que se vislumbra nesse atraso pode ter ocorrido por culpa da própria vítima que postulava inadequadamente sua pretensão ao solicitar a reparação pela vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter essa vantagem. Dessa forma, o dano tornava-se incerto, não suscetível de indenização uma vez que a vantagem almejada seria sempre hipotética.

A teoria foi difundida pelo professor François Chabas na palestra *La perte d'une chance en Droit français* proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 1990. A partir dessa exposição, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul profere o primeiro acórdão brasileiro mencionando o conceito da perda de uma chance em relação à responsabilidade médica apesar de não acatar a referida teoria nesse julgado.<sup>11</sup>

O caso mais conhecido na jurisprudência nacional foi decidido no Resp. 788.459/BA, no ano de 2005, no qual a autora alegava ter perdido a chance de ganhar 1 milhão de reais no programa *Show do Milhão* em razão da pergunta final não ter resposta correta.<sup>12</sup> A participante perdeu a oportunidade de vencer

---

<sup>10</sup> John Goldberg assevera que a aceitação da teoria da perda de uma chance implica uma menor certeza em relação à prova dos requisitos da responsabilidade civil. Todos os efeitos negativos que tal diminuição de certeza poderia acarretar somente seriam justificados quando o bem jurídico protegido fosse a saúde humana. Nesta seara, seria muito perigoso permitir que os médicos não sofressem qualquer tipo de punição quando retiradas chances de sobrevivência apud SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 183.

<sup>11</sup> BRASIL, TJ-RS, Ap. Cív. n. 589.069.996, Rel. Des. Ruy Rosado, julgamento 12/06/1990.

<sup>12</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp no. 788.459-BA, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005, DJ em 13/03/2006. Ementa: Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da Oportunidade. 1. O questionamento em programa de



o programa uma vez que a resposta não possuía alternativa correta já que a Constituição Federal não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas.

O julgado considerou a teoria da perda de uma chance para condenar a ré ao pagamento de indenização. Restou demonstrado que a autora de fato havia perdido a oportunidade de vencer o programa e levar o prêmio por culpa da ré que elaborou pergunta sem resposta. A concorrente conseguiu uma indenização no valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) no qual foi observado o critério da probabilidade de acerto da questão, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) de chance de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas.

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de dispositivo expresso sobre a responsabilidade pelo dano oriundo da perda de uma chance. Segue os modelos dos Códigos Civis francês e italiano ao dispor de uma cláusula geral de responsabilidade civil. O artigo 186 do Código Civil brasileiro utiliza um conceito amplo de ato ilícito que não delimita suas espécies.<sup>13</sup>

A legislação civil prevê o dever de reparar o dano por via do artigo 927 do Código Civil, bem como estabelece a reparação integral do dano por intermédio do art. 944 do Código Civil, constituindo-se em alguns dos fundamentos normativos para a aceitação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio do critério da analogia, faz-se uma interpretação sistemática utilizando os artigos 186, 187, 402, 927, 944, 948 e 949 do Código Civil bem como o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal para adaptar a

---

perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar; pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

<sup>13</sup> Nesse sentido, a jurisprudência já se manifestou que a inexistência de norma específica no ordenamento jurídico, quanto a indenização da perda de uma chance, não impede sua responsabilização uma vez que tal reparação se encontraria compreendida no conceito amplo do artigo 159 do Código Civil de 1916, conforme o previsto no julgamento do Recurso Especial no. 57.529-DF de relatoria do Ministro Fontes de Alencar julgado em 7/11/1995 pela Quarta Turma.



legislação existente a fim de se acatar a responsabilização devida pela perda de uma chance.

### **3.1. Posição doutrinária quanto a teoria da perda de uma chance**

Tanto os autores clássicos quanto os autores contemporâneos aceitam, atualmente, a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. O caminho até aqui não foi tão pacífico uma vez que alguns doutrinadores demoraram a acatar a teoria da perda de uma chance e muitos a confundem com alguns dos gêneros de indenização (SAVI, 2012, p. 37-40).

Sérgio Novais Dias foi quem primeiro publicou sobre o tema da perda de uma chance ao tratar da responsabilidade civil do advogado. Enfrentou a problemática ao dispor que as duas soluções existentes, a que exonerava o advogado de qualquer responsabilidade ou a que imputava sua total responsabilidade, chegavam a um resultado injusto. (DIAS, 1999, p. 15).

Necessitava-se, portanto, encontrar uma outra solução intermediária entre as duas citadas que foi fundamentada pelo autor na teoria da perda de uma chance. A divergência em seu estudo com as doutrinas estrangeiras consistiu em tratar a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante e não reconhecer o valor da chance considerada em si mesma. O dever de indenizar somente seria possível quando houvesse a certeza, ainda que relativa, do resultado.

Rafael Pettefi da Silva afirma que a responsabilidade civil pela perda de uma chance abarca duas categorias: um conceito específico de dano independente do dano final (teoria clássica) e uma categoria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. (SILVA, 2013, p. 103-104). No primeiro caso, o responsável priva a vítima de todas as suas chances de obter o resultado desejado enquanto no segundo priva a vítima apenas de parte de suas chances de obter o resultado almejado.



Daniel Amaral Carnaúba defende a teoria da perda de uma chance como uma técnica utilizada pelos juízes para superar as dificuldades trazidas pelo acaso na responsabilidade civil. (2013, p. 12). A referida técnica requer a presença de três pressupostos: a) um interesse sobre um resultado aleatório (possível), b) a diminuição e/ou eliminação de chances de obter esse resultado aleatório desejado em razão de ato imputável ao causador do dano, c) a não obtenção do resultado aleatório almejado e d) a incerteza contrafactual de não se poder saber ao certo o que teria acontecido caso o réu não tivesse intervindo.

Percebe-se que a doutrina nacional já se pacificou sobre o reconhecimento da perda de uma chance para fins de responsabilização. Há, contudo, uma divergência doutrinária quanto à qualificação da natureza jurídica do dano decorrente da teoria da perda de uma chance considerada por alguns como um dos gêneros de indenização e não como categoria diferenciada de dano.

### **3.2. Diferenciação entre a perda de uma chance e o dano hipotético**

O artigo 403 do Código Civil obsta a indenização decorrente do dano meramente hipotético. O referido artigo enuncia que a vítima deve provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido para configurar os pressupostos do dever de indenizar.

A perda de uma chance diferencia-se do dano hipotético pela probabilidade da ocorrência do resultado final, ou seja, é necessário que a chance que se alega perdida seja muito provável de se alcançar se não fosse a conduta do agente que frustrou a expectativa. As chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 362).

O critério de fixação do prejuízo causado tem por base a verossimilhança tendo em vista se tratar de probabilidades, não sendo possível afirmar que realmente a vítima teria alcançado a vantagem que lhe foi frustrada caso não





houvesse ocorrido o ilícito em razão de inúmeros outros fatores que poderiam ocorrer até se alcançar o resultado almejado. A perda da oportunidade, em si considerada, desde que séria e real, efetivamente existe e é possível apreciação, portanto, o dano é certo.

Distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano não é muito fácil. Exige-se que o aplicador do Direito saiba diferenciar o *improvável* do *quase certo* bem como a *probabilidade de perda* da *chance de lucro* para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.<sup>14</sup>

### 3.3. Diferenciação da perda de uma chance dos lucros cessantes

A confusão entre a perda de uma chance e os lucros cessantes ocorre pelo fato de que, em ambos os casos, a vítima deixa de ganhar algo em uma perspectiva provável e não de certezas absolutas. Impede-se que a vítima possa adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais. Ademais, nas duas situações existiria o problema de comprovar o dano uma vez que haveria dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse.

O lucro cessante é uma espécie de dano material que surge quando alguém, em virtude de uma ação ou omissão de outrem, deixa de auferir algum lucro ou vantagem que deveria ter obtido sem que haja qualquer depreciação de seu *status quo ante*, mas sim da ausência de incremento desse estado. Há a frustração da expectativa de lucro em razão da perda de um ganho esperado incidindo sobre o que a vítima, razoavelmente, deixa de ganhar em uma visão mais econômica da perda.

O dano certo na teoria da perda de uma chance consiste na perda de uma possibilidade atual que se encontrava antes do evento danoso, o seu *status quo ante*. Sabe-se que, antes da intervenção, a vítima tinha chances de obter o

---

<sup>14</sup> BRASIL, STJ, Terceira Turma, Resp no. 965.758-RS, Rel. Ministra Nancy Andriahi, julgado em 19/08/2008, DJe em 3/09/2008.



resultado almejado enquanto que no lucro cessante decorre de um resultado futuro.

A natureza dos interesses violados entre a perda de uma chance e os lucros cessantes também difere. Na perda de uma chance, a violação decorre de um mero interesse de fato enquanto no lucro cessante de uma lesão a um direito subjetivo. Desse modo, deve-se fazer uma interpretação do termo injustiça do dano para fins de se avaliar se haverá ou não responsabilização. O ressarcimento pela chance perdida, por si só, estaria protegido se for assegurada a lesão a interesses diversamente tutelados em razão do simples fato ser consequência direta e imediata do evento danoso.

Caso contrário, se for considerar que o termo injustiça do dano acoberta apenas lesões a direito subjetivos, a perda como interesse de fato não poderá ser indenizada. A jurisprudência italiana superou esta forma tradicional de entender a injustiça dos danos ao entender devido o ressarcimento dos danos em casos de mortes não apenas a quem for titular de um direito subjetivo a alimentos, mas a qualquer um que tenha sofrido lesão a um interesse de fato.<sup>15</sup>

Outro critério para diferenciar a perda de uma chance dos lucros cessantes é a utilização da certeza dos danos. A vítima deve fazer prova do fato constitutivo de seu direito, faz-se necessário comprovar os pressupostos e requisitos necessários para a verificação do lucro cessante. Na perda de uma chance, o dano final é de demonstração impossível, então concede-se a indenização não pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de se conseguir essa vantagem. A chance indica a possibilidade de um resultado favorável, essa é efetivamente existente, então se a chance foi perdida, o dano torna-se certo.

---

<sup>15</sup> Caso de uma viúva que ingressou com uma ação contra o responsável pela morte de seu cônjuge fundamentado de que se estivesse vivo, já que era um brilhante médico residente, ela teria condições melhores de vida. A Corte de Cassação condenou o réu e fundamentou sua decisão na teoria da perda de uma chance de auferir valores futuros e não muito claros. Protegeu-se a expectativa de uma viúva em razão do que a vítima (falecido) iria contribuir economicamente para o sustento da casa.



NEPATS

A perda de uma chance não precisa de uma prova concreta uma vez que a chance já estava no patrimônio da vítima não sendo algo que deixaria de lucrar. Não existe a pretensão de indenizar a perda do resultado e sim da oportunidade de não alcançar o resultado almejado, motivo pelo qual não há a necessidade de provar se a vítima teria ou não o resultado diferentemente do lucro cessante que exige essa comprovação.

### **3.4. Diferenciação entre a perda de uma chance e o dano emergente**

Sérgio Savi entende que a perda de uma chance seria uma hipótese de dano emergente pois já se fazia presente no patrimônio da vítima quando da ocorrência do ato ilícito em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir. (2012, p. 122). Não se indeniza pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de se conseguir essa vantagem. O mesmo entendimento pactua Daniel Amaral Carnaúba ao afirmar que a chance é patrimônio anterior, bem material ou imaterial, pertencente à vítima e que foi destituído em razão do fato imputável ao réu. (2013, p. 169).

Observa-se que os danos emergentes se caracterizam pela perda imediata, visível, quantificável de um bem da vítima o que nem sempre acontece com a perda de uma chance. O efetivo prejuízo ocorre pela diminuição patrimonial sofrida pela vítima.

### **3.5. Perda de uma chance como categoria diferenciada de dano**

A perda de uma chance deve ser reconhecida como uma modalidade autônoma de dano ao lado dos demais danos existentes (material, moral e estético). Possui características próprias que não se amoldam aos referidos danos existentes no sistema jurídico brasileiro uma vez que visa resguardar as possibilidades que a vítima tinha para conseguir obter um resultado esperado ou



de se evitar um possível dano, mas que lhe foi retirada essa chance séria e real da sua esfera de atuação.

O autor do dano será responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima. O resultado almejado pela vítima não ocorreu por ter sido interrompido pela ação ou omissão ilícita do agente. Nunca se virá a saber se o resultado positivo realmente aconteceria, uma vez que a chance de tal ocorrer passou e não há como retornar. Dessa forma, independente do resultado final, essa ação ou omissão do causador do dano priva da oportunidade de se chegar ao resultado almejado.

Considera-se que é uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada nos mesmos moldes que um interesse legítimo ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico. Deve-se, inclusive, ser responsabilizado mesmo que se trate de evento futuro em que não se possa ter a certeza absoluta do resultado. Para tanto, utiliza-se um critério de probabilidade para verificar as chances que a vítima tinha de obter a vantagem almejada que lhe foi frustrada.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso especial n. 1.190.180-RS<sup>16</sup> enfrentou a questão ao declarar que a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

#### **4. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na jurisprudência nacional**

---

<sup>16</sup> BRASIL, STJ, Quarta Turma, Resp. no. 1.190.180-MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010, DJ em 22/11/2010.



É possível encontrar a aplicação da teoria da perda de uma chance, desde que a chance perdida seja séria e real, em vários julgados dos diversos tribunais do país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. O referido tribunal tem exercido importante papel na evolução jurisprudencial dessa teoria fixando importantes premissas.

O então desembargador Rui Rosado de Aguiar Júnior do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi quem primeiramente se manifestou sobre a teoria da perda de uma chance na jurisprudência pátria.<sup>17</sup> A decisão foi no sentido de não acatar a teoria da perda de uma chance no caso de danos decorrentes de erro médico tendo em vista que, no caso específico analisado, era possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final. O mesmo julgador enfrentou, posteriormente, o caso da negligência de um advogado que fez com que a sua cliente perdesse a chance de ver a sua ação julgada pelo tribunal em razão da falta de recurso. Dessa vez, defendeu a aplicação da teoria da perda de uma chance alegando que a própria chance, em si considerada, residia o seu prejuízo.<sup>18</sup>

Em que pese a receptividade dos tribunais, vários conceitos que envolvem a teoria da perda de uma chance foram e ainda são tratados de forma diversa entre os tribunais nacionais. Há expressiva controvérsia sobre a própria natureza jurídica do dano em questão, pois muitas decisões apenas o consideravam como se fosse uma modalidade de dano moral de cunho extrapatrimonial enquanto outras decisões admitiam como se dano autônomo de cunho patrimonial ademais da possibilidade de sua cumulação.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> BRASIL, TJRS, 5ª. Câmara Cível, Apelação Cível no. 598.069.996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 12/06/1990. Ementa: Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultado névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance.

<sup>18</sup> BRASIL, TJRS, 5ª. Câmara Cível, Apelação Cível no. 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, julgada em 29/08/1991.

<sup>19</sup> Muitos julgados defenderam que a perda de uma chance se tratava de modalidade do dano moral que se refletia em seu montante. As decisões baseavam-se no artigo 5, inciso V da Constituição que



O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, ao julgar a responsabilidade civil de um advogado na condução da defesa de seu cliente, reconheceu expressamente que a indenização pela perda de uma chance se aplicava tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.<sup>20</sup> Como em qualquer caso de responsabilização é passível que ao dano autônomo possa cumular-se o dano moral. Concluiu que a frustração da chance perdida poderá ensejar danos de naturezas distintas, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

A perda de uma chance terá caráter patrimonial ou extrapatrimonial conforme o caráter do resultado pretendido pela vítima. A natureza do interesse jurídico tutelado que determinará a natureza da chance, podendo ainda representar as duas espécies. O enunciado n. 444 do Conselho da Justiça Federal prevê em seu verbete que a chance perdida terá natureza patrimonial ou extrapatrimonial a depender das circunstâncias do caso concreto.<sup>21</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também pacificou outra questão polêmica quando reconheceu a aplicação da teoria da perda de uma chance tanto nos casos de responsabilidade contratual como extracontratual, desde que séria e

---

estabelece a indenização do dano moral. A frustração da chance séria e real é capaz de gerar apenas danos de natureza extrapatrimonial como mais um fator do dano moral nos termos do entendimento de diversos julgados a exemplo da emenda do acórdão da apelação cível no. 70.003.003.845 da 6ª. Câmara Cível do TJRS de relatoria do Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura que enunciou: Responsabilidade Civil. Informações Desabonatórias sobre a conduta do autor prestadas por preposto da ré. Perda da chance. Dano Moral. Caracterização. Redução do Quantum. Dano Material. Não Comprovação. I Não resta dúvida de que a ré é responsável pelos atos de seu preposto que, por ordem ou não de seus superiores, forneceu informações inverídicas sobre a conduta do autor, informações estas, determinantes para a não contratação deste por diversas empresas. II. Danos morais reduzidos para um valor mais consentâneo com as nuances do caso. Apelo parcialmente provido. Dessa forma, várias indenizações desconsideraram o dano material existente por acreditarem não ser aplicável à teoria da perda de uma chance.

<sup>20</sup> BRASIL, STJ, Terceira Turma, Resp no. 1.079.1850-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJ em 4/08/2009.

<sup>21</sup> BRASIL, CJF - Enunciado 444: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.



real a possibilidade de êxito. Dessa forma, no Resp. 614.266-MG<sup>22</sup>, de relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, condenou-se os Correios por descumprimento contratual ao não entregar em tempo hábil uma documentação devidamente enviada para fins de participação em processo licitatório. Seguindo esse entendimento, condenou-se uma empresa de coleta de células tronco embrionárias de cordão umbilical a indenizar recém-nascido por não ter comparecido ao hospital para proceder a coleta em circunstâncias em razão de descumprimento contratual.<sup>23</sup> O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o recém-nascido perdeu definitivamente a chance de prevenir tratamento de patologia num futuro tendo em vista que hoje a medicina moderna avança nos estudos para utilização de células tronco como meio de cura de diversas doenças.

A jurisprudência nacional também autoriza a responsabilização do Estado com base na teoria da perda de uma chance. Nesse sentido, condenou-se o Estado do Rio de Janeiro em razão do falecimento de um paciente em decorrência da demora do Estado no cumprimento de decisão judicial que determinava a entrega de medicamento imprescindível à manutenção da sua saúde.<sup>24</sup> A omissão do Estado eliminou a possibilidade de sobrevivência da vítima, ou seja, as chances de permanecer viva.

---

<sup>22</sup> BRASIL, STJ, Terceira Turma, Resp no. 614.266-MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/12/2012, DJ em 02/08/2013.

<sup>23</sup> BRASIL, STJ, Terceira Turma, Resp no. 1291247-RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/08/2014, DJ em 01/10/2014. Ementa: Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado.

<sup>24</sup> BRASIL, STJ, Segunda Turma, AgRG no ARResp no. 173148-RJ, Ministra Assusete Magalhães, julgado em 03/12/2015, DJe em 15/12/2015. Ementa: Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em Recurso especial. Alegada ofensa ao art. 535 do cpc. Inexistência. Responsabilidade civil do estado. Teoria da perda de uma chance. Demora no cumprimento de decisão judicial, que condenara o município E o estado do rio de janeiro, ao fornecimento de medicamento. Morte do paciente. Acórdão do tribunal de origem que, à luz das provas dos Autos, concluiu pela responsabilidade de ambos os entes públicos, bem como pela presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar. Valor dos danos morais. Reexame de provas. Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.



## 5. Pressupostos para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

A responsabilidade civil decorre, em regra, de três pressupostos básicos: a existência de um dano, um ato ilícito e o nexo de causalidade. A evolução do referido instituto tornou o dano o principal fundamento da responsabilidade civil. A quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo ato danoso enseja o direito à vítima de ser ressarcida em sua integralidade para que se restabeleça o seu estado anterior. (MONTENEGRO, 1998, p.3). Nesses termos, a teoria da perda de uma chance relativiza a verificação desses pressupostos básicos. A visão solidarista, fundada na dignidade da pessoa humana, clama para que a reparação seja a mais abrangente possível e que se restitua a vítima de forma a cobrir todo o dano que lhe foi causado.

Exige-se a presença de um dano oriundo da conduta ou omissão do agente. O nexo causal existirá entre o fato e a chance perdida tendo em vista que sem o fato do réu, a vítima teria chances de obter o resultado desejado. O fato imputável ao demandante é uma causa necessária à realização do prejuízo em questão. Há a comprovação do nexo de causalidade que deveria ser decorrente de uma causa direta e imediata entre o ato ilícito e o dano. Relativiza-se esse pressuposto quando se autoriza a imputação da responsabilidade sem a necessidade dessa comprovação absoluta, mas apenas de que haja uma certa probabilidade de que o resultado teria ocorrido não fosse a conduta do causador do dano.

O juiz deverá realizar uma reconstrução hipotética da realidade tendo em vista que não se pode determinar a certeza do prejuízo. Se o prejuízo desaparecer significa que há uma relação de dependência entre a conduta do réu e o prejuízo da vítima. A imputação da responsabilidade pela perda de uma chance exige que haja, portanto, uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. O aplicador do direito estabelece qual seria a situação da vítima sem o ato imputado ao réu.

Faz-se um prognóstico *a posteriori* entre o ato e as prováveis consequências e conclui-se, em termos de probabilidade, que os danos tenham





decorrido, necessariamente, direta e imediatamente da atuação do agente. Parte-se, portanto, da situação real posterior ao fato e, normalmente, ao dano e afirma a conexão entre um e outro, desde que seja razoável admitir que o dano decorreria do ato ou omissão lesiva pela evolução normal das coisas. (DIAS, 1999, p. 65). Consideram-se as consequências presumíveis da ação, segundo a experiência comum, de que o dano será considerado efeito do ato lesivo se provável que o dano decorresse desse. O nexo de causalidade será constatado, em cada caso concreto, a partir do liame existente entre o ato imputável ao réu e a perda da chance e não entre aquele e a vantagem frustrada.

A chance não pode ser uma mera possibilidade e nem puramente hipotética tendo em vista que o dano potencial ou incerto não é indenizável. Necessita-se a prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse relevante. A imputação da responsabilidade civil pela perda de uma chance exige que a chance seja séria e real fundada sobre evidências racionais na obtenção do resultado útil. O dano na perda de uma chance somente poderá ser presumido quando as probabilidades indicarem de forma excepcionalmente grande a realização do evento favorável à vítima. A exigência de a chance ser séria e real visa evitar que haja um enriquecimento indevido do demandante em detrimento de quem irá indenizá-lo bem como afasta as demandas especulativas que não merecem a intervenção do Poder Judiciário.

O dano deve representar um prejuízo certo, real e atual. Necessita-se que repercuta na esfera patrimonial ou extrapatrimonial da vítima em razão da expectativa frustrada a ser analisada dentro de uma perspectiva de probabilidade. Se essa chance perdida tiver uma representação econômica, o dano torna-se mais facilmente cognoscível.

A dificuldade de aferição existe em razão do dano não ser concreto e nem facilmente perceptível necessitando utilizar de critérios de probabilidade para determiná-lo. O dano se origina de uma oportunidade perdida, ou seja, uma situação que, possivelmente, aconteceria caso a conduta do lesionador não



tivesse ocorrido. O parâmetro será a probabilidade uma vez que aquilo que não aconteceu e nem pode mais acontecer jamais poderá ser objeto de certeza absoluta.

É passível a indenização se puder comprovar que caso não ocorresse a ação ou omissão do agente causador do dano, a vítima de fato teria uma chance de conseguir o resultado almejado. Acrescenta-se a essa chance, em uma análise do caso concreto, por meio da probabilidade, se haveria a possibilidade da vítima lograr êxito em alcançar o resultado esperado caso inexistisse a conduta do agente.

Os italianos entendem que essa chance só é considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento). Utilizam-se da técnica de condicionar a reparação de chances a uma porcentagem mínima para qualificar um interesse juridicamente protegido. No mesmo sentido, defende Sérgio Savi ao enunciar que não é qualquer chance perdida que deve ser considerada para fins de indenização, mas apenas os casos em que for possível fazer provada de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado. (2012, p. 65).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgado emblemático do Show do Milhão considerou como séria e real a chance de acerto de 25% (vinte e cinco por cento) da vítima baseada na probabilidade, pois o valor devido será sempre aquele resultante da probabilidade multiplicada pelo valor que obteria em caso de concretização da chance.<sup>25</sup> O posicionamento torna-se mais adequado para que não ocorram injustiças em razão da diversidade de interesses que surgem sobre probabilidades. Algumas chances, mesmo que

---

<sup>25</sup> Observa-se que a autora recebeu o valor de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) porque já havia recebido o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) quando desistiu de responder a pergunta que valeria um milhão. Diante disso, foi calculado os 25% do valor restante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a receber.



inferiores a cinquenta por cento, podem representar interesses relevantes para aqueles que as detêm. Referido entendimento foi acatado pelo já mencionado enunciado 444 do Conselho da Justiça Federal quando declara que a chance reparável deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.<sup>26</sup>

## 6. Quantificação do prejuízo a ser reparado na perda de uma chance

O atual enfoque na dignidade da pessoa humana transformou gradualmente o instituto da responsabilidade civil. Passa-se a acobertar não apenas o conceito restrito de ato ilícito, mas um dano injusto mais amplo e social que causa lesão a um interesse merecedor de tutela. Dessa forma, caberá indenização sempre que houver uma lesão a uma situação subjetiva juridicamente relevante na qual se inclui a perda de uma chance.

A partir do desenvolvimento da responsabilidade civil, o foco passa a ser a reparação da vítima. Deixa-se a teoria subjetivista embasada na comprovação da culpa. Substitui-se a culpa pela noção de causalidade a fim de se alcançar maiores possibilidades de reparação de dano ao se preocupar com a vítima.

Importante princípio da reparação integral do dano rege a responsabilidade civil. A função é restabelecer, tanto quanto possível, o equilíbrio destruído pelo dano, recolocando a vítima, à custa do responsável, na situação em que ela estaria sem o ato imputado a este. (1951, SAVATIER apud CARNAÚBA, 2013, p. 47). A reparação se volta ao passado buscando o *status quo ante*, coloca-se a vítima na situação que se encontrava antes do ato lesivo do causador do dano em que possuía uma chance. A chance que lhe deve ser devolvida em forma de reparação. Nesses termos, o aplicador do direito poderá afirmar que a chance perdida representa um prejuízo certo sofrido pela vítima.

---

<sup>26</sup> A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreta, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.



NEPATS

A reparação de uma chance perdida envolve sempre uma certeza e uma probabilidade: a primeira quanto a identificação do prejuízo e a segunda o momento da mensuração do prejuízo. (CARNAÚBA, 2013, p. 107). A indenização pela perda de uma chance fundamenta-se em critério de probabilidade. Não é possível afirmar se o resultado esperado pela vítima seria efetivamente alcançado por ela da mesma forma que não há como se afirmar que a vítima obterá ou não o resultado caso não tivesse ocorrido o ato do ofensor. A indenização incidirá sobre a perda dessa oportunidade de se alcançar o resultado. Parte-se da premissa de que a chance, no momento de sua frustração, possuía um valor econômico que deve ser indenizado, independente do resultado final que a vítima poderia ter alcançado.

O valor a ser pago a título de indenização (*quantum debeatur*) é de difícil aferição uma vez que se deve utilizar de um critério de probabilidade ao estabelecer o valor devido à vítima. A oportunidade perdida possui um valor pecuniário que deve ser indenizado. Faz-se uma avaliação do grau da álea da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o fato. Diante disso, a delimitação do valor da indenização deve-se pautar no caso concreto, o aplicador do direito fará um juízo de valor de maneira equitativa buscando encontrar a melhor solução para a lide. O juiz deve considerar todas as informações de que dispõe no momento em que julga para efetuar a avaliação das probabilidades. Quanto maiores forem as probabilidades tanto maior será o valor da chance e por consequência da indenização devida. Parte-se do dano final e incide sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada, não fosse o ato do ofensor. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização.



A estimativa do valor de uma chance deve seguir o dilema pascaliano.<sup>27</sup> Primeiro, deve-se determinar qual seria o ganho obtido ou a perda evitada, se a vítima tivesse auferido a vantagem desejada. Segundo, deve-se estabelecer a porcentagem de chance da qual foi privada a vítima. Os valores serão multiplicados e o resultado da operação representa o montante devido pelo réu a título de indenização pela chance perdida. Parte-se do dano final e faz-se incidir sobre este um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade de obtenção do resultado esperado. (SAVI, 2012, p. 4). Após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao benefício que receberia se não tivesse sido perdido a oportunidade e tivesse conseguido o resultado esperado.

No Brasil não há um critério definido, observa-se que os tribunais reconhecem a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, mas sem uma mensuração de percentual de probabilidade estabelecida, diferentemente do critério da Itália da probabilidade de pelo menos 50% (cinquenta por cento). A liquidação do dano se dará por meio de arbitramento uma vez que não existe regra própria para a avaliação do dano e sua liquidação. Faz-se necessária a ponderação acerca da probabilidade, que se supõe séria e real, que a parte teria de se alcançar o resultado almejado. Nem toda chance perdida ensejará a reparação civil e que as consequências jurídicas irão variar

---

<sup>27</sup> O Cavaleiro de Méré propôs o seguinte dilema a Blaise Pascal: por motivos ignorados, dois jogadores são obrigados a interromper um jogo de azar antes do previsto. O vencedor de três partidas teria ganhado 64 fichas como prêmio. Quando a competição foi interrompida, um dos jogadores havia vencido duas partidas e o outro apenas uma. A formal da esperança matemática solucionou o problema por meio da média obtida a partir dos possíveis resultados da variável aleatória, ponderados pela probabilidade de obtê-los. O produto dessa operação representa o valor que pode ser racionalmente esperado, que decorre a chance avaliada.



NEPATS

dependendo do grau de probabilidade de realização da chance que restou frustrada.<sup>28</sup> O aplicador do direito deverá apreciar cada caso concreto.

## 7. Conclusão

A teoria da perda de uma chance que surgiu na França, no século XIX, a fim de se indenizar os prejuízos causados pela chance perdida em razão de ato ilícito de terceiro. O Direito não podia mais escusar-se de apreciar as demandas envolvendo incertezas e eventos aleatório sob o simples argumento de falta de legislação específica. O aplicador do Direito passou a ser questionado sob as injustiças decorrentes dessa não atuação, reivindicando-se soluções baseadas no sistema jurídico e fundamentadas na probabilidade e na razoabilidade que demonstravam a perda de uma chance séria e real da vítima de ter alcançado o resultado almejado.

Constatou-se que a evolução do instituto da responsabilidade civil pela mudança de seus paradigmas em prol de uma reparação mais abrangente da vítima visando seu retorno ao seu *status quo* facilitou o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance. Relativizou-se, assim, os pressupostos básicos da responsabilidade civil ao focar o dano admitindo-se um maior número de casos a serem resguardados pelo Direito, inclusive o dano decorrente da perda de uma chance. A teoria da perda de uma chance propaga-se por todos os sistemas jurídico chegando ao Brasil no final de década de 1990.

Percebeu-se que a doutrina nacional acatou a teoria da perda de uma chance, contudo, há uma divergência quanto à natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance. Alguns doutrinadores consideram o referido dano como gênero de indenização como o lucro cessante ou o dano emergente. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão ao reconhecer o dano decorrente da perda de uma chance como autônomo diferente dos danos

---

<sup>28</sup> BRASIL, STJ, Terceira Turma, Resp no. 965.758-RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, julgado em 19/08/2008, DJe em 3/09/2008.



conhecidos a exemplo do dano moral. A perda da chance existe efetivamente e deve ser apreciada objetivamente independente do resultado uma vez que a realização da chance nunca seria certa, mas a própria perda dessa oportunidade por si só já possuiria um valor econômico a ser considerado. O dano, portanto, consiste na perda da chance da vitória e não da vitória em si.

Demonstrou-se que os tribunais acatam a teoria da perda de uma chance em seus julgados nas mais diversas áreas do Direito. O Superior Tribunal de Justiça, em especial, tem exercido um papel fundamental para a fixação de premissas da teoria da perda de uma chance. O referido tribunal considerou o dano como autônomo podendo esse possuir natureza jurídica patrimonial como extrapatrimonial bem como as duas naturezas ao mesmo tempo. Acatou a indenização tanto na esfera contratual como na extracontratual e ainda declarou a possibilidade o Estado ser responsabilizado com base na teoria da perda de uma chance.

Observou-se que para a aplicação da teoria da perda de uma chance faz-se necessário alguns pressupostos. O dano a ser ressarcido deve ser oriundo da conduta ou omissão do agente, assim, o nexu causal existirá entre o ato ilícito e a chance perdida. Aceita-se a relação de causalidade adequada uma vez que não há como se prever o quê teria acontecido sem a atuação do causador do dano, mas se pode afirmar que sem o fato do réu, a vítima teria chances de obter o resultado almejado.

Salientou-se outro pressuposto indispensável para a imputação da responsabilidade pela perda de uma chance que é a necessidade da chance ser séria e real. Deve-se fundar sobre evidências sociais que demonstrem uma possibilidade considerável na obtenção do resultado almejado pela vítima. Não pode ser hipotética e nem uma mera possibilidade uma vez que daria ensejo a um dano hipotético não indenizável pelo ordenamento jurídico.

A chance deve, ainda, representar uma lesão efetiva a um interesse jurídico relevante devendo a vítima provar que a chance perdida era estimada e possível de se concretizar a fim de se evitar demandas especulativas e



enriquecimento indevido da parte. Ponderou-se que a chance não fica adstrita à percentuais apriorísticos, mas a sua considerável possibilidade de se concretizar visando abranger um número maior de demandas a serem analisadas caso a caso.

Finalmente, diante da probabilidade e da razoabilidade da vítima alcançar o resultado que pretendia, pode-se imputar a responsabilidade ao sujeito de direito que frustrou a chance perdida em razão do ilícito praticado. Presente uma considerável probabilidade, admite-se a indenização. A indenização não é pela vantagem perdida, mas pela perda de se conseguir essa vantagem almejada. A chance já estava no patrimônio da vítima e deve ser valorada. A reparação será proporcional à chance de êxito que a vítima teria. O estudo da estatística dá uma resposta provável do que seria previsível acontecer. Pode-se, assim, predeterminar o valor de um dano com uma margem aceitável de segurança.

## 8. Referências

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil. 11. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise doutrinária.** Disponível em: <<http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/edicoes-antiores/revista-4-setembro-de-2013/responsabilidadecivilpelaperdadeumachanceumaanalisedoutrinaria.>> Acesso em: 2018-08-05.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica.** São Paulo: Método, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil. 7. ed.** São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance.** São Paulo: LTr, 1999.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 840, ano 94, 2005.





HIGA, Flávio da Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-085655/pt-br.php>>. Acesso em: 2018-08-05.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico. 4. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil. v. V, tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações.** Sálvio de Figueiredo Teixeira (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de Danos. 5. ed.** São Paulo: Lumen Juris, 1998.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade por perda de chances.** Revista de Direito Privado. v. 23, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil. 9. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, vol. 4. Responsabilidade civil. 20. ed.** São Paulo: Saraiva, 2008.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance. 3. ed.** São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3. ed.** São Paulo: Atlas, 2013.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável: Pode uma pergunta mal formulada valer 1 milhão?** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, p. 87-102, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

