



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

TAINAH ABRANTES GADELHA

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO  
AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

SOUSA-PB  
2017

**TAINAH ABRANTES GADELHA**

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO  
AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

**TAINAH ABRANTES GADELHA**

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO  
AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Graduação Bacharelado em  
Direito da Universidade Federal de Campina  
Grande, em cumprimento à exigência para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

TCC APROVADO EM 17/março/2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira  
Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira  
Universidade Federal de Campina Grande - UFCG  
Orientador

Robervaldo Queiroga da Silva

Nome Examinador (a) (UFCG)

Ana Carla Abrantes

Nome Examinador (a) (UFCG)

*Ao Senhor Deus altíssimo, a ti toda honra  
e toda gloria deste trabalho.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pela força e discernimento que me deu durante esses cinco anos de estudo.

Ao meu pai e minha mãe por estarem presentes em todas as etapas da minha vida, por todo empenho, amor, dedicação e ensinamentos ao longo desta caminhada.

Agradeço aos meus irmãos, Gabrielle minha irmã querida, minha inspiração diária que sempre esteve ao meu lado me ajudando e me incentivando e a Moisés Henrique pelos favores e amizade sincera.

Aos amigos que fiz durante a graduação, em especial a Nataly e Naiara, por serem presenças constantes no meu dia a dia e por tornarem esta caminhada mais leve.

Ao meu orientador Eduardo Jorge pelo conhecimento transferido, pela ajuda e disponibilidade na elaboração deste trabalho.

*“O que mais desespera não é o impossível, mas o possível não alcançado.”*  
(Robert Mallet)

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar o estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Tratando primeiramente de fazer uma análise da responsabilidade civil e em seguida focando no tema principal. Pretende-se apresentar a origem e evolução histórica da perda de uma chance no ordenamento jurídico estrangeiro bem como seu desenvolvimento no direito brasileiro, além disso, será demonstrado seus requisitos para que se possa aplicar a teoria e a relevância da seriedade e realidade da chance perdida. Cabe observar a extrema importância da teoria da perda de uma chance e sua natureza de dano autônomo, convém também demonstrar a forma como se dá o cálculo do *quantum* indenizatório. Por fim, para uma melhor compreensão do tema, apresentou-se uma análise da jurisprudência brasileira e dos diversos doutrinadores que tratam deste instituto. Concluindo com a importância e relevância do tema apresentado a fim de diminuir polêmicas que rodeiam a teoria.

**Palavras-chave:** Dano; Perda de uma Chance; Responsabilidade Civil.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the study of liability for the loss of a chance in the Brazilian legal system. Trying first to do an analysis of liability and then focusing on the main theme. It is intended to introduce the origin and historical evolution of loss of chance in the foreign legal system as well as your development in the Brazilian law, moreover, will be shown to your requirements in order to apply the theory and the relevance of the seriousness and the chance lost. It's up to observe the extreme importance of the theory of loss of chance, and your nature of damage, you may also want to demonstrate how the quantum compensation calculation. Finally, for a better understanding of the topic, presented an analysis of the case law and the various brazilian scholars dealing with this Institute. Concluding with the importance and relevance of the topic presented in order of decreasing polemics that surround the theory.

**Key words:** Civil Liability; Damage; Loss of a Chance.



## **LISTA DE SIGLAS**

**Art.** Artigo

**BA** Bahia

**CC.** Código Civil

**CP.** Código Penal

**Min.** Ministro

**RESP.** Recurso Especial

**STJ.** Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	12
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS .....	12
1.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	15
1.2.1 Conduta humana .....	15
1.2.2 Dano experimentado .....	16
1.2.3 Nexo de Causalidade .....	17
1.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL .....	20
1.3.1 Caso fortuito e de força maior .....	20
1.3.2 Culpa exclusiva da vítima .....	21
1.3.3 Culpa exclusiva de terceiro .....	22
1.3.4 Cláusula de não indenizar .....	22
<b>2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	24
2.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE .....	24
2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOCTRINÁRIA DA PERDA DE UMA CHANCE .....	25
2.2.1 França .....	25
2.2.2 Itália .....	26
2.2.3 Brasil .....	27
2.3 MODALIDADES DA PERDA DE UMA CHANCE .....	30
2.4 RELEVÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DANO DA PERDA DE UMA CHANCE E OS LUCROS CESSANTES .....	31
2.5 DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL EM VIRTUDE DE UMA CHANCE PERDIDA .....	33
2.6 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO .....	34
2.7 CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO .....	36
2.8 A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA .....	37
<b>3 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	44

## INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é o estudo dos principais aspectos da responsabilidade civil pela perda de uma chance, destacando a sua evolução nas últimas décadas, as controvérsias que permeiam o tema, bem como sua aceitação e aplicação na doutrina e jurisprudência brasileira.

Para melhor compreensão, será feita a análise da reparação civil pela perda de uma chance, teoria desenvolvida pelo Direito Francês, visando à responsabilização de alguém que se utiliza de um ato fazendo a vítima perder a possibilidade de auferir determinada vantagem ou de se evitar um prejuízo futuro. A teoria que tardiamente chegou ao Brasil apenas nos anos 90 vem tomando terreno e ganhando seguidores.

O objetivo principal do trabalho é colaborar com o estudo da teoria da perda de uma chance, mostrando que é possível a responsabilização civil do causador do dano com base nesta teoria, bem como a natureza de dano autônomo que esta possui.

O método dedutivo se utilizando de pesquisas bibliográficas é o utilizado visando propiciar ao leitor uma objetiva e fácil compreensão.

O trabalho está dividido em dois capítulos.

Onde o primeiro busca introduzir as noções gerais do tema da responsabilidade civil, desenvolvendo a sua origem histórica, bem como seus pressupostos, assim como as excludentes da responsabilidade civil.

O segundo capítulo é mais denso, o qual introduz o tema do trabalho, abordando a perda de uma chance, primeiramente analisando a origem e evolução do tema que surgiu na França no fim do século XIX, ganhando mais força na Itália, o qual influenciou toda a Europa e por fim, adiante veremos seu tratamento no Brasil.

Em seguida serão apresentadas as modalidades da perda de uma chance, quais sejam: a perda da chance de auferir uma vantagem futura e a perda da chance de se evitar um dano que efetivamente ocorreu; também será vista a importância da diferenciação da perda de uma chance e os lucros cessantes, apesar de muitos a confundirem como uma espécie desta, no presente trabalho a enquadraremos como uma categoria autônoma de dano; bem como será tratado o dano moral e dano patrimonial em caso da chance perdida.

A quantificação do dano também será observada, levando em consideração que deve a chance ser séria e real para que possa vir a ser indenizável. Por fim, abordar-se-á a consolidação da perda de uma chance no Brasil apesar de não existir norma positivada sobre o tema e a posição doutrinária e jurisprudencial que os tribunais superiores têm adotado, ambos já demonstram ampla aceitação da teoria, se visualizando diversos julgados por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, as considerações finais e as referências bibliográficas.

## 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se iniciar o estudo da teoria da perda de uma chance, se faz necessário compreender as noções introdutórias da responsabilidade civil, em especial se fazendo uma exposição com um breve histórico, seus pressupostos e excludentes, para então chegar ao ponto principal objeto do trabalho.

### 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A responsabilidade civil é conhecida desde o início da convivência do homem em sociedade, diante do surgimento de conflitos tinha-se a vingança como a primeira forma de reparar os atos que causassem prejuízos a uma determinada pessoa, nessa época primitiva a justiça era feita pelas próprias mãos, por não haver nenhuma lei, norma, regras ou limites.

Tinha-se então a chamada vingança privada, os autores Stolze e Pamplona ensinam que “a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido”<sup>1</sup>.

Com o avanço do Direito, principalmente do Romano, surgiram às primeiras normas e leis de que se tem conhecimento, como o Código de Hamurabi, época que se começava a impor limites, onde já era uma forma de diminuir as barbáries. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: *olho por olho, dente por dente*<sup>2</sup>, a pena de Talião então prevista na Lei das XXII Tábuas é considerado o primeiro dos critérios para então se ressarcir os danos, dispensava a comprovação da culpa, se fazendo necessário apenas a existência de um dano.

Só posteriormente, deu-se início à compensação pecuniária, um acordo no qual a vítima propunha o pagamento de uma quantia em dinheiro que seria como forma de reparar o prejuízo, na qual substituía tanto a vingança como a Lei de Talião, mas logo essa alternativa de escolha foi abolida, cabendo ao ofensor apenas a reparação através da compensação pecuniária, dando um fim à vingança privada.

---

<sup>1</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito Civil – Responsabilidade Civil. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

<sup>2</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3. 2ª ed. rev., ampl.e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 27.

Em seguida nasce a *Lex Aquilia*, considerada um marco na evolução histórica da responsabilidade civil, dela surgiu todos os princípios da responsabilidade extracontratual ou *aquiliانا*, onde seu grande impacto estava no fato de fazer a substituição das multas fixas por uma que fosse proporcional ao dano causado.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia* de dano veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade.<sup>3</sup>

A partir da inserção da culpa como um elemento básico da responsabilidade civil *aquiliانا*, esta acabou por influenciar diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.<sup>4</sup>

O Código Civil de 1916 filiou-se originariamente a teoria subjetiva, como se observa pela leitura do art. 159 do Código Civil de 1916 agora correspondente ao art. 186 do Código Civil de 2002, onde se define o ato ilícito, *verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>5</sup>, se conclui que a obrigação de reparar o dano é consequência jurídica do ato ilícito. A teoria subjetiva depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano, onde sem a prova de culpa, inexistente então a obrigação de reparar o dano.

Entretanto surgiu a responsabilidade objetiva diante das transformações causadas pelo desenvolvimento industrial e do número crescente de acidentes de trabalho, esta responsabilidade dispensa a culpa ou dolo se fazendo necessário apenas o dano e o seu nexo de causalidade, onde se baseia na teoria do risco, Flávio Tartuce didaticamente ensina que haverá responsabilidade independentemente de culpa nos casos previstos em lei *ou* quando a atividade desempenhada criar riscos aos direitos de outrem <sup>6</sup>, assim os danos que sejam

---

<sup>3</sup>Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro - vol. 7: responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

<sup>4</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 57.

<sup>5</sup>BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 30/novembro/2016

<sup>6</sup>TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil . 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 508.

provocados por quem desempenha atividade perigosa serão reparados ainda que o agente o tenha tentado evitar.

O Código Civil de 2002 consagrou a Teoria do risco, no parágrafo único do art. 927:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>7</sup>

Num rol exemplificativo existem outros casos no mesmo diploma civil que tratam da responsabilidade objetiva, quais sejam: art. 933 no qual os pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e de escolas respondem independentemente de culpa, pelos danos causados por seus, pupilos curatelados, prepostos, empregados, hóspedes, moradores e educandos; arts. 929 e 930 que tratam da responsabilidade por ato ilícito no caso do estado de necessidade; art. 936 da responsabilidade do dono do animal; art. 937 do dono do prédio em ruína, art. 938 do habitante da casa da qual caírem coisas; arts. 939 e 940 da responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já pagas; e a responsabilidade objetiva também encontra respaldo em legislações esparsas.

Assim no Brasil o entendimento é o de que vige uma dupla regra geral de responsabilidade civil, sendo a responsabilidade subjetiva a regra geral. Qual seja a teoria escolhida pelo legislador, a responsabilidade civil sempre irá proporcionar à vítima tanto o ressarcimento quanto a reparação do prejuízo que lhe foi causado, buscando o retorno ao *status quo ante*, fazendo-se assim um meio de se promover justiça, reestabelecendo o equilíbrio necessário para que nenhuma das partes saia prejudicada.

Sendo conceitualmente a responsabilidade civil um vínculo que se estabelece entre o causador do dano e sua vítima.<sup>8</sup>

Feita esta introdução, cabe agora adentrar nos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil.

---

<sup>7</sup>BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 30/novembro/2016

<sup>8</sup>ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil – Volume Único. 3. ed. rev., ampl.e atual, Salvador: JusPodivm, 2015. p. 781.

## 1.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante da leitura do artigo 186 do Código Civil de 2002, vejamos: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, se conclui que são três os pressupostos essenciais da responsabilidade civil: conduta humana, dano e o nexo de causalidade.

Maria Helena Diniz também aponta que são três os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente; a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.<sup>9</sup>

Os três elementos serão agora desenvolvidos de forma breve e objetiva.

### 1.2.1 Conduta Humana

A conduta humana é o primeiro elemento, entendido como comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas<sup>10</sup>, ou seja, são causados por uma ação (positiva) ou omissão (negativa), estas provocadas a partir de um comportamento humano voluntário, sendo esta voluntariedade essencial, pois o agente que causou o dano deve agir com sua livre capacidade.

Está-se diante de um comportamento positivo quando o agente parte-se da inércia e este não se abstém de praticar uma conduta que seja proibida em lei. Já a omissão decorre da inatividade, quando o agente deixa de praticar a conduta que era devida e esperada, onde diante da sua omissão gera danos a outrem e caso a conduta positiva tivesse sido praticada teria evitado tal dano.

A responsabilidade pode derivar de um ato próprio que é a regra geral, mas pode também resultar de um ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente ou

---

<sup>9</sup>DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 52-54.

<sup>10</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.



ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam<sup>11</sup>, como bem dispõe o artigo 932 do CC/02.

Nem sempre é necessário que tenha ilicitude na conduta do agente que pratica o ato, pois pode haver responsabilidade civil mesmo diante da licitude. Bem como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona observam “[...] poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal”.<sup>12</sup>

### 1.2.2 Dano Experimentado

O dano ou prejuízo é um dos elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil, pois sem sua configuração não haveria o que se indenizar. Cristiano Chaves conceitua o dano como sendo “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”<sup>13</sup>.

Para que haja a caracterização do dano não é necessário precisar a sua extensão, pois sempre que houver dano independente da sua proporção este será indenizável, bem como todos os danos são passíveis de ressarcimento mesmo que não retorne ao seu estado anterior.

Para que o dano seja reparado será necessário que três requisitos estejam interligados, quais sejam: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, quer dizer, ser a agressão a qualquer indivíduo, um bem jurídico que atinge sempre um sujeito de direito, seja esta física ou jurídica; a certeza do dano, este deve ser certo para que então possa ser indenizável, o fato de atingir um direito personalíssimo e não poder quantificá-lo economicamente não importa dizer que este dano não era efetivo, requisito de fundamental importância para a aplicação da teoria da perda de uma chance a ser tratada neste trabalho adiante; e por fim a subsistência do dano, caso este já tenha sido indenizado não haverá mais interesse na sua responsabilidade civil.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4, Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

<sup>12</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 84.

<sup>13</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 207.

<sup>14</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 90-92.

Diante de o dano ser um extenso assunto debatido na doutrina, nos limitaremos aos seus aspectos gerais, incluindo as suas espécies, que doutrinariamente classificam-se em patrimonial e moral.

O dano pode ser patrimonial, ou extrapatrimonial, o patrimonial atinge como o próprio nome diz o patrimônio da vítima efetivando sua diminuição, bem como causando prejuízos econômicos, abrangendo coisas corpóreas e incorpóreas, já o extrapatrimonial acarreta uma lesão a vítima sem valor econômico.

Sergio Cavalieri brilhantemente aborda:

Convém assinalar, ainda, que o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.<sup>15</sup>

O dano patrimonial se desdobra em o dano emergente e o lucro cessante, convém analisa-los. O dano emergente está ligado ao prejuízo efetivo que a vítima teve, ou seja, o que ela efetivamente perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*<sup>16</sup>, já o lucro cessante corresponde ao que a vítima deixou de lucrar, ou seja, o que ela não ganhou ou deixou de auferir em virtude do prejuízo.

Entretanto quando o dano atinge bens personalíssimos, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana<sup>17</sup> que sempre deve ser protegida, resulta-se no dano moral.

Assim busca-se com dano moral uma satisfação e a sua prova decorre da gravidade que teve o ilícito. Cabendo ao juiz que analisará o caso se ater a repercussão que o dano tomou bem como olhar a disponibilidade econômica do ofensor, fazendo um arbitramento e logo estimando a quantia que repararia o dano moral.

### 1.2.3 Nexo de Causalidade

---

<sup>15</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 78.

<sup>16</sup>Ibidem, p. 84.

<sup>17</sup>Ibidem, p. 88.

Será o terceiro elemento analisado e este é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.<sup>18</sup> É indispensável que o ato ilícito seja a causa do dano e que o prejuízo que a vítima sofreu seja resultado desse ato, sem o qual a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato<sup>19</sup>, pois sem esse nexo inexistirá o dever de indenizar.

Diante da importância do estudo do nexo causal para melhor entendimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, esse merece ser mais aprofundado.

Merece destaque as principais teorias que melhor explicam o nexo de causalidade, quais sejam a Teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*; a teoria da causalidade adequada; e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A primeira teoria é a da Teoria da Equivalência de Condições é a mais antiga, teve origem na Alemanha durante o século XIX, desenvolvida por Von Buri. Essa teoria não faz distinção entre a causa e a condição, ela também não diferencia os antecedentes do resultado danoso, fazendo com que tudo que concorra para o evento seja considerado causa<sup>20</sup>.

Na lição de Sergio Cavalieri ele explica:

Para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de um processo hipotético. Se o resultado desaparecer, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Destarte, condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito.<sup>21</sup>

Esta teoria tem maior aplicação no Direito Penal brasileiro com algumas mitigações, conforme interpretação do seu artigo 13, vejamos:

Art. 13, CP — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.<sup>22</sup>

Sustentam então os defensores desta teoria que o seu resultado será sempre uno e indivisível, não podendo este ser subdividido, de forma a ser este

<sup>18</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p.54.

<sup>19</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 49.

<sup>20</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p.152.

<sup>21</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 51.

<sup>22</sup>BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 1/dezembro/2016

atribuído a cada uma das condições, isolada e autonomamente, sendo assim todas as condições, antecedentes que são necessárias ao resultado, estas se equivalem.<sup>23</sup>

Diante de todo o exposto, esta teoria não foi recepcionada pelos estudiosos do Direito Civil.

A segunda teoria é a da causalidade adequada, esta também surgiu na Alemanha, mas apenas no final do século XIX e foi desenvolvida pelo filósofo Von Kries, para os seus adeptos não se poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”<sup>24</sup>. Esta teoria é capaz de fazer a distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância<sup>25</sup>.

Stolze e Pamplona completam o raciocínio afirmando que:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.<sup>26</sup>

Por fim, temos a terceira teoria que é a da causalidade direta ou imediata, esta foi desenvolvida no Brasil pelo Professor Agostinho Alvim, para o ilustríssimo professor a causa seria só um antecedente fático, que quando ligado por um vínculo ao resultado danoso, haja uma relação de causa e efeito que ocorra de forma direta e ao mesmo tempo imediata.

Apesar de bastante divergência entre doutrinadores, a teoria da causalidade direta ou imediata torna-se a que mais se encaixa no Código Civil Brasileiro, como se vê ao ler o artigo 403 do Código Civil de 2002:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.<sup>27</sup>

Para completar este mesmo entendimento Carlos Roberto Gonçalves expôs: “Das várias teorias sobre o nexa causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403”<sup>28</sup>. Mas é importante frisar

<sup>23</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>24</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p.154.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 51.

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p.155.

<sup>27</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 7/dezembro/2016.

<sup>28</sup> GONÇALVES, 2002, apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2012, p. 159.

que esta não é a posição majoritária dos doutrinadores e da jurisprudência, pois os mesmos ora trabalham adotando a teoria da equivalência de condições, enquanto outros desenvolvem a tese da teoria da causalidade adequada, sendo ambas recepcionadas no ordenamento.

### 1.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Depois de visto os pressupostos da responsabilidade civil, cabe agora mencionar as suas excludentes, lembrando que o nexo de causalidade pode ser rompido quando diante de caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, todas essas mencionadas ocorrem no âmbito extracontratual. Há também as excludentes da responsabilidade civil no meio contratual como a cláusula de não indenizar, que será estudada no decorrer desse trabalho.

Caso ocorram as excludentes seriam elas capazes de afastar a responsabilização do agente, pois não haveria o nexo causal necessário entre a conduta do agente e o dano.

#### 1.3.1 Caso fortuito e força maior

O art. 393 em seu parágrafo único não fez distinções entre caso fortuito e força maior, considerando-os apenas como sinônimos vejamos:

Art. 393. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.<sup>29</sup>

Todavia cabe distingui-las, para que ambos ocorram é preciso que decorram de um fato que era inevitável, estranho a vontade humana, bem como que o seu evento não tenha decorrido de culpa.

Sendo assim, está à força maior atrelada aos fatos naturais, como exemplo seria uma inundação que afeta o fórum da cidade tornando os processos que lá estavam inutilizáveis, já o caso fortuito decorre de um fato desconhecido e imprevisível, e que caso venha a acontecer não há motivo para se falar em culpa.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 8/dezembro/2016.

Maria Helena Diniz, brilhantemente faz a distinção:

[...] na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.". Já "no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte."<sup>30</sup>

Assim restará configurado a força maior e o caso fortuito, quando houver os seguintes requisitos: que seja o fato necessário e não seja determinado por culpa do devedor; que o fato decorra de causa inevitável e superveniente; e seja irresistível, ou seja, fora do alcance do ser humano.<sup>31</sup>

Ambos excluem o nexo causal, por assim constituírem causa estranha à conduta do agente, ensejadora direta do evento.<sup>32</sup>

Cabe ressaltar também que a doutrina moderna seguindo os passos do professor Agostinho Alvim ainda faz a distinção do fortuito interno e fortuito externo. Assim, seria o fortuito externo causado por fatos da natureza, logo se exclui a responsabilidade, ao passo que o fortuito interno estaria ligado à pessoa ou coisa e nesse caso a responsabilidade não seria afastada, com a exceção apenas caso se origine da culpa.

### 1.3.2 Culpa exclusiva da vítima

Sempre que se esteja diante da culpa exclusiva da vítima, estar-se á diante de uma excludente, pois esta rompe o nexo causal que existe entre o dano e a conduta, incidindo a culpa exclusivamente na vítima.

Paulo Nader dá em sua doutrina o seguinte exemplo, com fins didáticos: "Isto ocorre, por exemplo, quando o agente trafega em seu veículo e a vítima, consciente ou por imprudência, se projeta diante do automóvel, vindo a sofrer lesões corporais ou a perda da vida."<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup>DINIZ, Maria Helena, 2002, apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2012, p. 181.

<sup>31</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. 475.

<sup>32</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 72.

<sup>33</sup>NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, vol. 7, Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83.

Outro detalhe importante frisar é caso haja culpa concorrente ou parcial entre o agente e a vítima, onde nesse caso não se romperia o nexos causal, o que haveria era a reparação proporcional à contribuição que gerou o resultado, a ser calculado conforme o grau de culpa, nesse mesmo sentido Paulo Nader finaliza "A tendência é de condenação do agente à metade do valor da lesão sofrida pela vítima." <sup>34</sup>

No mesmo sentido dispõe o artigo 945 do Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.<sup>35</sup>

### 1.3.3 Culpa Exclusiva de Terceiro

É a culpa exclusiva de um terceiro quando este não tem ligações com o agente que causou o dano e a vítima, é uma pessoa alheia, nesse caso se afasta a responsabilidade rompendo o nexos entre o autor do dano e a vítima.

Esta se equipara ao caso fortuito por ser inevitável e também imprevisível. Como em um exemplo de um motorista que guiando o seu veículo conforme as leis de trânsito, venha a abalroar em uma pessoa, por ter sido tocado por outro veículo em que seu motorista dirigia de forma imprudente.

Entretanto mesmo a culpa tendo decorrido da culpa exclusiva de um terceiro, o autor do dano tem o dever de indenizar a vítima, restando que aquele depois se utilize da ação regressiva contra o terceiro que gerou o dano promovendo a denúncia da lide, devendo o autor, de fato demonstrar que não foi ele que atuou para a causa do resultado. Nesse sentido está o art. 930 do CC/02:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.<sup>36</sup>

### 1.3.4 Cláusula de não indenizar

---

<sup>34</sup>Ibidem, p. 83.

<sup>35</sup>BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 10/dezembro/2016.

<sup>36</sup>Ibidem.

Como falado anteriormente, esta é uma excludente cabível na responsabilidade contratual, onde se houver inadimplemento da obrigação essa cláusula será cabível. É também uma cláusula que beneficia o contratante, pois este transfere seus riscos para a vítima.

Assim, traz a cláusula de não indenizar muita discussão doutrinária, onde uma parcela de autores a consideram imoral, onde defendem que a parte hipossuficiente deveria ser preservada, o que com a aplicação da cláusula não ocorre, outros autores acreditam ser válida essa cláusula levando em consideração que as partes são livres para contratar diante da utilização do princípio da autonomia da vontade.

Mas majoritariamente é uma cláusula que não agrada os estudiosos do Direito Civil. O Código de Defesa do Consumidor veda sua aplicação e em seu art. 25, traz: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.<sup>37</sup>

Timidamente essa cláusula também foi vedada pelo Código Civil no art. 734 ao tratar do transporte de pessoas e suas bagagens, esse artigo trouxe no seu caput "o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade".<sup>38</sup>

Stolze e Pamplona completam que essa cláusula de indenizar só deve ser admitida quando as partes envolvidas guardarem entre si uma relação de igualdade, onde a exclusão do direito à reparação não traduza renúncia da parte economicamente mais fraca.<sup>39</sup>

Terminado o estudo das excludentes da responsabilidade civil, agora adentraremos no foco principal do trabalho, que é a aplicação da teoria da perda de uma chance como dano autônomo no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>37</sup>BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 12/dezembro/2016.

<sup>38</sup>BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 12/dezembro/2016.

<sup>39</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p.190.



## 2 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Depois do estudo sobre a Responsabilidade Civil, o trabalho agora adentra em seu tema principal onde buscaremos estudar as ideias centrais sobre a Teoria da Perda de uma Chance principalmente quanto a sua aplicação como forma de dano autônomo na doutrina e jurisprudência brasileira.

Para Daniel Carnaúba, a perda de uma chance está diretamente ligada ao entendimento de que se trata de uma nova forma que a responsabilidade civil encontra para indenizar um prejuízo. Sendo a perda de uma chance uma categoria igual às outras, quais sejam: o lucro cessante, danos estéticos, danos morais, danos materiais.<sup>40</sup>

A aplicação da teoria da perda de uma chance não está apartada aos requisitos básicos da responsabilidade civil, sendo necessário que a vítima comprove a conduta do agente ofensor, a culpa (em caso de responsabilidade subjetiva), nexo de causalidade e o dano.<sup>41</sup>

De todo modo se aplica a teoria na busca pela reparação da perda de uma oportunidade de algo que a pessoa buscava, a qual foi frustrada em virtude da ação ou omissão de outrem, decorrendo assim a impossibilidade de se afirmar se a vítima alcançaria a vantagem desejada se não fosse o ato danoso, devendo sê-la indenizada então pelo prejuízo decorrente da perda da possibilidade de obter o resultado que ela esperava.

De tal forma não se deve indenizar a vítima pelo que ela deixou de ganhar, mas sim pelo prejuízo decorrente da perda da possibilidade de obter tal resultado esperado.<sup>42</sup>

Sem mais delongas passaremos ao estudo da origem e da evolução da teoria da perda de uma chance.

---

<sup>40</sup>CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método. 2013. p.7.

<sup>41</sup>ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. R. Proc. Geral do Est. São Paulo/São Paulo n. 81 p. 61-84 jan./jun. 2015. p 64.

<sup>42</sup>Ibidem, p. 66.

## 1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Com o passar do tempo e o grande avanço da responsabilidade civil a doutrina pátria se viu voltada a trabalhar o tema da teoria da perda de uma chance, tornando-se este cada vez mais discutido, bem como tendo relevante aplicação nos tribunais superiores e chamando a atenção dos estudiosos. Neste trabalho vamos demonstrar um novo tipo de dano: a perda de uma chance.

É válido primeiramente o estudo da sua origem e evolução histórica que ganhou destaque principalmente na França conhecida como *perte d'une chance* já no fim do Século XIX através de um caso enfrentado pela Corte de Cassação, se desenvolvendo com mais força no século XX na Itália e finalmente a sua chegada ao Brasil já tardia apenas na década de 90.

### 2.2.1 França

A teoria da perda de uma chance teve sua primeira aplicação na França no fim do século XIX, não se sabe precisamente o ano, mas estudiosos acreditam ter ocorrido no ano de 1965, no caso a Corte de Cassação Francesa apreciou o caso de um médico que cometeu um grave erro ao amputar os braços de um bebê para que o parto de sua mãe ocorresse de forma menos danosa. O tal médico acabou condenado pela Corte que considerou o caso como um erro de diagnóstico, para eles o médico perdeu a oportunidade de agir de outra forma e que causasse menos danos à criança.

Com ao passar do tempo o entendimento dos juristas franceses evoluiu sendo hoje mais simples, buscando uma maior proteção às vítimas mesmo em casos de difícil comprovação do nexo causal. Tanto é assim que para caracterizar a chance perdida a doutrina francesa defende ser necessário constatar que a partir do momento que for retirada a conduta do ofensor, o ganho que era esperado não dependeria de outros fatores para poder ocorrer.<sup>43</sup>

Inicialmente a Corte Francesa apreciava mais a perda de uma chance voltada para a seara médica, também conhecida como chance de cura ou sobrevivência. Diversos eram os casos, muitos envolviam erros de diagnósticos e

---

<sup>43</sup>ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. REVISTA DE DIREITO PRIVADO. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 18.

negligências médicas que retiravam a chance de cura do paciente, com o tempo a Corte Francesa estendeu a teoria para outras áreas com decisões sobre a mesma matéria em outros sentidos, como para casos de advogados que aconselhavam seus clientes a não interpor recursos fazendo com que eles perdessem a chance de ter sucesso no litígio, estes são uns dos inúmeros casos em que a jurisprudência francesa aplica a teoria da perda de uma chance. Foi dessa forma que a perda de uma chance se tornou cada vez mais consolidada na França.

Sérgio Savi acrescenta em sua doutrina que “o termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda.”<sup>44</sup>

Teve a jurisprudência Francesa grande importância para o desenvolvimento dessa teoria, pois foi a partir dela que se desenvolveu o seu estudo e aplicação. A partir de então a teoria da perda de uma chance difundida pelo mundo, sendo a Itália outro país que impulsionou seu estudo, que será visto a seguir.

### 2.2.2 Itália

Seu estudo na Itália ocorreu no ano de 1940, onde Giovanni Pacchioni, professor da *Università di Milano*, fez o primeiro estudo sobre a perda de uma chance destacando quando seria possível a indenização pela perda de uma chance quando alguém fosse impedido de auferir algo por culpa de outrem, entretanto Giovanni Pacchioni chamava a atenção da complicação para propor a ação indenizatória, visto ser a lesão difícil de demonstrar.<sup>45</sup>

Mas foi a partir do estudo de Adriano de Cupis no ano de 1966 com a sua obra *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, onde este se demonstrou ser possível a indenização a partir da perda de uma chance, esse estudo do Adriano de Cupis acabou por influenciar as doutrinas e jurisprudências italianas, ele destacava ser a perda de uma chance um dano emergente e que a indenização que a vítima receberia sempre deveria ser inferior ao que a pessoa iria receber se o dano que o terceiro causou não tivesse ocorrido.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup>SAVI, Sérgio Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

<sup>45</sup>Ibidem, p. 12.

<sup>46</sup>Ibidem, p. 15.

Adriano de Cupis foi responsável pelo surgimento do requisito de que as esperanças aleatórias não poderiam ser passíveis de indenização na responsabilização por perda de uma chance, para o mesmo autor a quantificação do dano deveria ser feita de forma equitativo pelo juiz e este também foi o responsável por limitar que a indenização pela perda de uma chance deve decorrer de chances sérias e reais para poder ser responsabilizada.<sup>47</sup>

Em 1976 foi à vez de Maurizio Bocchiola aprimorar o estudo de Adriano de Cupis, Maurizio que destacou que termo chance decorria da probabilidade de obter lucro ou evitar a perda, assumindo então valor econômico, mas este também deixa claro que tudo dependerá do caso concreto, pois não deve ser qualquer possibilidade perdida que obriga o ofensor a ressarcir o dano a vítima.<sup>48</sup>

Bocchiola destaca que a indenização pela chance perdida só seria possível quando a vítima demonstrar que a vantagem era superior a 50%. Sergio Savi doutrinariamente destaca:

A conclusão da importante pesquisa de Bocchiola pode ser assim sintetizada: (i) a chance, desde que com uma probabilidade de sucesso superior a 50%, pode ser considerada um dano certo e, assim, ser indenizável; (ii) será indenizável como dano emergente e não como lucro cessante; (iii) a certeza de tal dano será valorada segundo um cálculo de probabilidade.<sup>49</sup>

### 2.2.3 Brasil

O Brasil sofreu fortes influências, se vê o Código Civil de 2002 o qual foi elaborado com base no Código Francês e Italiano, aqui o pioneiro no tema da perda de uma chance foi o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior onde prolatou em acórdãos aplicando a teoria, o primeiro datado de 12 de junho de 1990 e o segundo de 29 de agosto de 1991.<sup>50</sup>

O primeiro caso se tratava de uma mulher que se submeteu a uma cirurgia refrativa para correção de miopia com objetivo de dispensar o uso dos óculos de grau, no entanto teve a autora sequelas no olho operado adquirindo hipermetropia, imputando a culpa ao médico e postulando pagamento de indenizações. Nesse caso

---

<sup>47</sup>Ibidem, p. 17.

<sup>48</sup>Ibidem, p. 18.

<sup>49</sup>Ibidem, p. 23.

<sup>50</sup>HIGA, Flávio da Costa. A perda de uma chance no direito do trabalho. 2011. 302 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 47.

apenas foram fixados os pressupostos da teoria, rechaçando a sua aplicação ao caso concreto.<sup>51</sup>

Foi então o segundo caso o pioneiro no Brasil a acolher e conceder a indenização com base na teoria da perda de uma chance, se tratava da negligência do advogado, houve o extravio dos autos e este não informara a sua constituinte da situação processual e nem tomara a providência cabível onde deveria postular a restauração dos autos. Então o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior concluiu que houve descumprimento ao dever do advogado e o dano causado correspondia a perda de uma chance.<sup>52</sup>

O professor Agostinho Alvim um estudioso a frente do seu tempo trouxe o tema em seu livro, apesar de tratar do assunto implicitamente, ele expôs a perda de uma chance voltada para a figura do advogado que perdia o prazo de apelação prejudicando o seu cliente e o caso de um concurso de animais, ambos permitem a aplicação da teoria. Caio Mario da Silva Pereira também foi outro doutrinador que acolheu esta teoria aplicando-a em casos que a vítima tinha grande probabilidade de auferir determinada vantagem e acaba por ser lesada, ou seja, para ele será a vítima indenizada desde que exista chance seja séria e real. José de Aguiar Dias tratou também da responsabilização do advogado pela perda de uma chance em razão da perda do prazo para a interposição de recurso. Sílvio de Salvo Venosa afirma ser a perda de uma chance um terceiro gênero de indenização, em suas palavras: “a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante”.

Cavaliere Filho defende que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis, apenas aqueles que as probabilidades de atingir o sucesso eram superiores a 50%<sup>53</sup> e assim trata do tema em sua doutrina:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup>Ibidem, p. 48-49.

<sup>52</sup>Ibidem, p. 50.

<sup>53</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 82.

<sup>54</sup>Ibidem, p. 81.

Apesar de ser um tema que vem ganhando destaque e de ser aceito pelos doutrinadores, ainda é tratado de forma resumida por estes em seus livros.

No Brasil o tema ganhou mais notoriedade com o Recurso Especial nº 788.459/BA<sup>55</sup>, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 08 de novembro de 2005, no caso do "Show do Milhão" exibido pelo canal do SBT, um programa de perguntas e respostas onde a premiação do candidato aumentava gradativamente conforme os acertos, chegando a premiação máxima de um milhão de reais, neste caso uma candidata chegou a última pergunta que valia a quantia máxima ofertada pelo programa, mas que por conta da má elaboração da derradeira questão ela preferiu desistir de seguir no jogo recebendo apenas o valor que acumulou até onde chegou que era quinhentos mil reais.

E contava com a seguinte pergunta e respostas: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta 1 - 22% 2 - 02% 3 - 04% 4 - 10%" (esta última era a resposta correta, segundo a produção do programa), ocorre que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 não estabelece qualquer porcentagem de terra aos índios, não havendo portanto resposta correta.

Esta candidata se viu lesada e decidiu ingressar com uma ação requerendo o pagamento de todo o prêmio alegando a má formulação da pergunta, visto que não havia resposta correta e se viu impedida de ganhar o prêmio milionário. Após analisar o caso STJ indenizou a participante do programa em 125 mil reais, que correspondia a 25% das chances que ela teria de acertar, decidiu assim o tribunal, pois entendeu não ser possível precisar se a candidata acertaria a pergunta final. A ementa do julgado dispõe:

"Recurso especial - Indenização - Improriedade de pergunta formulada em programa de televisão - Perda da oportunidade. I. O questionamento, em programa de 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" (STJ, REsp 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.a Turma, j. 08.11.2005, DJ 13.03.2006, p. 334).<sup>56</sup> (grifo nosso)

<sup>55</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial 788459/BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça da União, 13 mar. 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em 03/janeiro/2017.

<sup>56</sup> Ibidem.

Esse caso ocorrido em 2005 foi o pontapé inicial para a aplicação e conhecimento da teoria da perda de uma chance no Brasil, a maioria voltada para oportunidades que a vítima se vê impedida de auferir determinada vantagem.

A seguir serão tratadas suas modalidades com o objetivo de entender melhor a forma como a teoria da perda de uma chance é aplicada.

### 2.3 MODALIDADES DA PERDA DE UMA CHANCE

A perda de uma chance é dividida em duas classificações, aqui adotaremos a do doutrinador Fernando Noronha a qual é aclamada por todos os estudiosos, assim apresentada: a) a perda da chance de auferir uma vantagem futura; e b) a perda da chance de se evitar um dano que efetivamente ocorreu; esta ainda se subdivide em outras duas categorias que são: a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação.<sup>57</sup>

Casos verificados que se iniciam por conta da conduta de outrem que elimina toda a chance de a vítima alcançar o resultado pretendido, fazendo desaparecer a oportunidade de no futuro obter um benefício ou qualquer vantagem.

A primeira classificação de Noronha é a perda da chance de auferir uma vantagem futura esta se volta para a doutrina francesa com os casos "clássicos do direito", os de advogados inertes que perdem o prazo de recorrer prejudicando seu cliente bem como do concursando que perdeu a oportunidade de realizar as provas por culpa de outrem. Assim frustrou-se uma vantagem que a vítima buscava almejar no futuro. Entretanto sem a comprovação da possibilidade de obter a vantagem, a sua mera presunção não dá a oportunidade de reparação por chances.

Dessa primeira classificação decorrem outras duas submodalidades: a perda da chance de realizar um benefício em expectativa e a perda da chance de evitar um prejuízo futuro, eventos estes que se concretizariam no futuro e por conta da conduta do ofensor que o interrompeu o resultado esperado não se concretizou, não sendo possível estabelecer que o resultado esperado ocorreria.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup>NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. Fundamentos do Direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 668.

<sup>58</sup>Ibidem, p. 677.

A segunda modalidade é a perda da chance de se evitar um dano que efetivamente ocorreu, aqui era possível evitar que esse resultado danoso se concretizasse, esta se subdivide em: perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação, onde estão voltadas para a ocorrência de um dano presente. A primeira subclassificação trata da situação onde o infrator podia e deveria ter evitado o dano se este tivesse tomado outra atitude, a segunda se enquadra ao infrator que tendo a oportunidade de tomar uma decisão justa não a faz, ou seja, não tomou a decisão adequada.

#### 2.4 A RELEVÂNCIA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DANO DA PERDA DE UMA CHANCE E OS LUCROS CESSANTES

Por um bom tempo a perda de uma chance não foi objeto de estudo pelo Direito Brasileiro e com isso deixou muitas vítimas sem qualquer tipo de reparação. Com a evolução da responsabilidade civil a doutrina e jurisprudência se voltaram para essa nova espécie de dano, que seja: as chances perdidas.<sup>59</sup>

Tema controverso, o presente trabalho adota a perda de uma chance como de modalidade *sui generis*, sendo este um terceiro elemento do dano, no entanto doutrinadores a classificam como lucros cessantes ou outra forma de dano emergente.

Os lucros cessantes se enquadram naquilo que a vítima deixou de ganhar caso sua atividade seguisse o curso normal. Esta modalidade deve comprovar o dano ainda que este tenha sido relativo, para assim poder comprovar o prejuízo causado, portanto, uma probabilidade objetiva, buscando indenizar assim os lucros que iriam advir. Bem como tratado no art. 402 CC: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Cavaliere enquadra a perda de uma chance como lucro cessante e complementa:

De qualquer forma, a indenização deve corresponder à própria chance, que o juiz apreciará in concreto e não ao lucro ou perda que dela era objeto,

---

<sup>59</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.



uma vez que o que falhou foi a chance, cuja natureza é sempre problemática na sua realização.<sup>60</sup>

Já na perda de uma chance o que se indeniza é a perda da oportunidade de obter uma vantagem e sabendo-se que esta deve decorrer de uma chance séria e real, seja para auferir lucros ou para evitar prejuízos, tendo então uma probabilidade aleatória, pois caso esta teoria assim não fosse limitada restaria banalizada. Resta dessa forma a vítima prejudicada provar os esforços que utilizou para obter o resultado que esperava e caso essa chance tenha sido apenas hipotética não há indenização. Concluindo-se ser necessário para a indenização a presença do dano conjuntamente com o nexos causal, somado a conduta do agente, bem como ao evento danoso.

Rafael Peteffi da Silva deixa claro que a diferença dos dois institutos está no fato de na perda de uma chance a conduta utilizada pelo réu não ser *sine qua non* para que exista o dano final, mas só a perda da oportunidade de se almejar a vantagem que era esperada.<sup>61</sup>

Silvio de Salvo Venosa é um dos doutrinadores que adota a perda de uma chance como sendo um dano autônomo, para ele a perda de uma chance se encontra entre danos emergentes e lucros cessantes.

Nuno Santos Rocha também defende ser a perda de uma chance um dano autônomo e assim dispõe:

O património como o conjunto de todos os valores juridicamente protegidos, a tutela ressarcitória não se poderá restringir à reparação da lesão sofrida por um bem tangível, incluído no património “real” da vítima, mas terá, nomeadamente, de se estender a outras categorias de bens, cuja presença não é tão empiricamente perceptível pela pessoa, mas que se encontram igualmente presentes no património “jurídico” do lesado, seja como uma situação abstrata (não perceptível através dos sentidos), seja como um estado intermédio de um processo evolutivo que tem como resultado final a produção de um bem material, ou imaterial (uma res, uma utilidade, uma vantagem, etc.). Nesta perspectiva nada impede que se considere a perda de chance como um dano autónomo, economicamente avaliável e passível de ser indenizado.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 84.

<sup>61</sup>SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 225

<sup>62</sup>ROCHA, Nuno Santos. A perda de uma chance como nova espécie de dano. 2011. 51 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2011. p. 41.

E assim já decidiu o STJ no Recurso Especial 1190180, que teve como relator o Ministro Luís Felipe Salomão, no qual acolhe a perda de uma chance como dano autônomo:

[...] 1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une 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. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.<sup>63</sup> (grifo nosso)

Dessa forma não há óbices para a aceitação da perda de uma chance como um dano autônomo, já que haverá a indenização para a vítima que teve frustrado o seu objetivo por fato de outrem, sendo o ofensor responsabilizado pela chance perdida como um dano autônomo, assim segue o entendimento deste trabalho. Refutamos totalmente a sua consideração como lucro cessante, pois não se trata de uma vantagem certa que já havia ocorrendo para a vítima.

## 2.5 DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL EM VIRTUDE DE UMA CHANCE PERDIDA

Como já tratado acima quando falado sobre o dano experimentado, vale lembrar que o dano patrimonial afeta o patrimônio da vítima, causando prejuízos econômicos e o dano moral afeta os direitos da personalidade sendo estes insuscetíveis de valor econômico, que se destacam à honra, o nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, ou seja, à própria dignidade da pessoa humana.

Daí surge a pergunta, qual destas duas categorias se encaixaria a perda de uma chance? A resposta mais acertada é aquela que defende depender de cada caso concreto a ser analisado, pois diante do caso, a chance perdida pode se enquadrar em uma das duas hipóteses.

---

<sup>63</sup>STJ. 4ª Turma. REsp 1190180. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 22/11/2010

Inclusive o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.079.185/MG 2008, trouxe: "a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais."<sup>64</sup>

No mesmo sentido é o Enunciado nº. 444 na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, onde trouxe:

444) Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita 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.<sup>65</sup>

Assim conforme tenha sido o bem jurídico violado pela perda de uma chance, poderá ser deferido à vítima uma indenização seja por danos morais ou patrimoniais àquele que teve frustrado a oportunidade de obter uma vantagem futura.<sup>66</sup>

## 2.6 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

É certo que quando surge o dever de reparar pela perda de uma chance, decorre então a necessidade de verificar qual será a fixação desse *quantum* indenizatório, visto que todo ato lesivo deve ser reparado. Devendo a chance perdida ser séria e real para que então haja a necessária obrigação de indenizar, caso contrário não haverá. Lembrando o art. 944 do CC/02 em seu caput determina que "a indenização mede-se pela extensão do dano".

Na Itália para ser indenizável na forma da teoria da perda de uma chance esta deve ter passado de 50%, na França e assim como tem sido aplicado no Brasil, à indenização pode decorrer mesmo que não ultrapasse os 50% de chances.

A regra utilizada na aplicação da teoria da perda de uma chance é que esta reparação será inferior à vantagem que era esperada a ser obtida e a qual foi perdida pela vítima.

<sup>64</sup>STJ, REsp 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi j.11.11.2008.

<sup>65</sup>Enunciado nº 444 do CCJF, da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file)>. Acesso em 05/janeiro/2017.

<sup>66</sup> ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. Op. cit., p. 76.

Regra esta que é utilizada também na jurisprudência francesa que influenciou todas as outras demais e onde Rafael Peteffi da Silva explica que: "A reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado".<sup>67</sup> E esboça o seguinte exemplo:

Como bom exemplo desta afirmação tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de apostas mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.<sup>68</sup>

O mesmo autor também dá outro exemplo:

No caso de perda de prazo recursal por advogado, se o julgamento favorável da demanda traria para a vítima uma vantagem econômica de R\$ 10.000 (dez mil reais), e ela tivesse 30% (trinta por cento) de chance de reverter sentença de improcedência, a indenização pela perda da chance deverá ser de R\$ 3.000 (três mil reais).<sup>69</sup>

Nesse sentido deve-se assim o ressarcimento a vítima ser proporcional à chance perdida. Noronha corrobora que a perda de uma chance será reparada quando houver possibilidade de:

[...] calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação.<sup>70</sup>

Sabendo-se que o valor da indenização da chance perdida será sempre menor ao que era atribuído no fim da vantagem que era esperada pela vítima.

Seguindo o mesmo caminho Cavalieri afirma que: "O valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atentando também aqui para o princípio da razoabilidade."<sup>71</sup>

<sup>67</sup> SILVA, Rafael Petaffi da. Op. cit., p. 143

<sup>68</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>70</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 671.

<sup>71</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 82.

Assim deve o juiz se orientar a cada caso concreto buscando um denominador justo, tomando sempre o devido cuidado para não vir a causar injustiças ou o enriquecimento ilícito.

Por fim, é unânime os doutrinadores defenderem que quanto à quantificação da perda de uma chance seu valor será sempre menor ao da vantagem de alcançar o final almejado, pois não se sabe o que ocorreria se não houvesse a interrupção de outrem, busca a indenização levar a vítima ao seu *status quo ante*.

## 2.7 CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

A dificuldade encontrada para se aplicar a perda de uma chance no direito brasileiro é atribuída ao fato da ausência de fundamentação legal para sua aplicação. Como já visto anteriormente, se sabe que para a teoria da perda de uma chance ser aplicada esta deve ser séria e real, bem como a vítima preencha os requisitos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Mas já se trata de um debate superado por já se tratar de um tema aceito e defendido pelos tribunais e pela doutrina.

Sérgio Savi defensor ferrenho da teoria expõe:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos, será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.<sup>72</sup>

Rafael Peteffi da Silva lembra que o respaldo para verificação do requisito da certeza do direito Brasileiro se encontra nos arts. 402 e 403 do CC/02<sup>73</sup>:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> SAVI Sérgio. Op. Cit. p. 119.

<sup>73</sup> SILVA, Rafael Petaffi da. Op. cit., p. 238.

<sup>74</sup> BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 06/janeiro/2017

O art. 403 do CC/02 não impede a aplicação da perda de uma chance e assim Judith Martins Costa defende:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda de uma chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima prova a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.<sup>75</sup>

A Constituição Federal de 1988, também foi de fundamental importância ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana e que este deve-se pautar na construção de uma sociedade, livre, justa e igualitária, impulsionou o também princípio da reparação integral que se encontra no artigo 944 do CC/02.

Conclui-se que não há qualquer impedimento para a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento Brasileiro, podendo assim ser amplamente aplicada nos tribunais e a negação de sua aplicação resta configurado um grande atraso na aplicação da responsabilidade civil. Ehrhardt Júnior e Porto asseveram: "a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo surge como a direção a ser seguida pelo direito nacional".<sup>76</sup>

## 2.8 A POSIÇÃO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Como foi tratado no aspecto histórico neste trabalho, a teoria da perda de uma chance só começou a ser tratada no Brasil no início dos anos 90, hoje a teoria se encontra consolidada no STJ e nas doutrinas muitos autores já falam sobre o tema mesmo que superficialmente sendo pouco os que a ignoram.

Os que mais se aprofundaram no estudo e são as referências quando se fala do tema foram os doutores Rafael Peteffi da Silva onde foi o tema de sua dissertação de mestrado em 2001, bem como de seu doutorado em 2005 e Sérgio Savi que lançou o primeiro livro sobre o tema em 2005. Os outros doutrinadores

<sup>75</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org). Do Inadimplemento das Obrigações. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 358.

<sup>76</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. A reparação das chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-reparacao-das-chances-perdidas-e-seu-tratamento-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em 06/janeiro/2017.

separam um pequeno espaço em suas obras para tratar sobre essa nova espécie de dano.

No esboço histórico brasileiro deste trabalho já falamos sobre o posicionalmente dos autores clássicos como Agostinho Alvim, Caio Mario da Silva Pereira, José de Aguiar Dias e dos autores contemporâneos que tratam da teoria como Silvio de Savio venosa e Cavalieri Filho.

Vale aqui citar o entendimento de Rafael Peteffi, este encara a teoria da perda de uma chance sob duas formas, a de um dano específico que independe do resultado final ou a sua utilização de recurso à causalidade parcial, que vislumbra o dano final.<sup>77</sup>

Já Sérgio Savi defende que a perda de uma chance se encontra em torno de naturezas distintas, podendo ser, material e imaterial vindo a depender de cada caso concreto.<sup>78</sup> Para ele o pioneiro no Brasil a tratar da perda de uma chance especificamente em um livro foi Sérgio Novais quando em 1999 lançou o livro "Responsabilidade Civil do advogado na perda de uma chance", este autor fez um estudo sobre a atuação do advogado e a perda da chance de seu cliente onde sua indenização será pautada no que deixou de ganhar ou na redução de seu patrimônio.<sup>79</sup>

Fernando Noronha baseou sua obra no estudo da natureza jurídica da perda de uma chance, para ele quando o dano final tiver sua natureza aleatória, em virtude da sua incerteza se esta resultou ou não de ato ilícito de terceiro, a perda de uma chance constituiria um dano real, por ter tido frustrada a chance de obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.<sup>80</sup>

Paulo Nader enquadra a perda de uma chance apenas como uma categoria de lucro cessantes, quando a chance for concreta e real. E o demonstra esboçando o seguinte exemplo:

Se o advogado, em uma ação de ressarcimento de danos, proposta por seu cliente e julgada improcedente em primeiro grau, perde o prazo recursal sem motivo relevante, sujeita-se a responder civilmente por sua omissão. Nesta nova ação, o autor fundará o seu pleito indenizatório na *perda de uma chance*. Para obter êxito, todavia, há de demonstrar que a probabilidade de ganho em segundo grau era séria, real. Seria a hipótese, por exemplo, em que o *decisum* contrariou a jurisprudência mansa e

---

<sup>77</sup> SILVA, Rafael Petaffi da. Op. cit., p. 124-125.

<sup>78</sup> SAVI Sérgio. Op. Cit. p. 40.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>80</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 6697-698.

pacífica da instância superior. Neste caso, caracterizada restará a prática de ato ilícito com todos os seus elementos.<sup>81</sup>

Flávio Tartuce em sua doutrina não adere à reparação civil pela perda de uma chance, pois para ele essa teoria não passa de danos eventuais ou hipotéticos e explica:

Isso porque tais danos seriam, em muitos casos, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se.<sup>82</sup>

Conforme todo o exposto podemos considerar a perda de uma chance como uma teoria já aceita pela maioria dos doutrinadores brasileiros, todos que a defendem entendem conjuntamente que deva a chance ser séria e real para que possa vir a ser indenizável e em se tratando do *quantum* indenizatório este será menor do que a vantagem final esperada, apesar de ser inegável que há doutrinadores com visões ultrapassadas não aceitando a aplicação da teoria da perda de uma chance.

O tema aos poucos começou a ser aplicado nos tribunais brasileiros, por ser um tema relativamente novo a perda de uma chance muito por vezes é aplicada de forma equivocada quanto ao seu quantum indenizatório ou sem a devida observância dos seus requisitos.

Observa-se um aumento no número de causas julgadas pelos tribunais superiores voltado a perda de uma chance. Em 1990 surgiram os primeiros casos avaliados e aceitos na justiça brasileira, especificamente no Rio Grande do Sul, mas só muitos anos depois esta teoria começou a ser consolidada em âmbito nacional.

Como visto no esboço histórico da perda de uma chance no Brasil, a atenção para este tema tomou maior notoriedade a partir do Caso do "Show do Milhão" em 2005, analisaremos a postura dos tribunais pós esse caso, visto que antes dele a teoria era aplicada de forma divergente aos entendimentos hoje feitos, assim não servindo de importância para o trabalho.

Após o caso acima mencionado, outro que ganha destaque é o Resp. 1.254.141-PR, que teve como relatora da Ministra Nancy Andrighi, que foi julgada na data de 04 de dezembro de 2012. Sua ementa:

---

<sup>81</sup> NADER, Paulo. Op. cit., p. 58.

<sup>82</sup> TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 467.



Direito civil. Câncer. Tratamento inadequado. Redução das possibilidades de cura. Óbito. Imputação de culpa ao médico. Possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Redução proporcional da indenização. Recurso especial parcialmente provido.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, no qual o agente frustra a vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no Direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no Direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.<sup>83</sup>

Trata este julgado da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica e este reconhece a indenização nesse âmbito, para a Min. Nancy Andrichi ficou comprovado à imperícia do médico na aplicação do tratamento adequado o que minou as chances de cura da paciente, bem como também considerou a perda de uma chance um dano autônomo e que sua indenização não poderia alcançar o valor do bem perdido.

Em 2014 no Recurso Especial nº 1.291.247-RJ, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino relator deste acórdão tratou do caso de um casal que contratou uma empresa especializada em serviços de criopreservação, onde seria feita a coleta das células-tronco do filho do casal no momento de seu nascimento, pois este tipo de procedimento só pode ser feito no momento do parto da mãe. Ocorre que mesmo tendo sido a empresa devidamente contratada e avisada para estar presente no momento do parto, a empresa não enviou seus técnicos para realizarem a coleta, tendo então perdido a possibilidade de realizar o procedimento. O Ministro relator

<sup>83</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.254.141/PR, (2011/0078939-4), Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 04 de dezembro de 2012.

destacou a importância da defesa dos direitos do nascituro e no seu entender restou configurada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois a empresa responsável pela coleta das células-tronco retirou a possibilidade dessa pessoa se utilizar um dia das células para tratamentos médicos, caso no futuro venha a ter alguma doença.<sup>84</sup>

Apesar do importante debate que trouxe esse caso, cumpre ressaltar o que foi exposto por todo o trabalho, que a aplicação da teoria da perda de uma chance deve ser feita apenas diante de uma chance séria e real. Logo se vê que por poucas vezes, a jurisprudência brasileira aplica a teoria de forma equivocada.

Mesmo que com alguns desacertos, hoje a jurisprudência Brasileira já trata a perda de uma chance próximo de como ela é aplicada nos tribunais estrangeiros, principalmente na França, a importância desse fato se dá pelo inegável reconhecimento da chance perdida como dano autônomo, da sua importância para verificar que se trata de uma chance séria e real e da indenização, esta a ser sempre menor ao da vantagem de alcançar o final almejado.

---

<sup>84</sup> MIGALHAS. Reconhecido dano moral a bebê que não teve células-tronco colhidas no parto. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209156,31047-Reconhecido+dano+moral+a+bebe+que+nao+teve+celulastronco+colhidas+no>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tratou da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a teoria decorre do fato de alguém que teve o curso normal dos eventos interrompido, onde restou ceifada suas chances de alcançar certa vantagem ou a oportunidade de se evitar um dano.

Não é possível precisar se a vítima alcançaria o resultado almejado caso não tivesse ocorrido à intervenção do autor do dano, mas o ordenamento jurídico é claro ao destacar que sempre que houver um ato que produza prejuízos a outrem, este deve ser reparado garantindo que a vítima retorne a seu *status quo ante*, decorrendo então a responsabilidade civil.

Seus pressupostos são os mesmos que decorrem de toda responsabilidade civil, quais sejam: a conduta humana, o nexu causal e o dano experimentado. Na perda de uma chance se acrescenta um detalhe, a que a chance perdida seja séria e real, ou seja, que exista grande probabilidade do resultado se concretizar, sabendo-se que não haverá responsabilização quando a chance perdida se trate de uma mera hipótese ou expectativa.

Apesar do grande debate acerca da sua natureza jurídica, consideramos correto tratá-la como uma terceira espécie de dano, sendo então, uma categoria de dano autônomo, já que neste caso o dano decorre da perda da chance de auferir determinada vantagem ou de se evitar prejuízos futuros, assim é também o entendimento da maioria doutrinária.

No *quantum* indenizatório o entendimento majoritário é que este deve ser sempre menor ao valor da vantagem de alcançar o final almejado, já que não dá para saber se a vítima atingiria o resultado esperado caso o evento que foi frustrado não tivesse ocorrido. Sendo sua quantificação final arbitrada pelo juiz de forma equitativa visando às chances sérias e reais que tinha a vítima.

Busca-se com este trabalho a demonstração da relevância da aplicação da teoria da perda de uma chance, para que esta venha caminhar a passos largos sendo desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro igualmente é na jurisprudência estrangeira.

A teoria da perda de uma chance já se encontra plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência com sua aplicação em progressivo crescimento, já sendo realidade no direito brasileiro, mesmo não se encontrando positivada. Faltando-lhe

apenas pequenos ajustes para que a presente teoria venha a ser aplicada de forma correta e coerente, buscando se evitar injustiças e a banalização quando da sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro**. REVISTA DE DIREITO PRIVADO. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro**. R. Proc. Geral do Est. São Paulo/São Paulo n. 81 p. 61-84 jan./jun. 2015.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 3. ed. rev., ampl.e atual, Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406/2002. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 30/novembro/2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 1/dezembro/2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 12/dezembro/2016.

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**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - vol. 7: responsabilidade civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

**Enunciado nº 444 do CCJF, da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/at_download/file)>. Acesso em 05/janeiro/2017.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. **A reparação das chances perdidas e seu tratamento no direito brasileiro**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-reparacao-das-chances-perdidas-e-seu-tratamento-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em 06/janeiro/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Volume 3. 2ª ed. rev., ampl.e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito Civil – Responsabilidade Civil**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4, Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIGA, Flávio da Costa. **A perda de uma chance no direito do trabalho**. 2011. 302 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org). Do Inadimplemento das Obrigações. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIGALHAS. **Reconhecido dano moral a bebê que não teve células-tronco colhidas no parto**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209156,31047-Reconhecido+dano+moral+a+bebe+que+nao+teve+celulastronco+colhidas+no>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. vol. 7, Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações. Fundamentos do Direito das obrigações**: introdução à responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Nuno Santos. **A perda de uma chance como nova espécie de dano**. 2011. 51 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STJ. **REsp 788.459/BA**, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>>. Acesso em: 08 de nov. de 2005.

\_\_\_\_. **REsp 1079185/MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/certidao-de-julgamento-12198514>>. Acesso em: 11 de nov. de 2008.

\_\_\_\_. **REsp 1190180/RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/72799102/djgo-secao-ii-10-07-2014-pg-440> >. Acesso em: 16 de nov. de 2010

\_\_\_\_. **REsp 1.254.141/PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: < <https://christianocassettari.jusbrasil.com.br/artigos/121942872/fixacao-do-valor-da-indenizacao-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 04 de nov. de 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10. ed. V. 2. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6a Edição. V.4 São Paulo: Atlas, 2006.