

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Nova Lima  
2011

**FLÁVIO FILGUEIRAS NUNES**

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação  
*Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos,  
como requisito parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara  
Brasileiro

Nova Lima  
2011

N972 a NUNES, Flávio Filgueiras  
Aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico Brasileiro. / Flávio Filgueiras Nunes. – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2011.

90 f., enc.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, Área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 86-90

1. Responsabilidade civil. 2. Perda da chance. 3. Nexos de causalidade. 4. Dano autônomo. I. Brasileiro, Ricardo Adriano Massara. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título

CDU 340.11(043)  
347.51



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro*”, de autoria do mestrando Flávio Filgueiras Nunes, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro  
(Orientador)

---

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Junior  
(Examinador)

---

Prof. Pós-Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior  
(Examinador)

---

Prof.  
(Suplente)

Nova Lima, 22 de setembro de 2011.

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – Cep 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900

Às pessoas mais importantes da minha vida é que dedico todas as minhas vitórias e conquistas. Minha mãe eterna incentivadora, companheira e amiga de todas as horas. A memória da minha “Vó Totonha”, suas preces me guiam todos os dias, sua vida é exemplo de luta, coragem e determinação. Pai que a presente conquista seja estímulo para a sua pronta recuperação.

## **AGRADECIMENTOS**

A concretização de qualquer projeto não é possível sem apoio e auxílio. Este não foi diferente, agradeço carinhosamente a todas as pessoas que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho, no entanto, faço questão de mencionar nominalmente aqueles que contribuíram de forma mais direta.

A Nauana Aguiar Martins, companheira e incentivadora de todas às horas. Suas palavras de carinho e incentivo nos momentos de cansaço e desânimo foram fundamentais.

Aos amigos de toda a vida Alexandre Bisaggio, Daniel Lisboa e Tatiana Ragazzi, a torcida de vocês foi fundamental para o vencimento desta etapa. A amiga Thiely Pain pela acolhida em sua residência no período de estudo em Belo Horizonte.

Aos amigos Geraldo Marcelino Freitas Júnior e Diego Bolotare pelo apoio concedido nos muitos momentos de ausência no escritório em busca da qualificação.

Em especial gostaria de agradecer ao professor Ricardo Massara Brasileiro por aceitar o desafio de orientar o presente trabalho. Gostaria de agradecer aos professores Jason Soares Albergaria Neto e Rodolpho Barreto Sampaio Junior pelo estímulo a pesquisa e pela excelente e sempre pronta recepção quando provocados. A todos os funcionários do curso de Pós-Graduação da Faculdade Milton Campos, em especial a Miralda e a Rosely por sempre me atenderem carinhosamente e prontamente.

Aos novos amigos conquistados durante o estudo em Belo Horizonte os quais gostaria de mencionar nominalmente: Graziella Guerra Bacelete, José Humberto Souto Júnior e Andréa Gouthier Caldas.

## RESUMO

Durante longo tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda da oportunidade de obter um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido. O presente trabalho objetiva difundir a teoria em comento, apresentando as situações de aplicação, bem com os requisitos que devem observados para a sua aplicação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda da chance. Nexos de causalidade. Dano Autônomo.

## ABSTRACT

For a long time, Law practice has ignored the possibility of holding responsible the damage maker from the opportunity failure of obtaining a desirable result or to avoid loss, arguing that something that has not happened, cannot be an object of certainty, to provide repairing. Likely the doctrine attitude, courts are used to demand, by the victim who alleged opportunity failure, doubtless proof that if the referred fact didn't occur, one would achieve the desired result. The current assignment has the objective of publishing the commented theory, presenting applicable situations, and also the requirements that should be observed.

Key words: Lost of a chance. Civil responsibility. Causality nexus. Autonomous Damage.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AVC	Acidente Vascular Cerebral
BA	Bahia
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Min.	Ministro
RE	Recurso Especial
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A CARACTERIZAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE: O FATO DANOSO E O NEXO CAUSAL</b> .....	<b>13</b>
2.1	As espécies de dano pela perda de uma chance .....	15
2.1.1	Noção clássica da Teoria da Perda de uma Chance .....	15
2.1.2	Perda da chance de ter evitado um prejuízo .....	17
2.2	O problema da configuração do nexo causal entre a conduta e o dano por perda de uma chance .....	20
2.2.1	Teoria da Equivalência das Condições .....	22
2.2.2	Teoria do Dano Direto e Imediato .....	23
2.2.3	Teoria da Causalidade Adequada .....	24
2.3	O modelo de causalidade adotado no sistema brasileiro .....	27
<b>3</b>	<b>A PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE DANO AUTÔNOMO</b> .....	<b>30</b>
3.1	A autonomia do dano pela perda de uma chance .....	30
3.2	A chance e a sua seriedade .....	32
3.3	A aceitação pelo ordenamento jurídico brasileiro da perda de uma chance com dano indenizável .....	34
3.3.1	A possibilidade de aceitação da Teoria da Perda de uma Chance no Direito positivo brasileiro .....	35
3.3.2	A perda de uma chance como espécie de dano autônomo e a Teoria do Nexo de Causalidade adotada .....	39
3.4	A perda de chance como dano final e a sua incoerência com o modelo brasileiro de causalidade .....	41

<b>4</b>	<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE</b> .....	<b>48</b>
4.1	Desenvolvimento moderno da responsabilidade civil .....	48
4.2	Novas concepções de dano e a Teoria da Perda de uma Chance.....	50
4.3	Caracterização da perda de chance .....	52
4.4	Modalidades da perda de chance.....	55
4.4.1	Perda da chance de obter uma vantagem futura (perda de chance clássica).....	57
4.4.2	Perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido.....	59
4.4.3	Perda de chance por falta de informação .....	63
4.5	Critérios de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance .....	65
4.5.1	Chances sérias e reais .....	65
4.5.1.1	Análise crítica a Escola Clássica italiana: comentários ao estudo de Sérgio Savi .....	67
4.5.2	Quantificação das chances perdidas .....	71
4.5.2.1	Combinação de eventos aleatórios: o princípio da “conjunction” .....	74
4.5.2.2	A inovadora proposta de Paul Speaker e a possibilidade de uma nova metodologia de quantificação de chances perdidas .....	75
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>79</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A sugestão do estudo e pesquisa do tema abordado, **a aplicação da teoria da perda da chance no ordenamento jurídico brasileiro**, se deu em razão do exercício das atividades como advogado e consultor de empresas da região da zona da mata mineira.

O autor começou a realizar estudos sobre a relação das empresas com clientes, empregados e fornecedores com intuito de elaborar um relatório que apontasse o risco jurídico destas empresas na condução de destacada relação e os principais motivos ensejadores de demandas judiciais.

Durante a pesquisa, foram realizados vários encontros com clientes, fornecedores e trabalhadores das empresas estudadas. Foi realizada ainda pesquisa nos processos judiciais que destacadas empresas tivessem figurado no pólo passivo em razão do insucesso na relação contratual.

Ao final dos estudos chegou-se a conclusão que os problemas jurídicos enfrentados pelas empresas têm causa na ausência de preparo e informações sobre os reais efeitos que seus atos podem gerar no mundo jurídico, desencadeando, conseqüentemente, pleitos de reparação pelos danos causados.

Diante do quadro apresentado, o autor passou a realizar estudos sobre a responsabilidade civil das empresas na condução das relações empresariais. Com o avançar dos estudos, o pesquisador deparou-se com uma temática novíça e pouco debatida nos tribunais e principalmente dentro das empresas *resultantes da interrupção da chance de se alcançar determinado resultado positivo ou de evitar um prejuízo*.

Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo.

Os exemplos são vários e muito freqüentes no dia-a-dia. Dentre os exemplos mais conhecidos pode-se citar o clássico do advogado que perde o prazo para interpor o recurso de apelação contra a sentença contrária aos interesses de seu constituinte.

Ninguém poderia afirmar, com absoluta certeza, que, acaso interposto, o recurso seria provido. Contudo, diante do caso concreto, é possível, sem sombra de dúvidas, analisar quais eram as reais chances de provimento do recurso, se a hipótese era de mera possibilidade ou de efetiva e séria probabilidade de reforma do julgado.

Nestes casos, os Tribunais costumavam exigir que a vítima produzisse uma prova verdadeiramente que impossibilitava o êxito na demanda, isto porque, para provimento do pedido indenizatório, exigia-se que a vítima provasse que, se o recurso tivesse sido tempestivamente interposto, seria, com absoluta certeza, provido.

Ocorre que se fosse possível afirmar que o recurso seria provido pelo Tribunal, teríamos a prova da certeza do dano final e, com isso, o ofensor seria condenado ao pagamento de todos os benefícios que o cliente iria auferir com a vitória no processo judicial. Se, por outro lado, fosse possível demonstrar que o recurso não seria provido, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o advogado negligente estaria liberado da obrigação de indenizar.

Mas, se não é possível determinar com absoluta certeza qual teria sido o resultado dos eventos dos quais dependia a realização da vantagem esperada, pode-se falar, ainda, de um dano certo e, portanto, indenizável?

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível

afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem.

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considerá-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo.

Diante desta evolução, hoje é possível visualizar um dano independente do resultado final. Se, por lado, a indenização do dano consistente na vitória perdida (na causa judicial, por exemplo) é inadmissível, ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da possibilidade de vitória poderá, frise-se, dependendo do caso concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização.

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem.

Ao assim proceder, a vítima esbarrava no requisito de certeza dos danos, tendo em vista que a realização da vantagem esperada será sempre considerada hipotética, em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos.

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos,

que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizar-se-á o termo perda de uma chance.

Na França, o tema despertou acirradas discussões doutrinárias, influenciando os Tribunais daquele país a conceder indenizações a este título e, conseqüentemente, a contribuir para a evolução da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

O julgado mais antigo que se tem notícia referente a análise da teoria da perda de uma chance ocorreu na França em julho de 1889. O caso envolvia o pleito de indenização pela perda de uma chance em razão da atuação culposa de um “oficial ministerial”, a qual impossibilitou que certa demanda judicial restasse vitoriosa.

<sup>1</sup> A Corte Francesa acabou condenando o ofensor a indenizar o ofendido em razão da perda da chance de prosseguimento de um processo judicial o qual havia a possibilidade de êxito.<sup>2</sup>

Os julgados franceses e a discussão doutrinária deste país fomentaram questionamentos acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em outros países da Europa.

---

<sup>1</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 667, 1991, p. 8-9.

<sup>2</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 667, 1991, p. 9.

Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Passou-se, então, a admitir o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e a traçar os requisitos para o acolhimento da teoria.

Nacionalmente, o primeiro julgado a tratar a temática da indenização pela perda de uma chance é noticiado como sendo o acórdão publicado em 12 de junho de 1990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde houve a conclusão pela não aplicação da Teoria ao caso julgado.<sup>3</sup>

Posteriormente outros julgados nacionais discutiram a Teoria, no entanto, até recentemente não havia a consciência nos Tribunais de aplicação da indenização pela perda de uma chance<sup>4</sup>.

Com o crescente reconhecimento por parte da jurisprudência de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance torna-se necessário a realização de uma leitura teoria sobre a sua aplicação. Questionamento inevitável que se faz é se a Teoria da Perda de uma Chance vem sendo aplicada de maneira correta. A farta produção jurisprudencial no Brasil que menciona a perda de uma chance como fundamento de suas razões de decidir indica a existência de provável excesso em razão, muitas vezes da ausência de uma análise cautelosa envolvendo os casos de real aplicação.

Para enfrentar a temática proposta, no capítulo 2, visando introduzir o cenário no qual ocorrerá o desenvolvimento do estudo, é realizado o dano pela perda de uma chance, sua caracterização e a necessidade do enfrentamento da problemática do nexo de causalidade para uma correta aplicação da teoria em estudo.

---

<sup>3</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 589069996. Relator: Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 12 de junho de 1990.

<sup>4</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14.



No capítulo 3, é realizado o estudo do dano pela perda de uma chance e a sua aceitação como espécie de dano autônomo, bem como os elementos para aceitação do dano pela perda de uma chance como modalidade de indenizável.

Já capítulo 4, é estudado o instituto da Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance, apresentando o desenvolvimento moderno da responsabilidade civil e as novas concepções sobre o dano e a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance. Neste capítulo ainda é apresentada a posição doutrinária sobre a teoria da perda de uma chance e que a maior parte dos doutrinadores reconhecem o valor da chance por si só considerada e, assim, é favorável ao acolhimento da teoria. Além disso, é feita uma análise dos critérios para aplicação da teoria, como quais as chances podem ser indenizadas e a quantificação da chance perdida.

O objetivo principal do presente trabalho é contribuir com o aprimoramento da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance e esclarecer quais são as situações de cabimento. Visando atender o enunciado, será feito um estudo da Teoria partindo de sua admissibilidade no sistema brasileiro como espécie de dano autônomo e da possibilidade, ou não, de sua dissociação do dano final. Indispensável, para tanto, torna-se a realização de um estudo acerca do nexos de causalidade e do modelo utilizado pelo nosso ordenamento jurídico. Partindo dos pontos destacados tentará demonstrar em que casos a chance perdida será indenizável e quais as diretrizes deverão ser seguidas no momento da quantificação desse dano.

Por fim, não tendo, contudo a pretensão de esgotar a temática a respeito do tema, pelo contrário o trabalho visa retratar o cabimento da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e assim fomentar a discussão a respeito deste tema tão relevante que vem sendo objeto de análise pelos juízes brasileiros, cada vez em maior escala.

## 2 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE: O FATO DANOSO E O NEXO CAUSAL

A exigibilidade do dever de indenizar surge da verificação da ocorrência de um dano imputável a um agente que pode ser por ele juridicamente responsabilizado. O liame entre o infrator e o dano é o nexo de causalidade. Por tal razão, os elementos para configuração da responsabilidade civil subjetiva clássica são: o dano, o nexo de causalidade e a culpa.<sup>5</sup>

Para Pontes de Miranda, “o dever de indenizar supõe ter havido um dano” e exige a caução entre o ato e o dano, enquanto o elemento culpa é exigido em apenas alguns casos para apontamento da responsabilidade da obrigação de indenizar.<sup>6</sup>

Contudo com a evolução das relações sociais e conseqüentemente das possibilidades de ocorrência de um ato ilícito o instituto da responsabilidade civil sofreu diversas evoluções sendo seus elementos clássicos mitigados. Admite-se a responsabilização sem que haja a comprovação de culpa (como ocorre nos casos de responsabilidade objetiva), mas não se pode falar em responsabilidade civil sem a demonstração dos elementos dano e nexo causal.<sup>7</sup>

A evolução do instituto da responsabilidade civil fez surgir a teoria objetiva, com fundamento na eliminação do elemento culpa, bastando a existência do nexo causal entre o dano e a conduta do infrator, como pressupostos do dano passível de reparação.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 177.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 181.

<sup>7</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 195.

<sup>8</sup> ALVIM, Agostinho. *Op. cit.* p. 306/307.

De acordo com o autor Fernando Pessoa Jorge, a responsabilidade civil é uma espécie do gênero obrigação de indenizar, sendo que a expressão indenizar significa eliminação do dano. Desta forma, a primeira análise a ser realizada é com relação ao dano sofrido. Observe-se que conceituar dano não é matéria fácil, não podendo ser confundido com o mero conceito de prejuízo.

Para o instituto da responsabilidade civil importa apenas a verificação se o dano, patrimonial ou moral constitui obrigação de indenizar. Para ensejar reparação deverá ser certo, atual e subsistente. Deverá ainda, para ser certo, direto e apto a causar prejuízo a algum interesse juridicamente tutelado da vítima. O dano será indenizável quando se referir as ofensas patrimoniais, em contrapartida, será reparável quando se referir a danos extrapatrimoniais.<sup>9</sup>

Desta forma, para a ocorrência de um dano certo, e não o eventual e meramente hipotético é necessário que o julgador da ação tenha certeza que o requerente se encontraria numa situação melhor, caso o ofensor não houvesse realizado a conduta ilícita.<sup>10</sup>

A dificuldade do apontamento do elemento dano também vem sendo enfrentada no estudo da teoria da perda de uma chance. A percepção da perda de uma chance como um dano certo demanda apreciação dos casos concretos, sendo certo que para que tal dano seja confirmado como autônomo e indenizável que seja considerado como “dano certo” – idéia de que depende, diretamente, a aceitação – ou não – da perda de uma chance como dano autônomo e indenizável.

Apreciação do caso concreto permitiria que se chegasse à conclusão a cerca se o dano ocorrido é certo ou não, visto que, a princípio, a privação de uma chance consistiria um dano certo. Ademais, ainda que seja reconhecido o dano como certo, os julgadores devem levar em consideração a importância de cada chance no momento de quantificar a reparação do dano. No exemplo clássico do cavalo de

---

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 171.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 173.

corrida, deveria o julgador considerar os valores do cavalo a habilidade do jóquei, a qualidade e potencialidade dos demais competidores, a fim de se chegar a chances daquele cavalo sair vitorioso.

Os estudiosos e a jurisprudência já pacificaram que um dano meramente hipotético ou eventual não pode ensejar reparação, entretanto, conforme a severa o autor Geneviève Viney, certa margem de possibilidade e compatível com a certeza do dano. Assim, a característica de aleatoriedade da chance perdida não pode ensejar a conclusão da existência de um dano incerto e, portanto, irreparável. Pelo contrário, se a chance perdida for séria e real estaremos diante de um dano certo, independente do dano final, o qual é hipotético e eventual.<sup>11</sup>

## 2.1 As espécies de dano pela perda de uma chance

### 2.1.1 Noção clássica da Teoria da Perda de uma Chance

A perda de uma chance clássica pode ser vislumbrada quando há um processo em curso no qual no agente busca obter uma vantagem ou tentar evitar um dano futuro, no entanto, em razão da ação de um sujeito infrator, ação ou omissão, o processo é interrompido causando a impossibilidade de se alcançar o resultado esperado.<sup>12</sup>

Para vislumbrar de forma hipotética da ocorrência da perda de uma chance imagine que uma banda de música se inscreva para participar de um concurso de bandas que ocorrerá em outro país. Objetivando a conquista do primeiro lugar, a celebração de contratos de trabalho e a gravação de um álbum, a banda passa meses ensaiando, realizam investimentos como a compra de novos equipamentos, de

---

<sup>11</sup> VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, v. Les conditions de la responsabilité. p. 76.

<sup>12</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. 669-70.

forma a aprimorar a sua técnica. No entanto, na viagem para participar do festival a companhia aérea acaba desviando a bagagem da banda, bem como seus instrumentos impossibilitando a participação no festival, minando todas as possibilidades de obtenção de um resultado favorável.

Através do exemplo apresentado é possível identificar o que se trata de dano por perda de uma chance e a diferença para o dano em si, também chamado de dano final. Aprimorando o exemplo pode-se constatar que, mesmo sendo a banda a predileta do público e com melhor índice de cotação perante pesquisas de opinião, suas chances quando da ocorrência do ato ilícito, extravio das bagagens, era hipotética, existindo apenas a chance de sair vencedora no concurso, não sendo certa a vitória.<sup>13</sup>

No exemplo elucidado, o extravio da bagagem e instrumentos da banda causou a perda da chance de concorrer, sendo o dano final à perda do prêmio ofertado ao ganhador, além de outras vantagens que agregariam a exposição da imagem do vencedor de um festival internacional, como contratos e convites de apresentação.

A perda de uma chance clássica ocorrerá quando a conduta do infrator extinguir todas as possibilidades da vítima continuar a participar do processo em busca do resultado almejado ou de se evitar um prejuízo. Entretanto, havendo antídoto passível de reverter a situação não se pode apontar a ocorrência do dano da perda de uma chance, o que ocorreria no exemplo supra caso a banda conseguisse participar do festival mesmo com o extravio de sua bagagem e instrumentos.

Percebe-se que nos casos clássicos a ocorrência da perda de uma chance salta aos olhos dos juristas, visto que o resultado esperado torna-se impossível de ser alcançado face o ato praticado pelo infrator.

---

<sup>13</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

### 2.1.2 Perda da chance de ter evitado um prejuízo

A ocorrência do dano pela perda de uma chance não está restrita às situações clássicas, onde o processo aleatório é completamente interrompido pelo ato do agressor. Há situações em que a ação ou omissão culposa de um agente contribuem para a ocorrência de um dano que poderia ter sido evitado. Nota-se que enquanto na hipótese da perda de uma chance clássica a conduta culposa é a causa da interrupção total de um processo aleatório, na perda da chance de se evitar um prejuízo a ação ou omissão culposa do agente dão causa para a ocorrência do dano final.

A perda de uma chance clássica e a de se evitar um prejuízo efetivamente ocorrido possuem semelhanças no fato de ambas terem um processo em curso onde o resultado esperado pelo ofendido não é alcançado em razão de um ato praticado pelo agressor. No entanto, na perda da chance de se evitar um prejuízo o dano final ocorre, visto que o processo não é interrompido em razão da ação ou omissão culposa do ofensor. Já na perda de uma chance clássica a atuação do agressor acaba interrompendo de forma irreversível a continuação do processo. Observa-se que na perda da chance clássica o resultado final é o almejado pela vítima, já na perda da chance de evitar um prejuízo busca-se evitar a ocorrência do resultado final.<sup>14</sup>

A perda de uma chance agora refere-se à atuação que poderia ter ocorrido para evitar a ocorrência de um dano não almejado. Assim, quando da existência de frustração da possibilidade de se ter evitado um prejuízo, o dano final já é conhecido, e é resultante do processo que estava em curso. A indagação a realizar-se é caso as providências corretas tivessem sido observadas o dano poderia ter sido evitado.

---

<sup>14</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. 680-81.

Imagine o caso hipotético onde um paciente que sofreu um acidente vascular cerebral (AVC) e foi encaminhado prontamente a um hospital. Ao ser examinado, o médico realizou um atendimento rápido e descuidado deixando de diagnosticar corretamente a doença do paciente. Diante da conduta do médico, o paciente veio a falecer, visto que não recebeu o tratamento adequado e imediato. Caso o paciente tivesse sido diagnosticado corretamente, este teria sérias e reais chances de ficar sem nenhuma seqüela.<sup>15</sup>

No exemplo apresentado, o médico ao realizar o atendimento agiu culposamente, sendo a sua conduta a causa da perda da chance de cura que o tratamento adequado proporcionaria ao paciente. Entretanto, não se pode afirmar que o paciente obteria a cura caso tivesse sido diagnosticado prontamente, pois, este poderia vir a falecer mesmo com a submissão ao tratamento adequado. Desta forma, o dano causado pela conduta médica no exemplo, supra, foi o da perda da chance séria e real de sobrevivência.

Observa-se que a negligência do médico não concorreu para interrupção do processo aleatório que estava em curso e seguiu até o seu final, sendo esta a diferença entre as ocorrências de perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro e os casos clássicos de perda de uma chance.

Ademais, nas situações em que o processo aleatório segue até o seu fim em razão da não ocorrência de sua interrupção constata-se uma peculiaridade, pois mesmo com a ocorrência do erro médico pode o dano final não acontecer. Seria o caso, de acordo com o exemplo acima, de o paciente vir a sobreviver mesmo após o erro médico. Trata-se de uma hipótese demasiadamente eventual, seria uma mera esperança e não uma chance séria e real como aquela que foi perdida no momento da conduta negligente do médico. Neste caso, considerar a inexistência do dano da perda de uma chance de evitar um prejuízo sob a ótica de que mesmo sem o tratamento correto o paciente poderia vir a ficar em saúde perfeita, seria desconsiderar a responsabilidade médica. Entretanto, entender que o médico

---

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2. p. 92.

responde pelo dano final, morte, seria ampliar demasiadamente a sua responsabilidade.<sup>16</sup>

Certamente, não se pode considerar que a conduta médica matou o paciente, como também não é possível deixar de observar a existência de um dano percebido pelo paciente que possuía sérias e reais chances de sobreviver caso não ocorresse o ato de negligência do médico. Merece ser destacado, ainda, que o paciente fosse submetido ao tratamento correto, poderia vir a falecer, bem como poderia ter destino diferente da morte sem a submissão ao tratamento adequado. Desta forma, pode-se concluir que não é possível apontar o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano morte, o que impossibilita a reparação do dano final.<sup>17</sup>

Importante destacar que os casos de perda de uma chance de evitar um prejuízo futuro não estão restritos a ocorrência nas relações médicas, havendo outros exemplos que se incluem nesta categoria. A título de exemplo, imagine que um advogado tenha sido contratado para propor uma ação e opte por adotar uma estratégia processual que não seja a mais adequada. Neste exemplo, da mesma forma que no caso do erro médico culposos, o dano final já é conhecido, ou seja: o processo foi até o seu fim. Da mesma forma como no exemplo anterior, não há como saber se a ação teria sido procedente caso não fosse o erro do ofensor. No entanto, existe nexo de causalidade entre o ato do advogado e a perda da chance de o cliente ver a sua ação ser julgada procedente.<sup>18</sup>

Assim, pode se concluir que a teoria da perda de uma chance de ter evitado um prejuízo futuro pode ser aplicada a todos os casos cujo processo que tende a um resultado não almejado deixa de ser interrompido quando poderia ter sido. Nestes

---

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2. p. 86. “A responsabilidade do médico é subjetiva, definida pelo art. 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, e mantida pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14. §4º, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.”

<sup>17</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19-20.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 106.



casos não há relação de causalidade entre a conduta do infrator e o dano final, motivo pelo qual este não pode ser reparado, entretanto pode ser observada a existência de nexos de causalidade entre a conduta culposa e a perda da chance de se evitar um prejuízo. A dificuldade de muitos juristas em identificar a existência do nexo de causalidade entre a conduta do infrator e o dano pela perda de uma chance é sem dúvida o principal motivo pela não aceitação dessa espécie de reparação.

## 2.2 O problema da configuração do nexo causal entre a conduta e o dano por perda de uma chance

É princípio para a imputação da responsabilidade civil a observação do nexo de causalidade, não gerando responsabilização caso não ocorra “o liame que vincule a determinada causa imputável ao lesante”.<sup>19</sup> Observa-se que carece de discussão as regras que devem ser observadas quando a verificação da existência do nexo de causalidade entre o ato, ou omissão, lesivo e o dano. Torna-se importante a observação das diferentes teorias aplicadas na identificação da relação de causa e efeito entre a ofensa, à norma e o prejuízo sofrido.<sup>20</sup>

Visando o apontamento da distinção existente entre o dano da perda de uma chance do dano final, merece ser analisado novo exemplo. Imaginemos o caso de um famoso peão de rodeio que é impossibilitado de participar da etapa final de uma competição devido à ausência de pagamento da inscrição que deveria ter sido realizada pelo seu agente, o dano final é facilmente percebido como a perda do prêmio oferecido ao campeão, enquanto que, o dano pela perda de uma chance ocorreria com a eliminação de qualquer chance do boiadeiro participar da competição.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 195-6.

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

<sup>21</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

No exemplo narrado, não há como apontar que a ausência da inscrição seria a causa necessária para a perda da vantagem esperada, vez que, ainda que competisse não se pode afirmar com exatidão que o peão conquistaria o prêmio da competição. Entretanto, apesar da existência de outras circunstâncias que poderiam contribuir para a perda do prêmio, não há como negar a existência de um dano no caso narrado, pois a ausência da realização da inscrição pelo ofensor causou ao boiadeiro a perda da possibilidade de concorrer ao prêmio.<sup>22</sup>

Assim, se o dano pela perda de uma chance for entendido como uma espécie autônoma deverá ser apontado entre o ato do infrator e a própria chance perdida uma relação de causalidade. Ocorre que partes dos autores que enfrentaram a temática entendem que o dano pela perda de uma chance não é autônomo em relação ao dano final, existindo uma proporção de causalidade entre o ato do réu e o dano final, devendo a chance perdida ser calculada com base nesta extensão existente.<sup>23</sup>

A possibilidade de aceitação em um ordenamento da reparação do dano a partir de uma proporção de causalidade, neste caso, entre a ação ou omissão do ofensor e o dano final, é necessário que a teoria da causalidade empregada permita a ocorrência de tal fenômeno. Por tal razão, torna-se indispensável o exame das teorias aplicadas no Brasil sobre o nexos de causalidade para ao final concluir se o sistema nacional admite a reparação pela perda de uma chance como dano autônomo, dano final, como ambos ou como nenhum deles.

---

<sup>22</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 20.

### 2.2.1 Teoria da Equivalência das Condições

A Teoria da Equivalência das Condições tem sua origem imputada ao filósofo John Stuart Mill.<sup>24</sup> Também chamada de teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou *conditio sine qua non*<sup>25</sup>, também pode ser definida como “causa é toda condição que contribui para o efeito”.<sup>26</sup>

De acordo com a teoria em comento todas as condições concorreriam igualmente quanto à produção do efeito<sup>27</sup>, devendo, no caso de pluralidade de causas todas serem consideradas eficientes na condução do dano<sup>28</sup>. Assim, para que algum antecedente seja considerado causa do resultado deverá preencher um único requisito: que a sua inocorrência teria impedido a realização do evento. Desta forma, o agente não responderá por certo dano quando conseguir provar que este ocorreria mesmo na falta do fato danoso.<sup>29</sup>

Para esta teoria, quando se tratam de concausas somente existirá uma relação de causalidade quando for admissível apontar que o resultado não teria ocorrido se não fosse a atuação de cada causa. Portanto, será estabelecido o liame causal, quando um fenômeno, a consequência, for condição do outro, a causa.<sup>30</sup>

Vários juristas proferiram duras críticas à Teoria da Equivalência das Condições, em razão de sua busca excessiva por causas anteriores, o que poderia contribuir para

---

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 199. “a origem dessa teoria é atribuída ao pensamento do filósofo John Stuart Mill que sustentava ser a causa de um resultado a somatória de todas as condições positivas e negativas que, tomadas em conjunto, contribuía para produzi-lo.”

<sup>25</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

<sup>26</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 195.

<sup>27</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 389.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Op. cit.* p. 199-200.

<sup>29</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Op. cit.* p. 390.

<sup>30</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *Op. cit.* p. 39.

ocorrência de decisões injustas<sup>31</sup>, sendo que se tentou limitar a sua abrangência classificando entre concausas juridicamente relevantes e irrelevantes. Contudo, em razão da elevada dificuldade no apontamento das concausas juridicamente irrelevantes, nos casos concretos não foi viável adaptar os ensinamentos desta teoria aos pareceres da justiça, conseqüentemente, hoje já não se reconhece como causa *conditio sine qua non* do dano.<sup>32</sup>

### 2.2.2 Teoria do Dano Direto e Imediato

A presente teoria assemelha-se a anterior na acepção de que também se baseia na *conditio sine qua non*, pois, uma causa só poderá ser apontada como direta e imediata se sem ela, o dano não ocorrer.<sup>33</sup>

Contudo, a presente teoria distinguiu-se da Teoria da Equivalência das Condições em razão de eleger dentre as várias possibilidades que contribuiram para o evento danoso uma condição que será erguida a espécie de causa necessária do dano. Para a Teoria do Dano Direto e Imediato a condição erguida ao status de causa é a única que irá ensejar reparação.<sup>34</sup>

A ideologia defendida pela Teoria do Dano Direto e Imediato é a de que o surgimento de causa de status superior rompe o nexo causal entre a primeira causa e o dano<sup>35</sup>. Assim, a interrupção do nexo causal modifica uma causa potencial para mera condição. Seria a situação em que fato poderia provocar certo dano, mas a ocorrência deste se deu, efetivamente, por causa de outro fato. No entanto, para que se verifique a interrupção do nexo causal é necessário que a “segunda condição”

---

<sup>31</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45.

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 52.

<sup>33</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexistência das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 367.

<sup>34</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *Op. cit.* p. 102.

<sup>35</sup> *Ibid.* p. 103/104.

seja portadora de plena independência em relação à “primeira condição”. Nestas ocorrências, somente a “segunda condição” receberá o status de “causa” e, desta forma, somente esta ensejará reparação.<sup>36</sup>

Alguns estudos tentaram explicar o termo “direto e imediato”, sendo a da Necessariedade da Causa, criada por Dumoulin e Pothier alcançou maior sucesso. De acordo com referidos autores, só existiria o dever de reparar quando o evento danoso fosse conseqüência necessária da determinada causa.<sup>37</sup>

O jurista Agostinho Alvim, partidário da doutrina da Necessidade da Causa, assevera que os danos indiretos ou remotos não se eliminam, mas em regra não são reparáveis, e que a causa necessária de um dano é a que dispensa outras causas, sendo, segundo o autor, sua “causa exclusiva”.<sup>38</sup>

Assim, de acordo com a Teoria do Dano Direto e Imediato para a formação do liame causal entre o ato ou omissão e o prejuízo percebido depende da condição necessária. Deste modo, a Teoria aqui discutida afirma a necessidade da *conditio sine qua non* para o estabelecimento do nexu causal.<sup>39</sup>

### 2.2.3 Teoria da Causalidade Adequada

A presente Teoria<sup>40</sup> imputa ao julgador capacidade valorativa, cabendo a este, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira<sup>41</sup>, o papel de eliminar aqueles fatos

---

<sup>36</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 348.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 100/102.

<sup>38</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexistência das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 356.

<sup>39</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 202. “A teoria da causalidade adequada tem recebido diversas reformulações desde que, em 1871, Ludwig Von Bar, professor em Freiburg, na Alemanha, lançou

que são menos relevantes, dentre os antecedentes do dano, destacando aquele que está em condição de necessariamente tê-lo produzido.

Para esta corrente, toda *conditio sine qua non* pode ser considerada como responsável pela ocorrência do dano<sup>42</sup>. A complexidade, entretanto ocorre nas situações de causalidade múltipla e nas situações em que seja oportuno indenizar os danos indiretos e remotos. Em tais situações é que surge o elemento que permite separar, entre os antecedentes causais, a causa adequada, ou seja, o juízo de probabilidade<sup>43</sup>.

A aferição do juízo de probabilidade deve ser realizada levando em análise os fatos pretéritos, cabendo ao julgador se colocar, por abstração, no tempo da ocorrência em que o fato foi praticado. Desta forma, cabe ao julgador analisar se os danos efetivamente ocorridos eram consequência provável, quando da prática do fato. Assim, ocorre como denomina Fernando Pessoa Jorge<sup>44</sup> um *prognóstico a posteriori*, cabendo ao julgador aplicar as conclusões ao caso concreto, com a finalidade de examinar se o ato praticado era capaz de gerar as circunstâncias danosas observadas.

O autor Clóvis do Couto e Silva<sup>45</sup> em seus estudos aponta que a causalidade adequada é observada quando “o fato ainda que distante, tenha sido adequado ao surgimento de determinado efeito”, assim, fatos ocorridos no pretérito podem gerar certo evento danoso, sendo através da análise do *juízo de probabilidade* que se verifica qual, entre os fatos ocorridos, é a causa adequada. Ainda de acordo com o autor em comento, o interregno temporal entre o fato e o dano não é determinante, vez que não é o tempo que externa responsabilidade pela ocorrência do dano, mas

---

os seus lineamentos prosseguindo na virada do séc. XIX para o séc. XX pelo filósofo e psicólogo Von Kries”.

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 79.

<sup>42</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Op. cit.* p. 204.

<sup>43</sup> *Ibid.* p. 204.

<sup>44</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 394-395.

<sup>45</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 194-195.

a proximidade lógica, podendo os fatos ocorridos no passado ser causa de um dano, desde que seja verificada, entre eles, uma proximidade lógica.

Conforme se observa, a Teoria da Causalidade Adequada emprega o contraste do pensamento no caso concreto e no abstrato. Verifica-se, primeiramente, se a causa, no caso abstrato, seria capaz de ocasionar o dano. Em um segundo momento, o raciocínio deve ser complementado com a análise do caso concreto e se o fato foi realmente o causador do dano. Observa-se que o juízo *in abstracto* não pode ser uma “mera equação de probabilidades desligada da realidade”<sup>46</sup>. Visando melhor compreensão do apresentado, valioso é o exemplo apresentado por Couto e Silva<sup>47</sup> em sua obra:

Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o, temos o problema. Lançar uma pedra contra outrem pode acarretar-lhe a morte. Dependerá da forma, do lugar, das condições físicas de quem a recebeu. A primeira parte do enunciado no exemplo revela a adequação geral, em outras palavras, a possibilidade do evento danoso. Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos, concausa. Mas, poderia também não significar elemento capaz de gerar a morte e nessa hipótese estaria excluída a participação de quem a lançou no nexó de causalidade. Ainda que a pedra e a força com que foi enviada pudessem causar a morte (condição geral), é necessário examinar o caso concreto para ver se o evento sucedeu em decorrência do impacto.

Destaca, ainda, Couto e Silva, caso o ofendido esteja debilitado física e organicamente quando da ocorrência do golpe, ainda assim, não poderá ser excluída a participação do ofensor do golpe.<sup>48</sup> Chama-se a atenção, que a causa deve ter sido necessária para a ocorrência do dano, pois, sem ela o resultado não teria ocorrido. Assim, o golpe deverá ser considerado causa, pois sem ele o dano

---

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, tomo 2. p. 205.

<sup>47</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Op cit.* p. 196.

<sup>48</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar. *In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 196.

não teria ocorrido, e será considerada causa adequada por ser, na hipótese, causa necessária do dano<sup>49</sup>.

### 2.3 O modelo de causalidade adotado no sistema brasileiro

Apesar da existência de teorias para identificação do nexo de causalidade, no Brasil o que ocorre, de fato, é a verificação do nexo causal através de formas intuitivas e sem técnica utilizando-se da influência ora de uma escola ora de outra<sup>50</sup>.

Os tribunais brasileiros confundem por muitos casos as teorias, além da definição doutrinária do tema não ser clara. Tal fato sucede em razão do nexo causal se tratar de uma temática complexa sobre a qual há pouco estudo, verificando-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência dificuldade em definir os limites de cada teoria<sup>51</sup>.

Apesar da existência de dificuldade conceitual, alguns autores fazem forte defesa da Teoria do Dano Direto e Imediato, bem como há gabaritados estudos que promovem a Teoria da Causalidade Adequada. Já a Teoria da Equivalência das Condições, como foi visto, não compartilha com o apoio de parte expressiva dos autores pelo fato de ampliar excessivamente o hall de responsáveis por um único dano<sup>52</sup>.

Parece que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela Teoria do Dano Direto e Imediato, em razão da positivação apresentada no artigo 403 do Código Civil brasileiro.

---

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 499.

<sup>50</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 84.

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 201.



Merece ser destacado que, apesar do artigo tratar de inexecução o que é particular da responsabilidade contratual, já está consolidado o entendimento de que o dispositivo se aplica também a responsabilidade extracontratual<sup>53</sup>.

O autor Gustavo Tepedino<sup>54</sup> em seus estudos assevera que a Teoria da Equivalência das Condições e a da Causalidade Adequada foram rejeitadas pelo art. 403 do Código Civil, sendo referido dispositivo a externalização da opção do legislador pela Teoria do Dano Direto e Imediato, o que, de acordo com o autor foi consagrado pelo STF<sup>55</sup>. Em conformidade com tal ponto de vista, o legislador brasileiro teria feito a opção de não sujeitar o autor do dano a *“todas as nefastas conseqüências do seu ato, já não ligadas a ele diretamente”*<sup>56</sup>.

Por outro lado, é exatamente nos aspectos supra apontados que versam as principais críticas à Teoria da Causalidade Imediata, pois ela dificulta a indenização de danos indiretos<sup>57</sup>.

Apenas a Teoria da Causalidade Adequada nos permite que a indenização se estenda para além dos danos temporalmente imediatos, abarcando também os mediatos. Percebe-se que, como já sinalizado, de acordo com a Teoria da Causalidade Adequada, a distância que deve ser considerada entre o fato e o evento danoso, na busca do nexos causal, *“não é propriamente a temporal, mas a lógica”*<sup>58</sup>.

Dos apontamentos realizados, o que se verifica, é que o art. 403 do Código Civil estabelece a necessidade da causa. O ponto de debate se concentra, a saber, se a

---

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 50-1.

<sup>54</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2. p. 92.

<sup>55</sup> Gustavo Tepedino remete ao memorável voto do Ministro Moreira Alves, proferido em 12 de maio de 1992, citando o seguinte trecho: “Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a Teoria do Dano direto e Imediato, também denominada Teoria da Interrupção do Nexos Causal [...]”. *Ibid.* p. 92.

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 526.

<sup>57</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Op. cit.* p. 205.

<sup>58</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O dever de indenizar. *In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 499.

causa necessária, *conditio sine qua non*, é também adequada e se tem o dano como um efeito direto e imediato – logicamente ou temporalmente imediato – ou se pode abranger efeitos indiretos. O que se mostra é que a conclusão adequada seria a de que a Teoria do Dano Direto e Imediato não se diferencia, essencialmente, da Teoria da Causalidade Adequada, devendo-se seguir “o caminho da complementaridade e da síntese”<sup>59</sup> entre elas.

Constata-se que o estabelecimento do nexos causal depende de uma relação necessária de causa e efeito entre o ato ou omissão do agente ofensor e o efeito danoso<sup>60</sup>. Assim, a condição adequada teria sempre de ser condição *sine qua non* ou, por outras palavras, a condicionalidade seria pressuposto da adequação<sup>61</sup>.

A sinopse entre as teorias em comento reporta ao entendimento de que a causa é aquela condição adequada e necessária à provocação do dano. Desta forma, determinado fato somente será a causa e sem ele não haveria verificado a ocorrência do dano, sendo, assim, o agente só poderá ser visto como responsável se o fato for causalmente adequado à produção do dano, adequação da causa<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 214-15.

<sup>60</sup> ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 188.

<sup>61</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 393.

<sup>62</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p.184-86.

### 3 A PERDA DE UMA CHANCE COMO ESPÉCIE DE DANO AUTÔNOMO

#### 3.1 A autonomia do dano pela perda de uma chance

O acolhimento da perda de uma chance como uma espécie de dano indenizado é a base da teoria clássica da perda de uma chance, que reconhece em caráter de dano específico à paralisação do processo aleatório, diferenciando-o do dano final.<sup>63</sup> Ocorre que não são apenas nos casos clássicos de perda de uma chance que se verifica a ocorrência de um dano específico e independente da lesão final, pois existe a possibilidade de ocorrência da perda de uma chance de ter se evitado um prejuízo que acabou acontecendo.

No presente tópico o que se objetiva é a realização da análise do instituto da perda de uma chance como um dano autônomo e específico, separado do dano final. Por tais razões, torna-se indiferente a verificação se o processo aleatório foi interrompido por uma conduta culposa, corrente clássica, ou se o dano foi verificado quando poderia ter sido evitado, visto que em ambas as situações a perda de uma chance é entendida como um dano em si.

A perda de uma chance como dano autônomo será sempre possível de ser observada quando ocorrer situação da perda da possibilidade de obter vantagem futura, como observado no exemplo já trazido na presente exposição. O exemplo comentado refere-se a uma banda de música que perde a oportunidade de participar de um concurso de bandas, e conseqüentemente a perda da oportunidade de se apresentar para um grande público e ganhar visibilidade no meio a qual pertence, certamente concretiza os elementos inerentes ao dano pela perda de uma chance.

---

<sup>63</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19.

Da análise do exemplo trazido observa-se que a conquista da vitória no concurso por parte da banda dependeria de vários fatores que não correspondem, minimamente, a responsabilidade da transportadora, como o seu aproveitamento perante o corpo de jurados e o público. Assim, a ligação de causa e efeito existe, somente entre o extravio dos instrumentos musicais e a perda da chance de continuar no seu processo aleatório. Não se pode apontar relação de causa e efeito entre a perda dos equipamentos e o prejuízo da vantagem final, melhoria da carreira.

Desta forma, tanto no exemplo específico apresentado, como nos demais é a chance de conquistar determinado resultado ou de evitar um prejuízo que é perdida em razão da ação ou omissão do infrator que deverá ser indenizada e não o dano final, pois entre a perda da chance e o ato lesante existe um elo de causalidade, haja vista que sem a verificação da atitude o resultado não teria sido promovido<sup>64</sup>.

Resta e evidenciado que para a ocorrência de indenização pela perda de uma chance, a sua causa deve ser uma *conditio sine qua non*. No exemplo comentado tal fato não ocorreu com o dano final, inexistindo nexos de causalidade entre a ação ou omissão do agressor e a perda da vantagem esperada. Verifica-se, portanto, que a ausência de relação de causalidade entre o ato ofensivo e o dano final que distingue a perda da chance das outras espécies de dano<sup>65</sup>.

Desta forma, consoante já comentado no presente trabalho, para verificação de responsabilidade é indispensável observância de um nexo de causalidade completo, sendo que, as teorias sobre o nexo de causalidade defendidas no presente estudo exigem que a causa seja uma *conditio sine qua non* do dano. Em outras palavras, é necessária que a hipotética ausência da causa corresponda à inobservância do dano.

---

<sup>64</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 540-41.

<sup>65</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

Considerando a existência da *conditio sine qua non* observa-se ser impraticável a reparação do dano final uma vez que a conduta do ofensor não é causa necessária para o surgimento do dano final. De outra forma, as chances perdidas enquanto lesão autônoma é perfeitamente indenizável por ter como causa necessária a ação ou omissão do ofensor<sup>66</sup>.

Assim, pode-se observar que a chance é apenas uma etapa de um processo aleatório que pode vir a ter sucesso ou não. Ao cercear alguém da participação de referido processo, retira-se do ofendido a probabilidade de obter o sucesso buscado, que deverá ser reparado proporcionalmente a quantidade de chances que possuía quando da interrupção do processo aleatório<sup>67</sup>.

### 3.2 A chance e a sua seriedade

Nos tópicos anteriores, foi apresentado que para a existência da possibilidade de indenização do dano pela perda de uma chance deve existir entre este e a conduta do agressor no nexo de causalidade e que tal elo não se estabelece com o dano final. Desta forma, somente a chance perdida enquanto dano específico é passível de ser indenizada. Ainda, destaca-se que o dano da perda de uma chance deve ser certo, ao contrário, o benefício final buscado mostra-se incerto caso o processo aleatório tivesse sido interrompido<sup>68</sup>.

A indenização pela perda de uma chance dependerá do grau de probabilidade que existia quando da interrupção do lesado conquistar a vantagem esperada ou de se evitar um prejuízo futuro, o que leva a apontar novo elemento essencial na

---

<sup>66</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77.

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 13.

<sup>68</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. 672.

caracterização desta espécie de dano: para haver reparação deverá ser aprovável que o resultado buscado possuía serias chances de ocorrer<sup>69</sup>.

A chance perdida caracteriza a interrupção de um processo aleatório que estava em curso, ou de interrompê-lo quando tende a um prejuízo, causando a frustração do lesado, sendo impossível apontar que sem a intervenção da conduta o resultado almejado aconteceria. Se houvesse, por outro lado, a certeza de que sem a interrupção do processo aleatório o resultado almejado ocorreria estaríamos de frente de espécie de lucro cessante e não de perda de uma chance<sup>70</sup>.

Em razão de o resultado almejado ser incerto nas situações de ocorrência da perda de uma chance, questionamento natural que surge é sobre a limitação desta incerteza e, quais as oportunidades perdidas seriam merecedoras de indenização! As chances perdidas que devem ser alvo de reparação são aquelas classificadas como sérias e reais, cujo resultado fosse potencial e provável, sendo rechaçadas as ocorrências onde a probabilidade de obtenção da vantagem esperada seja eventual e hipotética.

O apontamento do que seria chance séria e real é realizado de forma ilustre pela autora Judith Martins-Costa que assim define<sup>71</sup>:

As chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se da simples esperanças subjetivas: paciente, que sofre de um câncer incurável, pode, mesmo assim, manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura. Se, diferentemente, o câncer estava numa fase inicial, podendo ser tratado, mas o médico, por negligência, não realiza os exames, ou os interpreta equivocadamente, com certeza se estará diante da perda de uma chance de sobrevivência, cientificamente comprovável, sabendo-se que o período de “sobrevivência” pode alcançar vários anos ou mesmo o câncer, em estágio inicial, ser totalmente extirpado.

---

<sup>69</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. 672.

<sup>70</sup> *Ibid.* p. 674.

<sup>71</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 541.

Como visto, o dano indenizável pela perda de uma chance é um prejuízo diferente do dano final, ou seja, da perda da vantagem esperada que não passava de mera expectativa cuja concretização era incerta mas que possuía chance séria e real de ser alcançada. Caso verifica-se que a chance perdida fosse séria e real deverá ser esta indenizada, sendo necessário estimar o seu *quantum*.<sup>72</sup>

Portanto, a perda de uma chance como modalidade de dano autônomo e indenizável caracteriza-se como o dano sofrido por alguém que frustra a possibilidade séria e real de alcançar uma vantagem ou de evitar um dano. Não se indeniza o dano final, mas sim, a própria chance perdida, que deve ser quantificada em conformidade com a probabilidade que o processo oferecia de ser favorável à pretensão do ofendido quando do momento da lesão.

### 3.3 A aceitação pelo ordenamento jurídico brasileiro da perda de uma chance com dano indenizável

Quando se questiona a possibilidade de admissão da indenização pela perda de uma chance, duas questões surgem. A primeira, já comentada no presente trabalho, refere-se à existência de nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. O outro questionamento é aceitação por parte do ordenamento jurídico brasileiro de sua aceitação como espécie de dano reparável. No presente tópico, o que se pretende é esclarecer o segundo questionamento referente à aceitação por parte do nosso ordenamento da teoria da perda de uma chance como modalidade de dano reparável.

---

<sup>72</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. 678-79.

### 3.3.1 A possibilidade de aceitação da Teoria da Perda de uma Chance no Direito positivo brasileiro

O ordenamento jurídico pátrio estruturado no modelo legalista, razão pela qual se torna necessário para verificação da possibilidade de aceitação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro através da leitura dos diplomas vigentes.

O atual Código Civil brasileiro, assim como o de 1916, apresenta uma cláusula geral de responsabilização civil, cabendo à doutrina e à jurisprudência a determinação do que deve ser considerado como prejuízo.<sup>73</sup> A codificação de Beviláqua tinha no art. 159 a explicitação da cláusula geral de responsabilidade civil, *in verbis*:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regula-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Bailando sobre o dispositivo citado, observa-se que este era limitado pelo disposto nos artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. O autor Clóvis do Couto e Silva, chegou a mencionar que “limitou-se, através destes artigos, a discricção dos juízes”. Couto e Silva em seus estudos chegou a sugerir que o Direito brasileiro não havia admitido, por completo, a indenização das chances perdidas, justamente em razão da existência dos artigos limitadores da cláusula geral da responsabilidade civil<sup>74</sup>. O autor comentou que<sup>75</sup>:

Talvez tenha sido o Direito francês o primeiro a admitir a indenização das chances culposamente perdidas e a criação jurisprudencial foi possível em razão do Código Civil francês não conter uma

---

<sup>73</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, p. 7, 1991.

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 7-9.

<sup>75</sup> *Ibid*, p. 9.



enumeração dos bens protegidos, como sucede no Código Civil brasileiro.

A codificação de 1916 possuía uma limitação à cláusula geral da responsabilidade civil, sendo que dentre os dispositivos mencionados por Clóvis do Couto e Silva como dificultadores para a aceitação da teoria da perda de uma chance “os que de fato pareciam criar determinado embaraço para a indenização da chance perdida, em linha de raciocínio, seriam os arts. 1.537 e 1.538 do Código Civil de 1916”.<sup>76</sup>

O Código Civil de 2002 alterou os dispositivos citados como limitadores à cláusula geral, sendo dada a eles a seguinte redação:

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

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

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

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

Desta forma, as dúvidas de outrora quanto a existência de limitadores a aplicação da responsabilidade civil que pairavam sobre os artigos 1.537 e 1.538, ambos do Código Civil de 1916, não prosperam mais, diante das modificações trazidas pelos artigos 948 e 949 ambos do novo Código Civil.<sup>77</sup>

A interrupção do processo aleatório do qual se buscava um resultado favorável, ou evitar um prejuízo, para ser objeto de indenização é necessário que se amolde ao que dispõe o art. 403 do Código Civil, que ao definir o dano passível de ressarcimento, apresenta o conceito de perdas e danos como sendo composto pelos

---

<sup>76</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 85.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 86.

prejuízos efetivos e os lucros cessantes. Desta forma, se torna necessário que se faça uma análise do artigo citado para que possa concluir se o dano em razão da perda de uma chance poderia ser incluído na conceituação das hipóteses de perdas e danos.

Conforme se observa, o art. 403 do Código Civil cuida da análise dos casos de danos patrimoniais indenizáveis, promovendo a diferenciação entre os danos emergentes, como sendo o que realmente se perdeu, e os lucros cessantes, reportando ao que se deixou de ganhar.<sup>78</sup>

Observa-se que as perdas e danos fazem alusão aos casos de danos patrimoniais somente, sendo a verificação realizada com base no patrimônio do ofendido, podendo a lesão gerar sua diminuição ou o impedimento de seu acréscimo.<sup>79</sup>

Conforme leciona Ponte de Miranda, “à base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano”.<sup>80</sup> Desta forma, o ato lesivo pode causar danos de ordem patrimonial, perdas e danos, e extrapatrimonial, cabendo a obrigação de indenizar no patamar de valoração promovido pelo julgador.<sup>81</sup>

O dano causado pela interrupção de um processo aleatório onde se esperavam o resultado favorável, ou evitar um prejuízo pode gerar danos ordem patrimonial, bem como extrapatrimonial.<sup>82</sup> Se ato lesivo causar a perda de uma chance de ordem patrimonial, deverá ser reparado como perdas e danos. Quando ofender interesse extrapatrimonial deverá ser observado os mesmos critérios dos demais casos de dano, cabendo ao julgador da causa realizar a sua valoração.

---

<sup>78</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 453.

<sup>79</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 173.

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 206.

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Op. cit.* p. 454.

<sup>82</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. 671.

Em razão das perdas e danos ser gênero no qual fazem parte as espécies dano emergente e lucro cessante, surge com naturalidade o seguinte questionamento: O dano pela perda de uma chance poderia ser conceituado como espécie de perdas e danos?<sup>83</sup> Desenvolvendo o seu raciocínio, respondendo positivamente ao questionamento, o autor Agostinho Alvim apresenta esclarecimentos através da citação do exemplo onde o dono de um raro animal que vai apresentar-se em um concurso é impedido de participar em razão de ato ilícito praticado pelo encarregado da guarda do animal que o deixa perecer em um acidente. Agostinho comenta que antes da participação o animal lesado tinha acrescido a seu valor a possibilidade de vitória na competição, sendo que esse “a mais” que ele valia entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono. Ao deixar de competir ocorre à perda, do que o autor chama de “a mais”, que o animal valia, sendo que é esse dano que se quer ver indenizado.<sup>84</sup>

Em igual sentido ao estudo de Alvim, os autores Mazeaud e Mazeaud desenvolvem os seus raciocínios mencionando o exemplo de um cavalo de corrida que é impedido de participar de uma competição onde tinha chance de vitória a qual é perdida, sendo a ocorrência do dano indiscutível embora de difícil valoração. Protestam para que os tribunais se esforcem para bem quantificar o valor desta probabilidade e de outras de igual natureza.<sup>85</sup>

Assim, verificando-se que a chance séria e real constitui um patrimônio do ofendido, chega-se a conclusão que a sua perda se trata de um dano reparável, pois, o ordenamento jurídico pátrio evoluiu e passou a prever uma cláusula geral da responsabilidade civil consubstanciada na reparação de qualquer dano sofrido pela vítima, desde que preenchido os demais requisitos.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22. p. 208.

<sup>84</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 194.

<sup>85</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, t. 1. p. 279-80.

<sup>86</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 214-15.

### 3.3.2 A perda de uma chance como espécie de dano autônomo e a Teoria do Nexo de Causalidade adotada

Para a realização da verificação do nexos de causalidade no ordenamento jurídico brasileiro necessário se faz a causa, sendo a melhor forma de promover a verificação do nexos de causalidade através da síntese das teorias do Dano Direto e Imediato e da Causalidade adequada, compreendendo-se que uma causa é necessária justamente por ser adequada, só podendo escolher a causa adequada dentre aquelas que, no caso concreto, se mostraram indispensáveis.<sup>87</sup>

A atuação das teorias para verificação da causalidade é imprescindível, pois enquanto a Teoria da Causalidade Adequada desenvolve a percepção de que a proximidade entre o fato causador e o dano é a lógica e não a temporal, a Teoria do Dano Direto e Imediato ao seguir como uma “ferramenta hermenêutica para uma melhor compreensão da Teoria da Causalidade Adequada”.<sup>88</sup>

Assim, pode se concluir que a corrente adotada do ordenamento jurídico nacional não prescinde da condição necessária para formar o elo de causalidade entre a ação ou omissão e o prejuízo suportado pelo lesado. Desta forma, cabe verificar se nos casos de perda de uma chance é possível preencher-se o requisito da necessidade da causa.

Considerável parte dos autores compreende que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance não depende de uma flexibilização do nexos de causalidade, ou da utilização de uma causalidade alternativa, bastando uma abertura conceitual em relação ao conceito de dano.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972. p. 393-94.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 214-15.

<sup>89</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 76.

Conforme já observado no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro adotou cláusula geral de responsabilidade civil ampla capaz de aceitar a perda de uma chance como bem protegido passível de reparação. No caso da perda de uma chance, para que seja constatada a existência de um nexo de causalidade adequada “é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado”.<sup>90</sup>

Se caracterizarmos a perda de uma chance como espécie de dano autônomo, como é feita pela teoria clássica, a chance perdida fará com que o resultado buscado deixe de ser aleatório e passe a ser impossível em razão da atuação por ação ou omissão do agente, pois “o ato culposo está em relação de causalidade necessária com a interrupção do processo que nunca se saberá se geraria resultados positivos ou negativos para vítima”.<sup>91</sup>

O autor Agostinho Alvim em seus estudos verifica a possibilidade de ocorrência de um nexo de causalidade entre o ato do lesante e o dano autônomo da perda de uma chance suportado pelo lesado, conforme relatou na seguinte passagem<sup>92</sup>:

Alguém vê julgada improcedente uma ação, que tentou para haver certa quantia. A sentença, proferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver apreciado mal a prova. Todavia, o advogado, por negligencia, deixa de apelar. Impossibilitado o recurso, e não sendo caso de ação rescisória, não poderá o autor obter o restabelecimento do seu direito.

Pensará então em voltar-se contra o seu advogado, afim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não interposição do recurso. [...] Se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como supusemos, outro dano à, resultante da mesma origem, ou qual se pode provar e é, portanto indenizável.[...]

---

<sup>90</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. 678.

<sup>91</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86.

<sup>92</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 191-92.

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa, em segunda instância, constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir favoravelmente no seu patrimônio, podendo o grau desta probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

Merece ser destacado que o autor citado é seguidor da Teoria do Dano Direto e Imediato, o que demonstra que a verificação do liame causal através desta teoria permite verdadeiramente a reparação pela perda de uma chance como dano específico desde que preenchidos, evidentemente os outros elementos caracterizadores dos danos indenizáveis. De igual forma, a Teoria da Causalidade Adequada autoriza a constituição do nexo de causalidade entre a ação do agressor e a perda da chance, permitindo a ocorrência de indenização em tal situação de dano.<sup>93</sup>

Desta forma, conclui-se pela inexistência de barreiras ao acolhimento da perda de uma chance como dano autônomo e indenizável, como bem leciona a autora Judith Martins-Costa, o que o art. 403 do Código Civil veda “é o dano meramente hipotético”. Sendo, produzida a “prova da existência do dano e a adequação do nexo 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>94</sup>.

### 3.4 A perda de chance como dano final e a sua incoerência com o modelo brasileiro de causalidade

Consoante abordado até o presente momento, a perda de uma chance, aqui estudada, foi classificada como uma modalidade autônoma e independente de dano.

---

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 527.

<sup>94</sup> *Ibid.* p. 545-46.

Ocorre que partes dos estudiosos negam a existência de autonomia do dano pela perda de uma chance, sob o argumento da inseparabilidade da vantagem esperada do dano final.<sup>95</sup>

Parte dos estudiosos que se debruçaram sobre o estudo da Teoria da Perda de uma Chance argumentam no sentido da indissociabilidade da perda de uma chance do dano final, não havendo a possibilidade de sua classificação como dano autônomo. Os defensores desta corrente afirmam mesmo que a vantagem esperada fosse de fato alcançada após o evento danoso, a chance perdida deveria ser indenizada. Para melhor elucidação, imagine o caso de um cliente que contrata um advogado para fazer sua sustentação oral de apelação perante determinado tribunal, mas por ato de negligência do profissional, este não comparece, no entanto o cliente logra êxito no recurso mesmo sem a atuação do advogado.<sup>96</sup>

No caso acima apresentado, sendo a perda da chance considerada como modalidade de dano específico, deveria ser esta indenizada em tal situação. Para os estudiosos da doutrina clássica da perda de uma chance – ocorrências onde o processo aleatório é interrompido pelo dano autônomo da perda de uma chance – deveria ser reparável a perda da chance em todos os casos, independentemente da ocorrência do dano final. Por outro lado, se mesmo após a constatação da perda da chance há a necessidade de que o ofendido aguarde a finalização do processo aleatório para que possa pleitear reparação, a conclusão que se chega é não outra de que a perda da chance seria inseparável do dano final.<sup>97</sup>

Conforme se observa, para os defensores da indissociabilidade da perda de uma chance do dano final, caso fosse reconhecida a sua autonomia, o dano pela interrupção do processo aleatório deveria ser indenizado independente da ocorrência, ou não, do dano final. No entanto, respeitando o esforço científico, não se pode acolher o raciocínio apresentado, pois independente da classificação

---

<sup>95</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 52.

<sup>97</sup> *Ibid.* p. 52.

apresentada, dano autônomo ou inseparável, se a vantagem final é alcançada não há que se falar em perda de uma chance. Nos casos clássicos da perda de uma chance a configuração do dano autônomo somente surge quando através de um ato ou omissão de um agente é perdida a oportunidade de permanecer em um processo aleatório, cessando qualquer possibilidade de se alcançar a vantagem buscada.<sup>98</sup>

Portanto, nas situações em que há a interrupção de um processo aleatório e consequentemente a perda de uma chance de se conquistar uma vantagem ou evitar um prejuízo, clarividente que o resultado almejado não será conquistado, não havendo que se falar em ocorrência de perda de uma chance em situações onde o dano final não tenha ocorrido. Resta claro, que o dano final é uma consequência lógica da ocorrência da perda de uma chance. Assim, independente da classificação que se tenha dado a perda de uma chance, dano autônomo ou inseparável do dano final, para a configuração da lesão pela interrupção do processo aleatório, torna-se necessário à ocorrência do dano final.

Novamente, merece ser ressaltado, que para que um dano enseje reparação é inevitável que entre ele e a conduta do lesante exista um elo de causalidade. Ademais, considerando que nos casos de perda de uma chance existam outras condições que possam causar o dano final, a conduta do agressor não pode ser considerada uma *conditio sine qua non* para o dano final, mas apenas para o dano da perda de uma chance. Desta forma, para que seja possível a reparação do dano final, torna-se necessário que o ordenamento jurídico utilize-se de uma teoria do nexo causal onde não haja a necessidade de uma *conditio sine qua non*. Com esta intenção, de promover a verificação do nexo de causalidade entre a conduta do transgressor e o dano final, surge a Teoria da Causalidade Parcial a qual não é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>99</sup>

---

<sup>98</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. 669-670.

<sup>99</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.



O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de casos de responsabilidade civil exige para a ocorrência de reparação a comprovação de vínculo causal entre a conduta do infrator e o dano suportado, sendo rechaçada pelas teorias adotadas qualquer espécie de gradação causal. Já a Teoria da Causalidade Parcial, que não é utilizada em nosso ordenamento, propõe justamente a gradação da causalidade, ou seja, entre o ato ou omissão danosa e o dano final existe uma proporção de causa, não sendo exigido, portanto, a sua ocorrência por completo.

De acordo com a Teoria da Causalidade Parcial, o dano final poderia ser ocasionado por várias causas, sendo que a perda de uma chance de permanecer no processo aleatório até o seu fim parcela de causa em relação ao dano final.<sup>100</sup> Quanto aos julgadores, devem apreciar proporcionalmente a relação de causalidade entre o fato gerador da responsabilidade e o dano como fundamento de seu convencimento.<sup>101</sup>

A Teoria da Causalidade Parcial possibilita a indenização, em alguns casos, pela perda de uma chance, em situações onde, de acordo com a Teoria da Autonomia da Perda, não haveria qualquer reparação. De acordo com a presente teoria, a indenização ocorrerá na proporção de causalidade entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo ofendido, independente de sua quantificação. Ao contrário, para a perda de uma chance ser vista como um dano autônomo, sendo passível de indenização, deverá haver observação da ocorrência de uma chance séria e real. Em situações onde a probabilidade de obtenção da vantagem seja estatisticamente baixa, não poderia ser apontada a chance perdida como séria e real, impossibilitando a ocorrência de qualquer espécie de indenização, o que não ocorreria caso a análise de causalidade fosse realizada com base na Teoria da Causalidade Parcial.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> BORE (s.n.t.) *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58. “todo processo etiológico é uma combinação entre lei causal e lei aleatória. Tal combinação pode ser encontrada na responsabilidade civil pela perda de uma chance, visto que o dano é formado por fatores conhecidos e desconhecidos”.

<sup>101</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 59-60.

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 50-51.

Caso seja a perda da chance classificada como inseparável do dano final, através de uma leitura da Teoria da Causalidade Parcial poderia se concluir que a chance perdida deveria ser indenizada na proporção de causalidade de obtenção do resultado esperado. Em contrapartida, sendo a chance perdida encarada como espécie de dano autônomo somente seria autorizada as chances encaradas como sérias e reais.

A concepção de nexos causal adotada no direito brasileiro, o ato lesivo que interrompe um processo aleatório e conseqüentemente causa a perda de uma chance, não é causa necessária do dano final, não sendo o ato lesivo uma *conditio sine qua non* do dano final, não podendo, conseqüentemente, a reparação corresponder ao resultado esperado. Em razão da ausência de causalidade provada entre o ato do transgressor e o prejuízo final suportado, defende a Teoria da Causalidade Parcial a possibilidade de concessão de reparação de um prejuízo parcial.<sup>103</sup>

Desta forma, de acordo com a Teoria da Causalidade Adequada cabe ao julgador “reduzir o prejuízo na medida do vínculo causal que ele constata com erro do ofensor”.<sup>104</sup>

Os defensores da Teoria da Causalidade Parcial afirmam que somente poderá ocorrer reparação pela perda de uma chance através da causalidade parcial. Afirmam, pois que a perda de uma chance não constituiria um dano autônomo, sendo que as situações de sua ocorrência baseiam-se na idéia de causalidade parcial. Desta forma, conclui-se que a Teoria da Causalidade Parcial aproveita as chances perdidas “apenas como meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19-21.

<sup>104</sup> BORÉ (s.n.t.) *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 21.

<sup>105</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Op. cit.* p. 50.

Quanto à quantificação, defende a Teoria da Causalidade Parcial que o valor da indenização deve ser proporção da vantagem almejada correspondendo ao percentual correspondente a causalidade, visto que o vínculo causal entre o ato do ofensor e o prejuízo final não é completo. Assim, “*se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experienciado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido*”.<sup>106</sup>

Assim, nos casos de perda de uma chance o ofendido sofre uma lesão que é fácil de ser identificada: a vantagem esperada, que corresponde ao dano final, como, por exemplo, à perda de um festival de música por uma banda; à perda do processo judicial, para o demandante; à perda do prêmio do rodeio, para um peão. Ocorre que a conduta do ofensor não caracteriza uma *conditio sine qua non* para a perda da vantagem esperada. Em razão da não aceitação da causalidade parcial no ordenamento jurídico brasileiro, não há a possibilidade de ocorrência de indenização em razão do dano pela perda de uma chance relacionada ao dano final.<sup>107</sup>

O direito brasileiro adotou para verificação do nexo de causalidade as Teorias da Causalidade Adequada e do Dano Direto e Imediato que exigem a prova da *conditio sine qua non*, sendo necessário a separação do dano final e da perda de uma chance como danos autônomos, sob o risco de inoccorrência de qualquer forma de reparação.<sup>108</sup>

Seguindo a linha de raciocínio traçada e, servindo como chave para a conclusão defendida da impossibilidade de indenizar-se o dano final, mas apenas a perda de uma chance como dano autônomo merece ser destacado o ensinamento atemporal do jurista Agostinho Alvim:<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

<sup>107</sup> *Ibid.* p. 59.

<sup>108</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>109</sup> *Ibid.* p. 194.

Suponha-se que alguém vai concorrer em um certame, onde apresentará um animal havido como raridade, de modo a candidatar-se a um grande prêmio.

Todavia, a pessoa incumbida de sua guarda deixa-o perecer, num acidente que poderia ter evitado.

Ora, se o dono do animal, ao demandar, o prejuízo, incluir aí o prêmio, é certo que a sua pretensão terá que ser repelida.

Tal lucro era hipotético.

Mas é inegável que o animal, antes do certame, e tendo probabilidade de levantar o prêmio, tinha o seu valor acrescido, nesse momento, podendo por isso mesmo ser negociado por maior preço.

Esse a *mais*, que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono.

De modo que, se o que se pede é esse a *mais* e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e, sim, do real.

Ao juiz, apreciando as circunstâncias, cabe firmar o *quantum* dessa indenização. [grifo do autor]

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

### 4.1 Desenvolvimento moderno da responsabilidade civil

O Código Civil de 1916 condensou em seu diploma uma série de evoluções, que para a época era exemplo de aprimoramento jurídica face ao perfeito atendimento às necessidades sociais.

A sociedade da época experimentava um processo evolutivo acelerado, as concepções do século XIX ficavam para trás dando lugar ao progresso científico que culminaria no surgimento de novas modalidades de relações sociais.

Diante da evolução apresentada no transcorrer dos séculos XIX e XX, o Código de Bevilacqua acabou tornando-se obsoleto, restando muitas das soluções apresentadas pelo diploma superadas. Dentre os progressos ocorridos nos séculos anteriores, sem dúvida que a responsabilidade civil ocupa espaço destacado dentro do direito civil.

Para melhor compreender as transformações propiciadas pelo instituto da responsabilidade civil, importante torna-se o estudo de suas manifestações e os caminhos que apontam destacada evolução.

A revolução industrial foi o marco temporal evolutivo, vez que o novo processo produtivo gerasse o aumento substancial de exposição dos sujeitos envolvidos na operação da produção. Em razão do processo de evolução, a população que outrora se concentrava no campo, passou a desenvolver suas relações nos grandes centros, dando início ao processo de urbanização.

A urbanização surge como conseqüência do aumento populacional nos grandes centros, da migração do campo para as cidades na busca por melhores condições

de vida que o desenvolvimento capitalista podia propiciar. Ocorre então o processo de massificação da sociedade como resultado da urbanização e da centralização do capital.

Destacando a importância da ocorrência da massificação para evolução do instituto da responsabilidade civil, o jurista Fernando Noronha em sua obra *Introdução à responsabilidade civil* traz a seguinte ponderação, vejamos:

Realmente, se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, tal palavra é massificação: massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações com os jornais, a rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado e com a obrigação de reparar os danos transindividuais, [...]; no processo civil, com as ações coletivas, visando a tutela de interesses transindividuais e ainda dos chamados interesses individuais homogêneos [...]; nas relações contratuais, com os contratos padronizados e de adesão, impostos pelos empresários aos consumidores e até pelas grandes empresas às menores; mesmo no âmbito das relações de consumo já são possíveis convenções coletivas, vistas no Código de Defesa do Consumidor (art. 107)!<sup>110</sup>

Verifica-se que a revolução industrial propiciou o desenvolvimento da responsabilidade civil manifestado através dos fenômenos: da expansão dos danos suscetíveis de reparação; da objetivação da responsabilidade; e da coletivização da responsabilidade.

Sobre os fenômenos comenta Noronha:

---

<sup>110</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. 539.

O fenômeno da ampliação dos danos suscetíveis de reparação traduz-se essencialmente (ainda que não unicamente [...]) na extensão da obrigação de indenizar aos danos extrapatrimoniais e na tutela dos danos transindividuais, correspondendo os dois aspectos à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja a mais abrangente que for possível. O fenômeno da objetivação, talvez a principal consequência da revolução industrial no âmbito da responsabilidade civil, consiste no progressivo distanciamento desta com relação ao princípio segundo o qual não poderia haver responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de processos comunitários para reparação de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.<sup>111</sup>

Conforme comentado, a responsabilidade civil continua em constante evolução em razão do clamor social por reparação a toda a espécie de dano suportado pela sociedade de forma coletiva ou individual.

Com base na evolução do instituto da responsabilidade civil passaremos ao estudo da mitigação de um dos seus pressupostos, **o dano e a aplicação da teoria da perda da chance de obter um resultado favorável que é o alvo do presente trabalho.**

#### 4.2 Novas concepções de dano e a Teoria da Perda de uma Chance

Consoante exposto anteriormente, o instituto da responsabilidade civil, acompanhando o desenvolvimento social proporcionado principalmente pela revolução industrial, sofreu variadas modificações.

Fundado na dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil deixou de considerar como seu principal viés a condenação de um agente culpado, para

---

<sup>111</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. 540.

passar a focar a reparação da vítima prejudicada em consonância com a aspiração social de reparação mais abrangente possível.

Consoante exposição apresentada no tópico anterior, o alargamento dos danos aptos de reparação está estreitamente ligado com os fenômenos de desenvolvimento hodierno da responsabilidade civil: a objetivação e coletivização.

De acordo com elementos característicos da evolução da responsabilidade civil moderna (objetivação e coletivização), a prova da culpa é desprezível, caindo para a coletividade o ônus de arcar com de arcar com certas espécies de danos, apresentando um novo paradigma de dano indenizável, deixando de lado a antiga visão de reparação exclusivamente de danos patrimoniais, certos e tangíveis.

Desta forma, de acordo com o novo modelo solidário motivador de mudanças no mundo jurídico, deixou-se de lado a preocupação com a imputação da culpa para o encontro do objetivo de reparação do dano sofrido. Assim, danos que anteriormente não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou puramente emocionais passaram a ser reparados.

Certamente, a ampliação do número de danos reparáveis está relacionado diretamente às mudanças tecnológicas e epistemológicas e aos empenhos dos cientistas no sentido de criarem meios a facilitarem a vida em sociedade. No entanto, o instituto da responsabilidade civil, necessitava de novos esforços para identificar e quantificar os possíveis malefícios causados pelas novas descobertas científicas e seus potenciais efeitos danosos para a sociedade ainda não sabidos. Com o progresso tecnológico o Direito passou a considerar a probabilidade como ferramenta aplicável a reparação de danos advindos de conflitos sociais. A incerteza passou a integrar as formas de soluções jurídicas.

Os juristas perceberam que a interpelação eventual de um processo no qual se encontra um ente poderia ser suficiente para caracterização de um dano reparável – a chance perdida – mas de quantificação incerta.



Os estudos estatísticos colaboraram em muito para a percepção dos juristas que a probabilidade poderia ser uma aliada na compreensão e aplicação da nova espécie de ocorrência dano, visto que a simples interrupção da busca de um resultado já geraria, muitas vezes, uma lesão que de acordo com os anseios sociais, deveria ser indenizável. Desta forma, passou-se a analisar com mais presteza a quantificação e a probabilidade de ocorrência de lesão, corroborando para o reconhecimento da chance não aproveitada como uma espécie de dano reparável.

#### 4.3 Caracterização da perda de chance

Falar em chance é trazer à memória um processo que possibilite alguém a obter a oportunidade de obter um resultado favorável ou evitar um prejuízo. No estudo da responsabilidade civil, quando se fala em perda de uma chance é porque ocorreu a interrupção de um processo por um determinado fato antijurídico, gerando a perda de oportunidade de forma irremediável. A chance neste caso que foi perdida gera à vítima a frustração da oportunidade de obter uma vantagem esperada e que provavelmente não obterá novamente, ou então na frustração, na oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. Na primeira situação, em que houve a paralisação de um processo vantajoso pode-se falar que houve a privação da chance de obter uma vantagem futura. Na segunda situação, em contrapartida, não houve a interrupção de um processo danoso que estava em curso, ocasionando a privação da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, neste segundo caso há um dano presente.

A perda de chance, em si, caracteriza uma espécie de dano que deverá ser reparável quando conjugada com os demais pressupostos da responsabilidade civil, com exceção do elemento dano que fora mitigado pela evolução do instituto da responsabilidade civil através dos anseios sociais no tempo.

Os dois pontos apresentados de ocorrência da perda de uma chance – paralisação de um processo favorável em curso ou ausência de paralisação de processo desfavorável – possuem como marco temporal um momento pretérito onde existia a oportunidade agora perdida, levando a realização de indagações sobre o que viria a acontecer caso não ocorresse os fatos antijurídicos apontados. Em um caso havia a probabilidade de continuação de um processo que proporcionaria uma vantagem almejada, já na outra situação o que se esperava era a interrupção do processo que culminou em um prejuízo. Apesar da situação oposta entre os fatos, ambos possuem como semelhança a dependência de elementos que se projetam para um momento futuro na busca da verificação do valor do dano. Partindo do marco temporal de ambas as situações, a determinação da verossimilhança da vantagem esperada depende da probabilidade que o ofendido possuía de obter um resultado futuro favorável, bem como em escala inversa de proporção, através da verificação da probabilidade que havia do ofendido evitar o prejuízo.

Quando se fala em perda de uma chance o marco temporal é sempre uma situação real, onde em condições normais haveria a possibilidade de obter uma vantagem, ou evitar um prejuízo, ou seja, trata-se de uma situação onde existia uma chance real. Diferente da situação onde o lesado almeja o resultado em si ou o prejuízo, visto que é uma situação aleatória, não podendo se falar em dano real. Em contrapartida a perda do benefício de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo futuro são danos reais. A distinção em relação às demais espécies de danos está no fato de que esse dano será reparável quando for possível a verificação da chance real, sendo o valor imputado com base na probabilidade de cada sujeito alcançar o resultado almejado.

As oportunidades futuras e os prejuízos presentes apontados no comento da matéria podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Ao tratar dos danos resultantes da perda de uma chance não está se fazendo a simples distinção entre danos certos e eventuais, tão pouco entre danos presentes e futuros. Os danos eventuais enquanto dano contrapostos aos certos, nunca poderão ser objeto de uma obrigação de reparação.

A perda de chance pode dizer respeito tanto a danos presentes como a futuros. Os danos ligados a chances perdidas serão danos certos, isto é, danos que não só sejam frutos de um determinado fato antijurídico, como também sejam objeto de prova suficiente para demonstrar a sua ocorrência, se danos presentes, ou a verossimilhança de que virão a ocorrer, se danos futuros. No caso de danos futuros, também na responsabilidade por perda de chances a respectiva prova será normalmente mais difícil do que no caso de danos presentes.

Apesar de a responsabilidade pela perda de chance não significar uma espécie de dano eventual, nem unicamente danos futuros é conveniente a manutenção dessas duas categorias, ainda que por razões distintas como alerta Fernando Noronha<sup>112</sup> a realização de sua distinção é importante para que não haja risco de confusão entre espécies de danos distintos e autônomos como é a chance perdida e o dano eventual.

O dano da perda de chance deverá ser certo, ainda que constituído de mera possibilidade quando da interrupção do processo aleatório existe, para que seja reparável. A incerteza cairá apenas em saber se a oportunidade interrompida chegaria ao resultado almejado caso o processo aleatório não tivesse sido interrompido. Quanto maior for a probabilidade de se conquistar o resultado esperado, maior será o valor da reparação a receber.<sup>113</sup>

Quanto a distinção entre danos presentes e futuros torna-se importante para a realização de verificação fundamental, pois, ainda que uma chance diga sempre respeito a algo imaginado para o futuro, há uma chance que poderia ser aproveitada para alcançar qualquer coisa, a responsabilidade pela perda de chance vai traduzir-se umas vezes em danos relativos a eventos que não aconteceram e que só poderiam vir a verificar-se no futuro (danos futuros), e outras vezes em danos que já aconteceram, mas que poderiam ter sido evitados (danos presentes).<sup>114</sup>

---

<sup>112</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. 671/72.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 671/72.

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 671/72.

Assim, se observa que o dano da perda de chance é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à perda de uma vantagem que poderia ocorrer no futuro (dano futuro) ou à perda de uma oportunidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente). O dano pela perda de uma chance contrapõe-se a um dano final que, nas ocasiões observadas é um dano meramente hipotético, eventual e incerto.<sup>115</sup>

A reparação de danos advindos da perda de uma chance é um dos fenômenos da evolução e socialização do instituto da responsabilidade civil e a expansão dos danos passíveis de reparação.

#### 4.4 Modalidades da perda de chance

A análise das modalidades da responsabilidade pela perda de uma chance será realizada através da divisão apresentada pelo autor Fernando Noronha, qual seja entre a **perda da chance de obter uma vantagem futura** e a **perda da chance de evitar um dano que aconteceu**. É através desta divisão que se seguirá o estudo, realizando, apenas uma subdivisão na segunda modalidade em duas categorias: a **perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo** e a **perda de uma chance por falta de informação**, constituindo, assim, três espécies de chances perdidas.

A primeira modalidade, perda da chance de obter uma vantagem futura, também conhecida na doutrina francesa como perda da chance clássica, devido a um fato antijurídico pretérito restou frustrada a possibilidade de obter uma vantagem que era almejada no futuro, ou fica perdida a oportunidade de evitar um prejuízo futuro. Esta categoria irá dar origem a duas submodalidades: **a perda da chance de realizar um benefício em expectativa**, e por outro lado a **perda da chance de evitar um**

---

<sup>115</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. 671/72.

**prejuízo futuro**, de outro. Como se observa nas duas submodalidades, são invocados eventos que ocorreriam no futuro, caso não tivesse ocorrido o fato antijurídico, gerando a necessidade que o ofendido demonstre a probabilidade de que tais eventos viriam a ocorrer, como também que eles são consequência adequada do fato antijurídico. Como se observa, caso os danos aqui analisados fossem exclusivamente patrimoniais seria possível dizer que na primeira submodalidade (perda de uma vantagem futura) a perda de uma chance assumiria características de lucro cessante, já na perda da oportunidade de evitar um prejuízo haveria a caracterização de um dano emergente.

Nas duas situações analisadas a perda da chance de obter uma oportunidade surge em razão do fato antijurídico interromper um processo que estava em curso, mas em razão da interrupção o resultado em expectativa ficou prejudicado, sendo impossível afirmar que este ocorreria caso não ocorresse a interrupção.

Já na perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação, ambas as modalidades dizem respeito às situações em que projetadas poderia se evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, um dano presente, ou seja, ocorreu a frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido. Note-se que ambas as modalidades tratam da perda da chance de evitar um dano efetivamente ocorrido, diferentemente da divisão apresentada pelos clássicos, onde o dano é futuro. A primeira modalidade, traz situação onde o infrator podia e deveria ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado conduta diversa da cometida. Nesta assim como nas modalidades clássicas também havia um processo em curso, mas a atuação do infrator gerou dano presente. A questão que se coloca presente é se o autor do dano deveria e poderia ter interrompido o processo danoso em curso. Nestes casos estaremos diante da perda da chance de evitar que outrem sofresse um dano efetivamente ocorrido.

Na outra modalidade de dano presente será tratada a perda de uma chance por falta de informação, que consiste na frustração da oportunidade de tomar uma decisão coerente, correta, em razão da ausência do dever de informar praticado por um agente. Esta espécie se materializa quando alguém sofre determinado dano por não

ter escolhido a melhor decisão que poderia ter sido tomada caso aquele que tinha o dever de informar tivesse tomado tal iniciativa.

Apesar das subdivisões apresentadas, a perda de uma chance independente da sua modalidade será apresentada sempre num dano específico, o dano da perda da própria chance, distinguindo-se dos benefícios que eram esperados, devendo sempre ser consequência adequada do fato antijurídico que estiver em questão.

#### 4.4.1 Perda da chance de obter uma vantagem futura (perda de chance clássica)

A presente modalidade de perda de chance ocorre quando determinado fato antijurídico cessa processo que estava em curso e que poderia levar a ocorrência de eventos vantajosos. Dessa forma, perdeu-se a oportunidade de obter um resultado futuro favorável, que poderia consistir tanto em realizar um benefício em expectativa como em evitar um prejuízo futuro. A interrupção causada pelo fato antijurídico gera a impossibilidade de se conhecer o resultado futuro ficando impossível saber se o ofendido iria obter êxito no processo, em razão da natureza aleatória que assume.

As situações de ocorrência da presente modalidade se dão diante da prática de um fato presente que impede chances projetadas para o futuro de se concretizarem. O resultado futuro esperado é aleatório e fica impedido de ocorrer em razão do fato jurídico praticado pelo infrator. Situações de ocorrência da modalidade em destaque são inúmeras, como é comentado por Fernando Noronha: estudante fica impedido de prestar o vestibular em razão de acidente que sofre, ou só vai fazê-lo em condições adversas, não obtendo êxito; um concursando ao cargo de juiz é impedido de realizar a última e definitiva prova; um trabalhador fica impossibilitado de se habilitar a uma promoção; cliente perde ação judicial em razão de seu advogado não ter apresentado o rol de testemunhas, ou não recorreu da sentença desfavorável, mas suscetível de discussão; uma mulher estava recém casada com um médico em início de carreira quando este foi morto, assim, se esvaiando as

expectativas dela por uma vida venturosa e economicamente bem-sucedida; um órgão público deixa de realizar uma licitação obrigatória e impede determinada empresa de participar da concorrência; uma pequena empresa detentora de tecnologia nova e que havia iniciado negociações com uma grande empresa, com vista à conclusão de um contrato que projetaria o nome daquela a escala nacional (razão pela qual até fizera preços inferiores aos que seriam razoáveis) vê tudo gorado devido a manobras fraudulentas de uma concorrente.<sup>116</sup>

Dos exemplos destacados por Noronha chama atenção para a do advogado que deixa de apresentar rol de testemunha ou não recorre da decisão desfavorável, pois ilustra bem as duas submodalidades que cabem dentro da modalidade em análise, a de não realizar um benefício em expectativa e a de impossibilitar a ocorrência de um prejuízo futuro.<sup>117</sup>

Merece aqui uma observação ao estudo apresentado por Noronha, pois segundo o autor, no exemplo em que o advogado deixa de entregar o rol de testemunhas causando o julgamento improcedente da ação, na ação onde o lesado requer indenização contra o advogado conseguir demonstrar que com a oitiva das testemunhas faria prova suficiente para a ação ser julgada procedente, ocorreria um prejuízo certo, não podendo falar-se em perda de uma chance, pois para a ocorrência desta não poderia haver certeza sobre o peso do rol de testemunhas.<sup>118</sup>

No exemplo comentado, ainda que demonstre a vítima a ausência de apresentação do rol de testemunhas por parte do advogado, bem como a importância de destacada prova, jamais poderá se afirmar que a resolução da questão se daria de forma positiva, pois o julgamento de uma ação estará sempre sob o crivo do julgador que possui ampla liberdade para decidir e apreciar os fatos e provas postos ao exame do juízo. Desta forma, ao contrário do que afirma o brilhante autor Fernando

---

<sup>116</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. 676.

<sup>117</sup> *Ibid.* p. 677.

<sup>118</sup> *Ibid.* p. 677.

Noronha o exemplo apresentado por ele sempre será caso de perda de uma chance.<sup>119</sup>

Correto estaria o julgador se ao apresentar suas argumentações alterasse o exemplo para a seguinte situação, advogado deixa de apresentar documento capaz de provar direito pretendido em juízo, como é o caso da gestante que pretende o reconhecimento da estabilidade em razão do estado de gravidez, sendo a apresentação do exame de gravidez documento mais que suficiente para provar direito pretendido e tornar certa a pretensão.

Por fim, nos casos de ocorrência da perda da oportunidade de se obter um resultado futuro favorável, a apresentação de ação almejando a reparação ficará dependente das seguintes provas: nexos de causalidade entre o fato jurídico e o insucesso na conquista do resultado esperado. Quanto ao nexo de causalidade, remetemos ao estudo apresentado no capítulo anterior.

#### 4.4.2 Perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido

Da mesma forma, como na modalidade anterior, para que ocorra a perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido é imprescindível que haja em curso processo que acarretou dano, onde caso este tivesse sido interrompido por atuação do infrator, quando era exigível, haveria a possibilidade do dano ser evitado, ainda que não se possa garantir que com a realização de tal atuação o dano seria sido evitado. Observa-se que nesta modalidade o resultado almejado que é evitar um prejuízo que possui natureza aleatória.

A distinção entre a perda de uma chance clássica e a de evitar que outrem sofresse um prejuízo presente, ou seja, dano ocorrido, são claras. Na perda de chance

---

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 677.



clássica o fato antijurídico paralisou um processo vantajoso que estava em curso e o provável dano resulta dessa interrupção. Já no caso da perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo em curso danoso não foi paralisado quando poderia ter sido, impossibilitando a certeza sobre o resultado que ocorreria em caso de uma atuação positiva. Note-se que na presente modalidade não se analisa algo que pode vir a acontecer no futuro, mas sim aquilo que deixou de ocorrer no passado para evitar o dano verificado. Há a certeza da ocorrência de um dano e que este é fruto do processo que estava em curso, sendo analisado se o mal poderia ter sido evitado caso tivesse ocorrido a interrupção.

Fernando Noronha cita como exemplo de ocorrência da presente modalidade as seguintes situações:

Um exemplo de responsabilidade pela perda da chance de evitar um prejuízo presente é o do furto sofrido por um estabelecimento comercial que tinha um sistema de alarme que não funcionou, quando esta falha não seja suficiente para explicar o assalto [...]

Todavia, é na responsabilidade médica que podemos encontrar os exemplos mais característicos desta perda da chance, o que se compreende, devido à natureza em maior ou menor medida aleatória dos tratamentos disponíveis; são muitíssimos os casos em que fica a dúvida sobre se a morte do paciente, ou o agravamento do seu estado, pode ser atribuída ao médico, ou a própria doença. Nestas situações, fala-se na França em perda de chance de cura ou de sobrevida (*perte de chances de guérison ou de survie*).

Um exemplo característico de perda de chance de cura ou de sobrevida é o do paciente que está definitivamente inválido, ou que morreu mesmo (estes são os prejuízos presentes), porque o médico cometeu um erro de diagnóstico ou de tratamento: mesmo sem esse erro, poderia ser que o paciente acabasse inválido ou morresse. Mas com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores.<sup>120</sup>

Da adoção da teoria da perda da chance em situações em que haja ocorrido danos efetivos gerou controvérsia na França, gerando divisão entre os autores, sendo que grande gama negava que nestes casos fosse possível aplicação da perda da chance ao argumento de que todo problema se resumia a uma questão de prova do nexo de

---

<sup>120</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. 681.

causalidade, ou seja, ou se prova e a que conceder indenização na em totalidade ou ficava absolvido o réu por ser o dano incerto.<sup>121</sup>

Respeitando os defensores da posição, não parece ser este radicalismo a solução mais apropriada, podendo ser atribuído às críticas parcialidade de procedência, pois, se fossem corretas deveriam também ser aplicadas nas situações de emprego da teoria clássica porque também nesta é possível encontrar um instrumento de equidade que possibilite o julgador ter um gesto em favor da vítima, todas as vezes que uma incerteza sobre o nexos de causalidade interdita uma reparação integral.

Desta forma, em algumas situações de perda da possibilidade de evitar um dano presente efetivamente ocorrido é justificada a aplicação da teoria da perda de chances. Sobre a aplicação Fernando Noronha se debruça sobre três exemplos ao analisar a modalidade em comento:

O problema fundamental está em saber se o médico deve reparar o dano, no todo ou em parte, quando tiver prescrito uma terapêutica inadequada, se houver um agravamento da doença e não se souber a causa respectiva.

Na verdade, se a causa do agravamento do estado do paciente for conhecida, não haverá problemas e, qualquer que seja essa causa, não se poderá falar em perda de chance. Para esclarecer, vejamos as três hipóteses que aqui seria possível distinguir: o agravamento tem como causa unicamente a evolução da própria doença, tem como causa o próprio tratamento mas sem ocorrer um erro médico e tem como causa um erro médico.

Quando o agravamento tiver como causa unicamente a evolução da própria doença, isto é, quando, apesar de ter havido deficiência no tratamento essa não tiver contribuído para o agravamento, não haverá responsabilidade.

Na segunda hipótese, quando o agravamento tiver como causa o próprio tratamento, mas sem ter havido erro médico (por exemplo um paciente perde a visão do olho esquerdo em razão de cirurgia para correção de desvio de septo nasal, tendo esta sido realizada segundo as regras técnicas existentes para este tipo de procedimento, como era o caso julgado por importante acórdão do Supremo Tribunal Federal de 02-04-2002, RE 217. 389-SP, rel. Min. Néri da Silveira), não existirá responsabilidade para o médico, porque a responsabilidade deste é puramente subjetiva, embora possa havê-la para o estabelecimento hospitalar, pelo menos quando o caso seja de cirurgia realizada em hospital público, porque a equipe médica

---

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 682.

composta de funcionários do estado (em que se poderá falar em responsabilidade civil objetiva do estado, com fundamento no art. 37, §6º, da Constituição Federal, como decidiu o Supremo, no caso referido).

Mas (e esta será a terceira hipótese) se o agravamento do estado do paciente for devido a um erro médico (ou seja, se com o tratamento adequado a doença seria curada, ou pelo menos o paciente experimentaria melhoras), o profissional terá de responder, ainda que a responsabilidade em regra não seja pelo total do dano sofrido pelo paciente: é que nestes casos haverá que descontar a parcela de dano que seja atribuível à própria doença pré-existente conforme a regra geral aplicável nas hipóteses de concurso entre o fato do responsável e caso fortuito e de forma maior que é uma das situações em que temos concorrência efetiva de causas. Assim, se na produção de um dano houver concorrência entre um caso fortuito ou de força maior e um fato atribuível a uma pessoa, esta só poderá ser responsabilizada pela parcela de dano que possa ser considerada consequência de sua ação; todavia, pode acontecer que não se consiga apurar em que proporção, ainda que aproximada, o caso fortuito ou de força maior e o fato do responsável contribuíram para o dano, e neste caso só fica uma solução viável, de natureza salamônica: presume-se ter sido igual à contribuição da doença e do tratamento inadequado.<sup>122</sup>

Conforme apresentado pelo autor, observa-se que somente quando a causa do agravamento do estado do paciente não é conhecida e, havendo, um tratamento inadequado, ou houve tratamento adequado, mas com risco do qual não foi esclarecido o paciente, é que surge a questão de se verificar se não poderá haver responsabilidade por chances perdidas. Pois nestes casos ainda que não se saiba a causa do dano ele poderá ter ocorrido ou devido ao ato terapêutico inadequado e à evolução endógena da doença, ou resultou somente de uma dessas situações sem que se saiba qual. Na primeira situação ocorrerá concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou de força maior, no segundo uma de causalidade alternativa.

---

<sup>122</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. 685.

#### 4.4.3 Perda de chance por falta de informação

Destacada modalidade, como já apresentado neste trabalho, ocorre quando alguém sofre um determinado dano por não ter escolhido a melhor opção, que estaria ao seu alcance se o sujeito que possui o dever de informar tivesse cumprido o seu papel. O risco de o lesado sofrer o dano, ou de reduzi-lo, poderia ter ocorrido caso a vítima obtivesse informações mais esclarecidas.

Alerta-se que se a informação devida houvesse sido prestada e o risco de dano sido eliminado, a responsabilidade do agente a prestação da informação será plena, gerando a obrigação de reparar todos os danos sofridos, não se podendo falar neste caso em responsabilidade por perda de chance.

Entretanto, se a informação a ser prestada não fosse possível de alterar dano inevitável torna-se inútil a exigência da prestação de informações, não havendo neste caso responsabilidade.

A responsabilidade por perda de chance nesta modalidade só ocorrerá nos casos em que o ato que acabou causando dano fosse evitável. Quando o evento danoso for inevitável poderá haver responsabilidade, mas não por perda de uma chance. Pode citar como exemplo situação do médico que deixa de prestar ao paciente informações que seriam razoáveis sobre riscos cirúrgicos a que este estaria sujeito e que mais tarde se verificam causando dano que poderia ter sido evitado pelo médico. Neste caso, só se poderá falar em frustração de chance caso o risco de dano pudesse ter sido diminuído, mas não evitado.

O dever de informar surge em várias ocasiões cotidianas, em especial naquelas oriundas de negócios jurídicos, bem como fora delas, trata-se de regra contida na boa fé objetiva, ou boa fé regra de conduta.

Na modalidade em análise observa-se que a realização do dano depende de uma ação da vítima, ou seja, ausência de informação leva o ofendido a sofrer o dano que

poderia ter sido diminuído ou evitado por este através de sua ação. A subtração do direito de optar gerado pela ausência do cumprimento do dever de informar é que gera a perda de uma chance.

Brilhante são os exemplos apresentados por Noronha comentando J. Penneau, em análise a modalidade estudada:

J. Penneau, [...] fornece dois exemplos, extraídos de acórdãos da Corte de Cassação francesa, que são muitos bons exemplos para se avaliar até onde pode ir esta responsabilidade.

O primeiro é relativo a um paciente de surdez, que foi operado. Com a cirurgia a surdez-mudez foi eliminada, mas dela resultou ter o paciente ficado com uma paralisia facial. Esta paralisia era um risco conhecido, embora pouco provável, mas o paciente não tinha sido advertido; por outro lado, a intervenção cirúrgica não era a única alternativa, porque havia a possibilidade de a surdez ser corrigida, ainda que só parcialmente, com aparelhos. O segundo exemplo é sobre um paciente que foi operado, em razão da recidiva de uma hérnia inguinal. A operação era inevitável devido ao estado do paciente, mais implicava o risco de causar necrose dos testículos, fato que ele não foi informado. Infelizmente o risco depois concretizou-se. Em ambos os casos houve condenação do cirurgião interveniente.

Tanto um como no outro caso o cirurgião profissionalmente não procedeu com imperícia, nem com imprudência ou negligência, mas eles não são iguais: no segundo caso (hérnia) a intervenção cirúrgica era inevitável, mas no primeiro (surdez), não era. Por isso, a condenação só poderia justificar-se a partir de fundamentos diversos. No caso da surdez, justificava-se a partir do fato de o cirurgião ter faltado ao dever de informar e assim haver tirado do lesado uma chance, que tinha, de optar pelo outro tratamento; reparação, todavia, devi ficar restrita ao valor da chance perdida, não ao valor total do dano experimentado pelo lesado. No caso da hérnia, não era possível falar em chance perdida, mas houve desrespeito pelo dever geral de informar que recai sobre os médicos, gerando-se assim uma situação suscetível de causar danos específicos, sobretudo, anímicos (morais), com a conseqüente obrigação de reparar (ainda que obviamente esta fique restrita a tais danos).<sup>123</sup>

Como se observa, os casos de perda de chance analisados na presente modalidade se aproximam com o estudado realizado no tópico anterior, diferenciando-se no fato

---

<sup>123</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. 691.

de que a chance aqui está com o próprio interessado, a vítima, e não no ofensor como no anterior.

#### 4.5 Critérios de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance

Para uma adequada aplicação da teoria da perda de uma chance, torna-se de grande importância a apresentação de critérios para a sua aplicação e concessão da indenização pleiteada.

A apresentação de critérios auxilia os operadores do direito a realizarem um correto emprego, oferecendo melhores condições de sistematizar as várias situações cotidianas que podem ser englobadas dentro da espécie chance perdida, bem como se verificará que algumas são erroneamente qualificadas nesta teoria.

A dificuldade no apontamento de situações que seriam aplicáveis a teoria, bem como a sua utilização se justifica em razão da matéria ainda está em processo de amadurecimento em nosso ordenamento jurídico.

Ressalta-se que o objetivo do presente tópico não é exaurir todos os requisitos, mas sim apresentar elementos que faz a teoria da perda de uma chance se diferenciar das demais espécies de responsabilidade civil.

##### 4.5.1 Chances sérias e reais

A divulgação da teoria vem levado os profissionais de direito e principalmente julgadores a sua utilização indiscriminada. Ocorre que a perda de uma chance possui como um de seus parâmetros a certeza que deve apresentar o dano reparável. Desta forma, para que a teoria da perda de uma chance seja cotejada, o

ofendido deve comprovar que a oportunidade perdida não era aleatório, mas sim séria, real. Essa diferenciação é critério para separar danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, daqueles puramente eventuais e hipotéticos, onde a reparação deve ser rebatida.

A preocupação em se evitar demandas levianas é preocupação corrente nos ordenamentos da *Common Law*, se exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas, como bem destaca Rafael Peteffi:

Os ordenamentos da *Common Law* também demonstraram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas. Em *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor requeria a existência da perda de uma chance “substancial”. A decisão citada, com rara ousadia, chega a afirmar que as demandas de vítimas que perderam menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encaradas com rigor redobrado, já que demandas de natureza especulativa não devem ser encorajadas.

[...]

Em *Davies v. Taylor*, a Casa dos Lordes inglesa julgou o caso de uma viúva que requeria reparação pela perda da chance de auferir suporte financeiro de seu marido. Entretanto, no momento da realização do dano (morte), a autora estava separada de seu marido. Entretanto, no momento da realização do dano (morte), a autora estava separada de seu marido. Como o tribunal concluiu que a probabilidade de reconciliação futura do casal deveria integrar o cálculo, também decidiu que a chance requerida pela vítima era por demais hipotética, não sendo digna de reparação.<sup>124</sup>

Como se observa, os tribunais ingleses e americanos ao apreciarem a perda de uma chance mensuram a probabilidade de êxito caso não houve um fato antijurídico que interrompeu o processo que estava em curso. Alguns chegam até apresentar regras de proporcionalidade.

---

<sup>124</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 134.

Nos Estados Unidos, parte dos autores e julgadores preocupados com a utilização indiscriminada da teoria da perda de uma chance chegam a afirmar que sua aplicação estaria restrita às relações médicas, por encontrar nesta espécie campo fértil para verificação da seriedade, sendo tormentosa a quantificação de uma oportunidade nas demais relações. Merece crítica esse posicionamento, visto que a comprovação da seriedade das chances está relacionada ao grau, proporcionalidade e não de natureza.

Em contrapartida ao entendimento norte-americano, os franceses, vislumbram a possibilidade de aplicação em uma gama de situações, no entanto sem deixar de apontar a dificuldade na verificação nas situações em que não haja o auxílio de estatísticas confiáveis.

Desta forma, considerada as ponderações apresentadas, sugere-se que para verificação se um chance é real e séria, seja realizada a mesma análise utilizada pelos penalistas ao verificar a conduta de um agente, qual seja, como comportaria um homem em situações normais perante determinado fato antijurídico. No entanto, nos casos onde a paralisação do processo gere a ocorrência de um dano final, a verificação da perda da chance e sua seriedade ficam facilitado, visto que nestas situações (perda da chance de evitar um dano que ocorreu) basta confrontar a conduta do homem mediano com a do agente diante do dano final, para se obter se a perda daquela chance era real e contribuiu para se evitar o infortúnio ou não.

#### 4.5.1.1 Análise crítica a Escola Clássica italiana: comentários ao estudo de Sérgio Savi

Em brilhante estudo de mestrado apresentado por Sérgio Savi que cominou na publicação do livro *Responsabilidade civil por perda de uma chance* (2006), é analisada a evolução da teoria da perda de uma chance, bem como o seu emprego na escola italiana, uma das percussoras da modalidade de dano em comento.



Comentando o trabalho do italiano Maurizio Bocchiola o autor Savi menciona com correção que a aplicação da teoria da perda de uma possui limitação, uma vez que não será qualquer possibilidade que merecerá ressarcimento. A conclusão do autor italiano é destacada:

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>125</sup>

Mais tarde, inspirado pela análise da teoria da perda de uma chance sob a perspectiva dos autores e tribunais italianos, Sérgio Savi defende a criação de um parâmetro fixo do que poderia ser considerado como chance séria e real:

Pelo que pôde inferir dos julgados analisados, a jurisprudência italiana evoluiu bastante nos últimos tempos no que tange à reparação da chance perdida. Após afirmar por anos que a chance seria mera expectativa de fato, dano futuro hipotética e, portanto, não indenizável, passou a reconhecer a possibilidade de indenizar a chance perdida.

Para tanto, seguindo as premissas fixadas pela Doutrina, inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente, passou a exigir (na maioria dos casos) uma probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) como prova da certeza do dano e, por fim, a liquidar o dano, partindo do dano final multiplicado pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado útil impedido pela conduta do ofensor.<sup>126</sup>

Os estudos apresentados por Sérgio Savi em muito contribuíram e contribuem para o avançar da teoria e sua aplicação no Brasil. Entretanto, pede-se licença para

---

<sup>125</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

<sup>126</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

realizar uma crítica a posição defendida por este autor inspirado na clássica escola italiana.

O entendimento de chance real e séria, bem como qualquer definição da ciência do direito não pode ficar presa a números, quantificações, proporções, qualquer definição matemática, sob pena de conflito com a própria natureza da ciência jurídica que é eminentemente social.

A definição de chances reais e serias deverão sempre ficar a crivo o julgador e sem a sua vinculação a quantificação exata, pois a sorte de um cidadão que tem um direito lesado pela perda de uma oportunidade não pode ficar a mercê de numeração, sob pena de “exatificar” o direito, tornando os julgamentos simplória análise numérica.

Ademais, defender a padronização do quantum é sério e real é marchar contra a própria evolução da responsabilidade civil e o surgimento da teoria da perda de uma chance. Os anseios sociais almejam a proteção cada vez maior das relações que os cidadãos estão sujeitos rotineiramente. E a evolução destas relações faz surgir novos conceitos, nas teorias, como ocorreu com a perda de uma chance. A quantificação de 40%, quiçá 49% de se obter êxito em uma competição que foi privado pode ser algo longínquo e ausente de merecimento de ressarcimento, no entanto quando está em análise a possibilidade de se salvar uma vida de um paciente acometido por uma doença 40% passa a ser proporção considerável.

Ilustrando a crítica realizada, analisemos julgado criticado por Savi como caso de má-aplicação da teoria da perda de uma chance pelos tribunais brasileiros. Trata-se de julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 788.549-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005) que ficou conhecido como caso do “Show do Milhão”, onde uma participante que teve sua oportunidade de conquistar o prêmio máximo de um famoso programa de televisão tolhida, uma vez que a pergunta que valeria 1 milhão de reais não possuía resposta.

Ao comentar a decisão o autor Sérgio Savi elogia a aplicação da teoria, no entanto por entender que a chance não era séria, correspondendo a 25%, ou seja, inferior a 50%, não deveria ter havido indenização alguma, o que geraria a reforma total da decisão apreciada, como se observa:

Conforme exposto ao longo desse livro, a indenização pela chance perdida será sempre inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida e o ganho tivesse se verificado. Como jamais se teria a certeza absoluta de que a autora acertaria a pergunta (respondível desta vez) que lhe fosse apresentada, a indenização jamais poderia ser no valor equivalente aos quinhentos mil reais.

[...]

Isto porque, conforme anteriormente exposto, entendemos que as chances para serem consideradas sérias, reais e, portanto, passíveis de indenização, precisarão ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõe a Quarta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de apenas 25% (vinte cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida.

[...]

Conforme demonstrado ao longo deste livro, meras possibilidades não são passíveis de indenização. A chance perdida há de ser séria e real, sempre com no mínimo 50% de probabilidade de se verificar.<sup>127</sup>

Como se observa o entendimento defendido por Sérgio Savi e pelos clássicos italianos sobre chance real e séria, a transformando em proporção numérica, acaba por gerar em muitos casos aplicação injusta e até mesmo inaplicação da teoria da perda de uma chance. No caso comentado e analisado pelo autor, se fosse adotada pelo STJ a proporção numérica defendida de chance séria e real, a jogadora que estava a uma resposta do grande prêmio, após responder dezenas, demonstrando conhecimento enciclopédico, em razão de fato antijurídico cometido pela organização do programa, que interrompeu o processo aleatório em curso, não teria qualquer ressarcimento, beneficiando o infrator.

---

<sup>127</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 77-86.

O caso comentado é exemplo claro de que a quantificação da chance séria e real gera instrumento da prática injusta da teoria da perda de uma chance, conflitando com a sua própria natureza que é ampliar as possibilidades de dano reparáveis e não restringir como sugere os defensores da “exatificação” da chance séria e real.

Por fim, não merece ser confundida chances sérias e reais com meras possibilidades para encontrar a primeira classe como mencionado em linhas pretéritas, os juristas devem se valer de ensinamento utilizado no ramo penal e ao analisar cada caso concreto deverá o confrontar com a atuação do homem médio, verificando a proporção de oportunidades para se alcançar o êxito e sua representatividade no campo social. Ou seja, se uma pessoa em condições normais de concorrência obtêm chances reais de alcançar um resultado futuro considerável. Já nas situações em que a interrupção do processo aleatório causa um dano presente (situação comum na área médica) a confrontação entre dano presente e proporção de chance de evitá-lo confrontando com a atuação do homem médio serão parâmetros para a verificação de ocorrência do que chamamos de chances sérias e reais.

Sem abandonar a história evolutiva do instituto da responsabilidade civil e a mitigação do elemento dano, gerando o surgimento da teoria da perda de uma chance, será apresentado no tópico seguinte formas de quantificação das perdas de oportunidade.

#### 4.5.2 Quantificação das chances perdidas

Conforme apresentado, a teoria da perda de uma chance é utilizada pela vítimas que se encontram dificuldades em provar o nexos de causalidade entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada, como ocorre, por exemplo quando o cliente não consegue comprovar o nexos causal entra a conduta de seu advogado (ação ou omissão) e o insucesso da ação, não logrando êxito na

comprovação do dano em si, mas poderá pleitear indenização em razão da perda da chance de um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo.

A primeira conclusão que se pode retirar é que a indenização que se pretende em razão da perda de uma chance, jamais será igual a perda da oportunidade em si, em outras palavras, a frustração de uma oportunidade não será reparada na mesma proporção do valor da conquista que se almejava.

Sobre a adequação do valor da indenização a proporção da chance de se obter um resultado favorável a Corte de Cassação francesa em decisão de nove de abril de 2002 ratificou a importância desta postura, o que foi muito bem observado e comentado por Peteffi:

[...] a primeira câmara da Corte de Cassação francesa ratificou 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”. É exatamente pela impossibilidade de reparar o dano final que doutrinadores e magistrados afirmam, com muita frequência, que a reparação pela perda de uma chance não se presta a uma reparação integral do prejuízo. Consoante tal situação, já se afirmou que isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral a chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final que era vantagem esperada que foi definitivamente perdida.<sup>128</sup>

Como se observa, a responsabilidade pela perda de uma chance está alicerçada em um conceito específico de dano, o que é defendido no presente trabalho, admitindo-se que a reparação existente é integral, visto que, distinta daquela referente ao dano final, pois são espécies distintas e naturalmente receberão tratamento diferenciado.

---

<sup>128</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 138.

No entanto, ainda que se admita a independência da perda de uma chance, o dano final será utilizado como parâmetro para quantificação da chance perdida.

Para a quantificação da perda de uma chance, apesar da independência desta espécie de dano, atuará sempre paralelamente o dano final, visto que, este será o parâmetro para que o julgador examine a seriedade da chance perdida bem como a proporção que foi subtraída da vítima de alcançar o resultado favorável.

O autor francês Jean-Pierre Couturier, através do estudo da estatística elaborou conceito matemático que define o processo de quantificação da teoria da perda de uma chance afirmando que “a função chance perdida é a derivada da função chance esperada, (dano final)” variando com base neste, ainda que espécie independente. Para ilustrar o estudo matemático do autor francês, Rafael Peteffi em seu estudo sobre a perda de uma chance apresenta o seguinte julgado realizado por tribunal norte-americano, veja:

A metodologia utilizada pela jurisprudência norte-americana guarda as mesmas linhas seguidas pelos juristas franceses. Destarte, em *Falcon v. Memorial hospital*, a Suprema Corte de Michigan julgou o caso de uma gestante que faleceu logo após o parto, devido a uma embolia. Os peritos admitiram que a morte era imprevisível e o médico não poderia ser responsabilizado. Entretanto, trinta e sete e meio por cento (37,5%) das pessoas que sofrem o mesmo problema que a Sra. Falcon sobrevivem, desde que recebam o correto tratamento médico. No caso em tela, foi constatado que a falta de uma terapêutica correta por parte do médico retirou as chances de vida da Sra. Falcon. Deste modo, o dano concedido representou trinta e sete e meio por cento (37,5%) do valor que seria concedido se o médico fosse considerado responsável pela morte da vítima.<sup>129</sup>

Ocorre que em determinados casos, a perda de um chance irá concorrer com o dano final devendo o aplicador do direito se ater a esta situação para que não ocorra compensação excessiva. Imagine a situação em que o paciente acometido por uma

---

<sup>129</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139.

doença, ao ser submetido a um tratamento tem a expectativa de cura restrita a sessenta por cento (60%), mas caso não seja eficaz a intervenção há uma expectativa de seis meses de vida. Ocorre que o médico ao ministrar um medicamento aplica dosagem distinta da correta, levando o paciente a morte. No exemplo apresentado ocorrem duas espécies de dano: o final e a perda de uma chance. Nestes casos, os herdeiros deverão receber duas espécies de recompensa, a primeira referente a sobrevida que este paciente teria mesmo que a cura não ocorresse com o tratamento (seis meses) e a outra referente a perda da chance de sobrevida que seria quantificada após o transcurso de seis meses elevaria em conta a proporção de chance de cura do paciente em caso de êxito no tratamento.

O sistema norte-americano (*Common Law*) acostumado com aplicação da teoria da perda de uma chance desenvolveu sistema mais sofisticado do que dos franceses para a quantificação da chance perdida chamado de “*conjunction*”.

#### 4.5.2.1 Combinação de eventos aleatórios: o princípio da “conjunction”

A análise das situações da perda de uma chance em sua grande maioria, ao medir a proporção da oportunidade perdida levam em consideração apenas um evento, como por exemplo o criador que tem o seu cavalo impedido de participar de um páreo por ação negligente de seu criador. Em casos como o mencionado é analisado apenas as chances de êxito no trunfo.

Ocorre que em determinadas situações o cálculo da chance perdida deverá levar em conta a participação de dois ou mais eventos aleatórios. A razão para utilização desta combinação é que na conjunção a probabilidade decresce de forma considerável permitindo a verificação se a chance era real. O regramento utilizado para a verificação combinada seria a seguinte: a probabilidade de dois eventos ocorrerem é igual a probabilidade de o evento ocorrer, multiplicada pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de se saber que o primeiro evento de fato ocorreu.

Como exemplo para ilustração da operação matemática apresentada, merece ser transcrito o exemplo de Joseph King Jr, comentado por Peteffi:

[...] Relata o caso do médico eu na primeira consulta falha em indicar a realização de um exame complementar cuja necessidade era facilmente demonstrada pelo quadro clínico apresentado pela paciente. Dezoito meses depois, descobre-se que a vítima está com câncer terminal. Se o médico tivesse diagnosticado a doença mediante exame complementar a época da primeira consulta, a paciente teria cinquenta e cinco por cento (55%) de chances de ter uma sobrevida normal. Porém, devido ao local do tumor cancerígeno, a chance do aludido exame complementar diagnosticar a doença não era de cem por cento (100%), mas de apenas oitenta e cinco por cento (85%). Desta forma, há que se considerar os dois fatores aleatórios em jogo, pois não era absolutamente certo que a paciente viveria após o diagnóstico tempestivo, bem como não era absolutamente certo que o exame complementar levaria a um diagnóstico correto. Assim, a chance de sobrevida perdida foi de 46,75%, eis que 0,85 multiplicado por 0,55 é igual a 0,4675.<sup>130</sup>

O caso supra mencionado destaca aplicação do princípio da “conjunction”, no entanto nem sempre será necessária a conjugação de fórmulas e dados de probabilidade para verificação de um fato antijurídico capaz de causar a perda de uma chance, pois muitas vezes a simples leitura do caso será suficiente para apontamento da oportunidade frustrada, sendo o emprego do princípio necessário apenas na quantificação do valor a ser indenizado.

#### 4.5.2.2 A inovadora proposta de Paul Speaker e a possibilidade de uma nova metodologia de quantificação de chances perdidas

O autor Paul Speaker em estudo publicado no ano de 2002 apresentou nova proposta para quantificação da perda de uma chance. A metodologia utilizada pelo norte-americano, no entanto foi elaborada através da análise do regime jurídico da *Common Law*, mais especificamente o dos Estados Unidos, onde a teoria da perda

---

<sup>130</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 141.



de uma chance (*loss of chance*) é utilizada na resolução de indenizações na seara médica.<sup>131</sup>

Os estudos de Paul foram aplicados especificamente nas situações onde a perda da chance ocasiona um dano certo, ou seja, frustração de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido, restando como único questionamento a ser realizado o motivo do dano final e não quantas as chances foram perdidas, como defende a corrente clássica (franceses).

A metodologia defendida por Speaker encontra campo fértil nas ações coletivas, campo pouco explorado, para não se dizer ausente na pesquisa dos autores clássicos franceses, visto que por meio de estatísticas e com satisfatório grau de certeza pode-se chegar a conclusão se uma determinada coletividade sofreu um prejuízo passível de indenização.

Para ilustrar o emprego da inovadora técnica Paul analisa caso julgado por tribunal norte-americano onde empresa era acusada por prática de discriminação racial na contratação de empregados negros, veja a passagem de Rafael Peteffi:

Como citado anteriormente, Paul Speaker comenta uma típica hipótese de uma chance em ação coletiva foi julgada no caso *Hameed v. International Assn. Of bridge, Structural, and Ornamental Iron Workers*, apesar de a Corte não ter utilizado expressamente a teoria da “*loss of chance*”. Este exemplo tratava dos danos causados pela discriminação racial na contratação de empregados.

O tribunal comprovou efetiva prática discriminatória e condenou o réu ao pagamento de indenização retroativa para os empregados negros, pela chance perdida de auferir um emprego. Observou-se que a taxa média de contratação era de 33,6% em relação aos empregados que se candidatavam. Entretanto, apenas 10,9% dos candidatos negros eram admitidos. Desse modo, concluiu-se que a prática discriminatória diminuiu a chance de os trabalhadores negros serem admitidos, de 33,6% para 10,9%.

De posse desses dados, o tribunal concluiu que, entre o período de 1965 e 1973, quarenta e cinco trabalhadores negros não foram contratados devido a questões raciais. Como era impossível identificar os quarenta e cinco empregados discriminados, dentro de um

---

<sup>131</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142.

universo de cento e oitenta trabalhadores negros que não foram admitidos, o tribunal concedeu, para cada um deles uma indenização de vinte e cinco por cento ( $45/180 = 0,25$ ) dos vencimentos de um trabalhador que fora contratado.<sup>132</sup>

Em crítica a teoria tradicionalista de quantificação, Paul argumenta que o equívoco desta teoria está no fato de não conferir a integralidade dos danos causados pelo fato antijurídico do infrator em razão das verdadeiras vítimas, pois, se o processo aleatório chegou a seu final, razoável é realizar a separação dos ofendidos em grupos, onde um será dos que efetivamente sofreram com o dano final e os outros onde a conduta equivocada do infrator não representou qualquer dano efetivo. Nesta situação apenas o primeiro grupo faz jus a reparação. Para ilustrar valiosa é a transcrição do exemplo de Speaker traduzido por Peteffi:

Suponha-se que cem pessoas tivessem sido vítima da mesma falha médica sofrida pelo autor da demanda, diminuindo a chances de sobreviver desse grupo de trinta e nove por cento (39%) para vinte e cinco por cento (25%). Isso significaria que, estatisticamente, vinte e cinco pessoas efetivamente sobreviveriam ao contrário dos trinta e nove sobreviventes que poderiam ser observados caso a falha médica não tivesse ocorrido. Assim, das setenta e cinco ( $100 - 25$ ) mortes que ocorreram pode-se inferir que quatorze ( $39 - 25$ ) foram ocasionadas pela falha médica. O réu deveria então ser responsável pela reparação de quatorze das setenta e cinco mortes ocorridas.

Se as setenta e cinco vítimas recebessem reparação por apenas quatorze por cento (14%) das chances de sobreviver, o réu repararia apenas o valor de 10,5 vidas, visto que, aquele percentual (14% ou 0,14) multiplicado por setenta e cinco é igual a 10,5. Deste modo, haveria uma óbvia sub-reparação por parte do réu.<sup>133</sup>

Da exposição apresentada por Paul Speaker pode-se estabelecer a seguinte fórmula para quantificação da perda de uma chance nos casos onde o processo aleatório tenha chegado ao final, chance de evitar o dano final: “X” representa o número de oportunidades de uma pessoas evitar um dano final; “Y” representa a chance que foi diminuída. Assim, através da fórmula “X” menos “Y”, dividido por um menos “Y”, consubstanciado na seguinte fórmula,  $X - Y / 1 - Y$ , tem-se a operação matemática para quantificação da perda de uma oportunidade.

<sup>132</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 143.

<sup>133</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 144.

Assim, constata-se através da proposta apresentada por Paul que nas ocasiões em que a perda de uma chance tenha contribuído para a ocorrência de um dano final, seja nas ações individuais ou coletivas a sua metodologia se apresenta como a mais correta e equilibrada, evitando o excesso de punição ao ofendido como poderia ocorrer caso fosse empregada a corrente clássica.

Em conclusão, por ter a pesquisa inovadora estudado apenas situações ocorridas perante o ordenamento norte-americano (onde a “Loss of chance” é quase que exclusivamente empregada nas relações médicas), ou seja, quando há a ocorrência da perda de uma chance que motiva a criação de um dano final presente, poder-se-ia mencionar que nas ocasiões onde a perda de uma chance se caracterize como um dano autônomo a teoria clássica não pode ser abandonada por completo, visto que, nas ocasiões onde a interrupção do processo aleatório não tenha chegado ao seu final tornando incerto o resultado, esta continua sendo a que melhor socorre, não mencionando que a novíça não possa ser utilizada também nestas situações.

## 5 CONCLUSÃO

O direito brasileiro, diante dos apelos sociais de reparação integral das diversas formas de prejuízo, avanços tecnológicos e científicos, passou a vislumbrar mecanismos e artifícios, juridicamente respaldados, para aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos. Diante do quadro social apresentado e inspirado pelos estudos jurídicos do direito comparado, juristas brasileiros passaram a reconhecer a possibilidade de mitigação do elemento dano e conseqüentemente a possibilidade de reparação dos danos decorrentes da perda da oportunidade de se obter um resultado favorável ou evitar um prejuízo.

Inicialmente inúmeras críticas e restrições foram impostas à responsabilidade civil por perda de chance. Os opositores defendiam que se tratava de possibilidade de indenização de dano hipotético, eventual, o que foi rebatido na exposição apresentada no presente trabalho. Frise-se que não se trata de reparação da vantagem almejada que não foi alcançada, visto que o futuro é incerto, não havendo formas de se apontar de forma idônea qual seria o resultado final. Desta forma, mesmo que fosse sacado o ato ilícito da cadeia dos fatos que antecederam o resultado final, não poderia este ser demonstrado.

Na aplicação da teoria da perda de uma chance, o que se almeja não é a recompensa pela vantagem não obtida, mas sim recompensa pela perda da oportunidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo. Ademais, a oportunidade perdida ou o prejuízo não evitado somente poderá ser recompensado se a chance for séria e real.

A chance perdida, desde que séria e real, é dano certo e independente do dano final que é hipotético e eventual, sendo classificado como dano autônomo. Se o dano é revestido do caráter de certeza ele deve ser indenizado, não podendo ser a dificuldade na quantificação do dano impedimento para a sua reparação.

A Teoria da Perda de uma Chance Clássica é tratada como sendo aquela em que uma conduta culposa obstrui irremediavelmente o processo aleatório em que o ofendido se encontrava, de forma a não ser possível saber qual seria o resultado do processo. A chance perdida é considerada como um dano específico – separado do dano final – e indenizável.

O dano pela perda da chance de ter evitado uma lesão já ocorrido acontece nas situações em que o processo nocivo em fluxo não foi paralisado – quando poderia ter sido – em razão de uma conduta delituosa. Caso o agente transgressor tivesse agido de forma não culposa, haveria a possibilidade de o dano não ter ocorrido, possibilidade esta que foi perdida. Nesse caso, a perda de uma chance também é vista como um dano específico, separado do dano final e indenizável.

A reparação de um dano está vinculada à existência de um nexo de causalidade entre a conduta do transgressor e tal dano. O modelo de causalidade adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro exige que a causa seja adequada e necessária, permitindo somente a reparação da perda de uma chance como dano autônomo, pois não é possível estabelecer nexo causal entre a conduta danosa e o dano final nos casos de perda de uma chance.

As chances a serem indenizadas devem ser aquelas sérias e reais, cuja aposta fosse potencial e provável, devendo ser rechaçada a reparação da perda de chances nos casos em que a probabilidade de obtenção do benefício esperado fosse eventual e hipotética. A constatação da seriedade das chances perdidas depende da análise dos casos concretos.

O ordenamento jurídico brasileiro quando da previsão da Responsabilidade Civil apresenta uma cláusula geral que autoriza a reparação de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, desde que preenchidos os demais requisitos do dever de indenizar. Nestes termos, não existe razão, no nosso ordenamento, para excluir-se o dano da perda de uma chance do patamar de dano indenizável.

Desta forma, havendo a comprovação da ocorrência do dano pela perda de uma chance e a adequação do nexu causal entre ele e a ação culposa, configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar. Entretanto, é impossível haver dano por perda de uma chance – seja ele autônomo ou ligado ao dano final – nos casos em que a vantagem esperada é conquistada.

A Teoria da Causalidade Parcial propõe a gradação causal ao afirmar que o ato ou a omissão danosa possuem uma proporção de causa em relação ao dano final, não exigindo, portanto, uma completude do nexu causal. Ela não pode ser utilizada no nosso padrão de responsabilidade civil, que exige um vínculo causal totalmente provado.

A reparação do dano pela perda da chance deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem final esperada pelo ofendido, sendo que a determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado é diretamente proporcional à probabilidade que existia, maior ou menor, de o resultado final se concretizar. Isto não significa reparação parcial.

O dano da perda de uma chance deve ser visto como um dano autônomo e reparável, não prescindindo do liame de causalidade necessária entre a conduta danosa e a perda da chance séria e real também nos casos pertinentes à seara médica.

A aplicação prática da Teoria da Perda de uma Chance é crescente. Contudo, na grande maioria dos casos, é empregada sem a cautela necessária, principalmente no que tange à quantificação do dano.

Ponto que causa dificuldade entre os juristas para aplicação da teoria da perda de uma chance é o arbitramento do quanto da indenização. Diante da ausência de previsão legal e por se tratar de uma teoria que se aplica de forma interdisciplinar com as ciências exatas, deverá o jurista utilizar-se dos ensinamentos da probabilidade para aferição da dimensão da chance perdida e possibilidade de evitar um prejuízo e desta forma arbitrar o montante a ser indenizado.

A quantificação do dano deverá ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo julgador, que deverá partir dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Assim, entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro, assim como o fez o francês e italiano, deve admitir a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Isto porque, assim como naqueles países, o Brasil possui uma cláusula geral de responsabilidade civil que utiliza um conceito aberto de dano, no qual se insere o dano da perda da chance.

Por fim, a evolução das relações pessoais impõe a reparação das mais diversas formas de dano e conseqüentemente o acolhimento da teoria, vez com que, por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passe a ser o foco da atenção do julgador.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 40, out-dez. 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS (ABNT). *NBR10520*. Informação e documentação: citações em documentos: apresentação. São Paulo: ABNT, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR14724*. Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. São Paulo: ABNT, 2005.

BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. *Revista da ESMAPE*, Recife, v.12, n.26, jul-dez. 2007.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 667, 1991.

\_\_\_\_\_. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.



CRUZ, Adenor José da. Responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance de um direito demandado, em juízo, investigada sob a luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência. *Repertório de jurisprudência*, IOB, n. 03/2010, v. 3, 1ª quinzena de fev. 2010.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

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

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

DÍAZ, Júlio Alberto. *Do dogma da causalidade à causalidade suposta: a responsabilidade coletiva*. 1995. 187 f. Tese (Doutorado) Universidade de Minas Gerais – Programa de Pós Graduação em Direito Civil, Belo Horizonte.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 349, nov. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de família: utilizar com moderação. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, out./nov.2007.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Textos para Estudo. Pós-Graduação em Direito da Saúde*, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2010.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade civil*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1972.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

KOPPER, Maria Fernanda Álvares. Responsabilidade civil do empregador pela perda de uma chance no direito do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, ano 26, n. 306, jun. 2009.

LAURENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 2.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. ver. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2.

\_\_\_\_\_. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, t. 1.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador – Responsabilidades: Danos material, moral, estético e pela perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. Indenização pela perda de uma chance. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, ano 24, n. 279, mar. 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 22.

MORAES, Maria Celina de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.) *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Disponível em: <[http://publique.rdc.pucrio.br/direito/media/Bodin\\_n29.pdf](http://publique.rdc.pucrio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2010.

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

ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible: Actos Ilícitos*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 589069996. Relator: Des. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, julgado em 12 de junho de 1990.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2.  
VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J. 1998, v. Les conditions de la responsabilité.