

## RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE: REVISITANDO OS PRINCIPAIS ASPECTOS ELENCADOS PELA DOCTRINA NACIONAL E ESTRANGEIRA

Têmis Limberger\*

Maria Eugenia Bunchaft\*\*

Brunize Finger\*\*\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 Considerações iniciais sobre a evolução da teoria; 3 Natureza jurídica da chance perdida; 4 Chances sérias e reais; 5 Distinções entre lucro cessante e perda da chance; 6 Modalidades da perda da chance; 7 Quantificação do dano; 8 Considerações Finais; Referências.*

**RESUMO:** O objetivo do presente estudo é definir o conceito de dano pela perda da chance, sua natureza jurídica e os requisitos que ensejam a responsabilidade civil de quem a suprimiu. Para tanto, foi revisada a literatura nacional e estrangeira sobre a teoria da perda da chance, bem como algumas jurisprudências. Por meio dessa análise, foi possível verificar as primeiras manifestações que envolveram essa teoria, a discussão em torno dela e o seu desenvolvimento ao longo do tempo até os dias de hoje. Utilizaram-se os métodos de procedimento indutivo e comparativo. A técnica de pesquisa aplicada foi bibliográfico-documental. Conclui-se que, apesar de haver pontos controversos, como o conceito de chance séria e real, verificou-se o consenso entre os autores pesquisados de que a perda da chance é definida como um dano autônomo em relação ao dano final, bem como a sua aceitação pelo ordenamento jurídico pátrio e conseqüente utilização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Perda da chance; Dano; Responsabilidade Civil; Dano Autônomo.

## CIVIL RESPONSIBILITY ON LOSS OF OPPORTUNITY: A REVIEW OF THE MAIN ASPECTS IN BRAZILIAN AND FOREIGN LEGAL DOCTRINE

\* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha; Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Docente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul, Brasil.

\*\* Pós-Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio); Docente do Programa de Pós-graduação em Direito e de Graduação em Direito constitucional II na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul, Brasil.

\*\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul, Brasil; Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX/CAPES), Brasil; E-mail: [brunizefinger@gmail.com](mailto:brunizefinger@gmail.com)

**ABSTRACT:** The concept of harm through loss of opportunity, its judicial nature and requirements that demand civil responsibility of the person who caused it, are investigated. Brazilian and foreign literatures and other jurisprudence were reviewed on the theory of loss of opportunity. The first manifestations that involve the theory, the discussion on the subject and its development over time are discussed by the inductive and comparative methods within a bibliographical and documental research technique. Results show that, in spite of several controversial factors, such as the idea of true and serious opportunity, an agreement exists on the loss of opportunity defined as an autonomous harm when compared to final harm, accepted by Brazilian lawyers for application.

**KEY WORDS:** Loss of opportunity; Harm; Civil responsibility; Autonomous harm.

## **LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA PERDIDA DEL CHANCE: FRENTE A LOS ASPECTOS PRINCIPALES RESALTADOS POR LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA**

**RESUMEN:** El objetivo de este estudio es definir el concepto de daño por la pérdida de chance, su naturaleza jurídica y las condiciones que dan lugar a la responsabilidad de los que se suprimió. A tal fin, se revisó la literatura nacional e internacional sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, así como algunos jurisprudencia. A través de este análisis, encontramos las primeras manifestaciones en las que esta teoría, la discusión en torno a la misma y su evolución en el tiempo hasta la actualidad. Ellos usan los métodos de procedimiento inductivo y comparativo. La técnica de investigación fue documental y bibliográfico. Se concluye que, aunque hay temas polémicos, como el concepto de probabilidad seria y real, hay un consenso entre los autores buscaron en que la pérdida de oportunidad se define como un auto-daño al daño final y su aceptación por la ley paterna y el consiguiente uso.

**PALABRAS-CLAVE:** La pérdida de oportunidad; daños; Responsabilidad civil; Daño auto.

## **INTRODUÇÃO**

A evolução das ciências tem trazido repercussões positivas para os seres humanos. A Medicina, por exemplo, tem explorado pesquisas que envolvem células-tronco, sendo cada vez maior o leque de possibilidades de sua utilização. Essas células podem ser aplicadas no tratamento de mais de 100 doenças do sangue e em mais

de 200 outras doenças (leucemia, osteoporose, anemia falciforme, imunodeficiência congênita, etc.). Em razão desses benefícios, algumas empresas especializaram-se na coleta de células-tronco do cordão umbilical de recém-nascidos.

Todo esse desenvolvimento tecnológico influencia e altera as relações sociais, pois ao mesmo tempo em que traz vantagens, possibilita a manifestação de conflitos antes não enfrentados. De modo geral, a solução para essas novas divergências é oferecida primeiramente pela responsabilidade civil, tendo em vista sua flexibilidade.

Alguns dos conflitos advindos das novas tecnologias já chegaram ao poder judiciário. Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com o seguinte caso: um casal que esperava o nascimento de seu filho contratou os serviços de uma instituição privada para coletar e armazenar as células-tronco embrionária de seu futuro filho. Contudo, a funcionária da empresa não comparece no momento do parto, deixando de coletar o material genético. Em processo judicial, a criança, representada pelos pais, requereu a responsabilização civil da empresa pela supressão da chance de ter as suas células-tronco coletas e armazenadas para eventual uso em futuro tratamento de saúde.<sup>04</sup>

A teoria da perda da chance é uma criação da jurisprudência francesa – posteriormente lapidada pela doutrina. Ao se estudar os clássicos manuais de direito civil da França, é possível notar que o dano pela perda da chance faz parte do campo acadêmico e prático dos juristas franceses há muito tempo. No Brasil, esse tipo de prejuízo passou a ser discutido após uma conferência proferida pelo professor francês François Chabas, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1990. Após mais de vinte cinco anos desde a referida palestra, é possível constatar que o tema foi (e ainda é) explorado pela doutrina; na prática forense brasileira, entretanto, a indenização proveniente desse dano é pouco reivindicado.<sup>05</sup> É provável que um dos fatores que influencia a parca utilização desse instituto jurídico seja o insuficiente entendimento de seu conceito, de seus requisitos e, principalmente, da forma de sua quantificação. Por isso, o presente artigo pretende analisar a evolução da teoria à luz de doutrinadores como Mazeaud, Carnáuba e Noronha; investigar a natureza jurídica do dano pela perda da chance, que é bastante controvertida na

<sup>04</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.291.247. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19 ago. 2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 maio 2015.

<sup>05</sup> O pedido de reparação pela perda da chance tem sido utilizado quase que exclusivamente naquelas situações em que o cliente processa seu ex-advogado porque este não apresentou recurso no prazo adequado ou por outra conduta que prejudicou o patrocinado de obter um resultado favorável.

doutrina; e distinguir lucro cessante de perda da chance. O artigo elucida também as duas modalidades que esse prejuízo apresenta e, por fim, tematiza a questão da quantificação econômica do dano.

Por meio de métodos de procedimento indutivo e comparativo, sustenta-se como hipótese que, não obstante divergência doutrinária, a natureza jurídica da chance não se enquadra nem pode ser equiparada às modalidades de dano consagradas pela responsabilidade civil. A verificação sobre o seu enquadramento como um dano emergente ou como um dano extrapatrimonial somente pode ser verificada no caso concreto. Importante destacar que esse estudo cita alguns casos levados ao Poder Judiciário, contudo, não se fez uma análise jurisprudencial, pois isso ensejaria uma metodologia diferenciada. A técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica de autores que oportunize demonstrar a construção e o desenvolvimento de um novo integrante do rol de danos: a perda da chance.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A EVOLUÇÃO DA TEORIA

Conforme Henri e Leon Mazeaud, configura-se a responsabilidade civil pela perda da chance quando o ofensor, por sua conduta, priva a vítima da possibilidade de auferir um benefício ou de evitar uma perda.<sup>06</sup> É o caso do advogado que deixa de apresentar recurso, fazendo seu cliente perder a possibilidade de reverter uma situação desfavorável; ou do voo que atrasa, causando ao cliente a impossibilidade de fechar um negócio; ou do acidente de trânsito sofrido pelo estudante que estava a caminho do local onde participaria de prova de concurso público; ou do médico que não solicita exame essencial para detectar determinada doença, vindo o paciente a falecer posteriormente<sup>07</sup>. Essas situações demonstram que a chance perdida é um prejuízo concreto que a vítima sofre, devendo, portanto, ser ressarcido ou compensando.

A perda de uma chance é uma criação essencialmente pretoriana porque os juízes franceses não tinham, à época, um texto legal ou uma construção doutrinária aprofundada que tratasse sobre o tema.<sup>08</sup> O primeiro acórdão, na França, que fez

---

<sup>06</sup> MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. *Traité Théorique e pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 240.

<sup>07</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, M. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, n. 2, dez. 2012, p. 251.

<sup>08</sup> CARNAÚBA, D. A. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013, p. 11.

**expressa menção** à reparação por perda de uma chance foi no ano de 1932. O caso, resumidamente, envolvia um notário, Sr. Grimaldi, que cometeu graves erros e se comportou dolosamente, com isso, o casal Marnier não conseguiu fechar o negócio. Diante dessa situação, a Corte de Cassação responsabilizou o notário por ter causado a perda da possibilidade de o casal adquirir o imóvel.<sup>09</sup> Dois anos depois, o mesmo Tribunal proferiu decisão que obrigou um advogado a indenizar seu cliente pela perda da chance, porquanto o profissional havia deixado prescrever a ação de seu ex-patrocinado. Na condenação foi afirmado que havia uma perda certa a ser indenizada, pois, por meio da ação, havia a possibilidade de ser gerada uma decisão favorável à vítima, se intentada no prazo.<sup>10</sup>

Vê-se, assim, que a indenização advinda do dano em estudo não objetiva reparar o resultado final esperado pela vítima, mas a possibilidade de alcançá-lo. Isso porque não há uma causalidade necessária entre o prejuízo final sofrido e o ato do agente ofensor que interrompeu o processo aleatório.<sup>11</sup>

Esses primeiros aspectos da teoria da perda da chance permitem concordar com Ana Cláudia Amaral e Everton Pona, que afirmam estar o direito mais consciente que lida com situações e condutas humanas imprevisíveis.<sup>12</sup> Isso evidencia a necessidade dessa ciência social utilizar instrumentos que permitam oferecer respostas aos conflitos resultantes dessas instabilidades, como é o caso do dano pela perda da chance.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DA CHANCE PERDIDA

A natureza jurídica da chance perdida ainda é um ponto bastante discutido. Às vezes a doutrina e os tribunais a classificam como lucro cessante ou dano emergente, outras vezes como dano patrimonial ou extrapatrimonial. Nesse ponto, propõe-se analisar a posição de alguns doutrinadores sobre o tema.

O jurista italiano Adriano De Cupis reconheceu o valor econômico da possibilidade que se perdeu e a classificou como uma espécie de dano emergente – o que eliminaria a dúvida sobre a existência de causalidade entre o ato danoso

<sup>09</sup> HIGA, F. C. Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>10</sup> CARNAÚBA, D. A. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013, p. 106.

<sup>11</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

<sup>12</sup> AMARAL, A. C. Z. M.; PONA, E. W. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. *Scientia Iuris*, v. 18, n. 2, dez. 2014, p. 103.

praticado pelo ofensor e o prejuízo sofrido pela vítima.<sup>13</sup> Contudo, para o mencionado autor, nem todos os casos de perda da chance seriam passíveis de indenização. As **esperanças aleatórias** de uma pessoa que costumava jogar na loteria e vem a falecer, por exemplo, não poderiam ser objeto de indenização, pois a chance de vitória na loteria é tão baixa que não é levada em consideração pela responsabilidade civil.

Em 1976, Maurizio Bocchiola publicou o artigo **Perdita di una chance e certezza del danno**, afirmando ser a perda da chance, em regra, um dano presente. Esse prejuízo, entretanto, deveria apresentar uma determinada possibilidade de acontecer. Para Bocchiola, é admissível apenas a indenização da chance perdida nos casos em que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada fosse superior a 50%. Por esse raciocínio, caso a vítima não conseguisse demonstrar a referida taxa, o juiz deveria julgar improcedente o pedido de indenização.<sup>14</sup>

Contrária à natureza jurídica apontada pelos juristas anteriores, Gisela Sampaio Cruz Guedes defende que o prejuízo decorrente da perda da chance não será necessariamente um dano emergente porque é possível que determinada chance perdida tenha um caráter extrapatrimonial. Por esse argumento, a autora também refuta a tentativa de categorizar o dano em estudo como um terceiro gênero posto entre o dano emergente e o lucro cessante.<sup>15</sup>

Embora existam controvérsias quanto à classificação da natureza jurídica da perda da chance, os autores citados concordam que se trata de um dano autêntico e, por essa razão, o nexu causal é aplicado da forma tradicional. Outros doutrinadores, em contrapartida, associam a perda da chance como uma aplicação menos ortodoxa do nexu causal, manifestando-se, em determinados casos, como causalidade parcial ou como presunção de causalidade – semelhante à responsabilidade coletiva ou grupal.<sup>16</sup>

Joseph King Jr., responsável por lançar as bases da teoria da perda da chance no direito norte-americano, publicou, em 1981, no *Yale Law Journal* o artigo denominado **Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences**, em que defendeu a perda da possibilidade como um dano autônomo e perfeitamente reparável – sendo prescindível o uso da causalidade alternativa.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> DE CUPIS, A. El daño: teoría general de la responsabilidad civil. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975, p. 319.

<sup>14</sup> SAVI, S. Responsabilidade civil por perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

<sup>15</sup> GUEDES, G. S. C. Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

<sup>16</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

<sup>17</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

Concorda-se com o referido jurista: a possibilidade perdida é um dano autônomo em relação à benesse que se esperava alcançar. Na realidade, uma maior abertura do leque de danos indenizáveis é suficiente para torna-lo um dano autêntico. Em outros termos, qualificar ele como um dano autônomo permite apurar o nexo de causalidade entre o rompimento do processo aleatório e ação/omissão do ofensor.

Um exemplo da consolidação da perda da chance como dano autônomo pode ser observado em algumas disposições do UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado), sobretudo em **Princípios da UNIDROIT relativos aos contratos de comércio comercial**. O artigo 7.4.3 (**Certitude du préjudice**) traz a seguinte redação:

- 1) N'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude.
- 2) La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.
- 3) Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal.<sup>18 19</sup>

O artigo 7.4.3 ratifica o entendimento encontrado na maior parte da literatura jurídica brasileira e estrangeira de que a perda da chance é um dano que deve ser reparado. É necessário, entretanto, que a chance apresente determinadas características para que seja passível de indenização. O parágrafo primeiro do referido artigo impõe como condição que a chance tenha um grau razoável de certeza. No mesmo sentido, a doutrina, de forma unânime, também afirmar ser imprescindível identificar duas qualidades para possível reparação: a chance deve ser séria e real.

#### 4 CHANCES SÉRIAS E REAIS

Para que seja viável a indenização pela chance perdida, deve-se demonstrar que se trata de algo além de meras esperanças. Para os irmãos Mazeaud, o dano

<sup>18</sup> Em uma tradução livre: 1) Só há dever de reparar o prejuízo, mesmo futuro, que é estabelecido com um grau razoável de certeza; 2) A perda de uma chance pode ser reparada na medida da probabilidade de sua realização; 3) O dano cujo montante não possa ser estabelecido com um grau suficiente de certeza é avaliado discricionariamente pelo Tribunal.

<sup>19</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-d-unidroit-2004>> Acesso em: 08 jun. 2015.

certo é aquele não hipotético, não eventual.<sup>20</sup> Ou seja, a vantagem a ser obtida ou o prejuízo a ser impedido teriam uma possível ocorrência, não fosse a conduta do ofensor. É preciso, portanto, demonstrar qual era a probabilidade de alcançar o resultado final. Para exemplificar, pense em alguém que vai, há mais de 10 anos, todas as quartas-feiras, às 10h da manhã, à lotérica fazer uma aposta na mega-sena. Acontece que um dia essa pessoa sofre um acidente enquanto percorria o caminho até aquele estabelecimento, ficando impossibilitada de participar do certame.<sup>21</sup> Ora, não se pode pensar que se está diante de um caso da perda da chance porquanto a chance deve ser provável.<sup>22</sup>

A fixação de condições, nesse caso a seriedade e a realidade, são critérios fundamentais para proteger essa teoria de eventuais distorções. Nesse sentido, Judith Martins-Costa assevera que esses são os principais requisitos observados pelos tribunais franceses, pois isso afasta danos eventuais e hipotéticos.<sup>23</sup> Entretanto, verificar no caso concreto se a chance era séria e real não é uma tarefa muito simples.

Alguns autores, entre eles Sérgio Savi, atribuem ao elemento **seriedade** uma porcentagem mínima de 50%,<sup>24</sup> isto é, se a vítima não provar que a probabilidade de sua chance era de no mínimo 51%, seu pleito deveria ser julgado improcedente. Na mesma linha de argumentação está Sérgio Cavalieri Filho para quem “A perda de uma chance [...] só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance serão indenizáveis”.<sup>25</sup> Todavia, uma parcela da literatura jurídica brasileira não coaduna com esse tipo de valoração da seriedade da álea.<sup>26</sup> Por outro lado, a probabilidade não pode ser ínfima a ponto de não ser merecedora da tutela jurisdicional. Nesse sentido, analisar as consequências decorrentes da fraude ocorrida no jogo Toto Bola permite uma melhor compreensão desse argumento.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. *Traité Théorique e pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 235.

<sup>21</sup> HIGA, F. C. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84-85.

<sup>22</sup> GONDIM, G. G. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. 2010. 177 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2010, p. 68.

<sup>23</sup> MARTINS-COSTA, J. H. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II, p. 541-542.

<sup>24</sup> SAVI, S. *Responsabilidade civil por perda da chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75.

<sup>26</sup> Enunciado 444. “Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

<sup>27</sup> NORONHA, F. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 675.

O jogo consistia, basicamente, na compra de cartelas de sorteio, as quais eram confeccionadas pela empresa Kater Administradora de Eventos Ltda. Essa empresa explorava a atividade em Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul. Em determinado momento, descobriu-se que um programa de computador fraudava o sorteio, selecionando previamente os algarismos que seriam sorteados. Com isso, os fraudadores conseguiam obter as cartelas premiadas.

Ao terem conhecimento desse crime, alguns jogadores ingressaram com ações judiciais requerendo a condenação do Poder Público e da empresa Kater Administradora de Eventos Ltda para indeniza-los pela perda da chance de se tornarem ganhadores. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento aos pedidos em razão da ínfima possibilidade que os jogadores tinham de receber o prêmio.<sup>28</sup>

Se não é adequado fixar previamente a porcentagem mínima que qualifica uma chance como séria e real, e se é necessário afastar aquelas consideradas ínfimas, fica a seguinte dúvida: qual é a condição exata que atribui seriedade e realidade à chance? Resposta: não existe um critério preciso. Por isso, Rafael Peteffi da Silva aconselha a aplicação dos mesmos critérios utilizados para a reparação dos danos extrapatrimoniais, ou seja, casuisticamente o julgador irá apreciar a seriedade e realidade da possibilidade. O autor afirma ainda que é “impossível que um simples conceito de chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operador do direito, pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis”.<sup>29</sup>

No caso do advogado que deixa de interpor recurso contra a sentença que foi desfavorável ao seu cliente, por exemplo, é preciso examinar a prescrição, a decadência, a jurisprudência majoritária à época dos fatos, dentre outros aspectos que poderiam influenciar na chance do cliente ver seu direito resguardado. Importante destacar que a perda da chance não pode ser utilizada como uma última tentativa para reparar o dano que a vítima sofreu; ela deve proteger o ofendido - e não indenizar ganhos infundados. Uma das formas de verificar a probabilidade é através de dados estatísticos. A Medicina, por exemplo, vale-se significativamente desse tipo de informação, o que permite saber qual a porcentagem de cura ou sobrevida quando aplicado determinado tratamento em determinadas circunstâncias.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Cível, 9. Apelação cível nº 70020571261. Relatora: Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 05 set. 2007. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 03 set. 2014.

<sup>29</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 139.

<sup>30</sup> GONDIM, G. G. A reparação civil na teoria da perda de uma chance. 2010. 177 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2010, p. 80.

Desse modo, para que seja indenizado o dano pela perda da chance, deve haver muito mais que uma mera esperança. É preciso que ele seja provável, o que poderá ser demonstrado por meio da Estatística. Além disso, cabe ao juiz analisar as peculiaridades do caso concreto, podendo inclusive fazer um juízo de ponderação acerca da realidade e da seriedade da possibilidade. Embora apresente certo nível de dificuldade, sobretudo quando se trata de aferir se a chance era séria e real – assim como a sua quantificação econômica, que será tratado posteriormente -, a teoria da perda da chance é um instrumento valioso que ratifica o princípio integral da reparação do dano.

Pelo exposto até o momento, já se tem uma noção clara sobre o prejuízo advindo da supressão da chance. Contudo, em algumas situações, esse dano pode ser confundido com o **lucro cessante**. Por isso, o tópico seguinte apresenta algumas distinções entre esses dois segmentos.

## 5 DISTINÇÕES ENTRE LUCRO CESSANTE E PERDA DA CHANCE

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, lucro cessante é a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio da vítima.<sup>31</sup> Em outras palavras, o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima razoavelmente deixa de lucrar em razão da conduta de um agente. Essa razoabilidade está ligada a um juízo de bom-senso, isto é, pondera-se a probabilidade de lucro que o credor teria se os fatos tivessem se desenvolvido sem a intervenção de um terceiro ofensor. Para chegar à quantificação, o magistrado elimina mentalmente a referida interferência e questiona se aquele lucro seria razoavelmente esperado. No mesmo sentido está Paulo de Tarso Sanseverino, que afirma que a determinação dos lucros cessantes é uma tarefa complexa, pois requer do julgador um juízo de razoabilidade no momento de quantificar o dano.<sup>32</sup>

A doutrina, em determinado momento, tentou qualificar a chance perdida como um lucro cessante. No entanto, não se alcançou êxito em tal sistematização, pois esse dano e a perda da chance têm premissas diferentes: o lucro cessante está ligado ao exame do que normalmente acontece, isto é, demonstra-se o lucro que a

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75.

<sup>32</sup> SANSEVERINO, P. T. V. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

vítima auferiria com base numa probabilidade objetiva; em contrapartida, a perda da chance, em si mesma, é certa – que é o que se indeniza -, o resultado final, porém, é aleatório, de modo que não é possível enquadrá-lo no que “normalmente acontece”.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes esclarece:

Enquanto nos lucros cessantes a probabilidade é utilizada para se verificar se os supostos prejuízos sofridos pela vítima são, de fato, os lucros que ela normalmente extrairia daquela atividade, na perda de uma chance, embora a doutrina também se refira a cálculos probabilísticos, o que se faz, a rigor, é utilizar a ciência estatística para se chegar ao valor da chance perdida – calcula-se tal valor com base na probabilidade de o resultado final vir a ocorrer. Na prática, entretanto, para uma situação ensejar a responsabilidade por perda de chance, basta que o lesado tenha perdido a possibilidade de obter a vantagem final esperada, contanto que essa possibilidade seja objetiva, no sentido de poder ser calculada matematicamente. No caso de lucros cessantes, porém, a mera possibilidade nunca será suficiente.<sup>33</sup>

Além de incorrer em erro, tratar o dano pela perda da chance como lucro cessante resulta em situações injustas, pois se o pedido é julgado improcedente, a vítima fica sem indenização; por outro lado, se o réu é condenado, o bem almejado pela vítima deverá ser indenizado de forma completa, como se houvesse a certeza que a sua conduta causou o resultado final.<sup>34</sup>

## 6 MODALIDADES DA PERDA DA CHANCE

Para enfrentar o tema de forma mais clara, a doutrina faz uma cisão em situações que envolvem a perda da chance. Em regra, divide-se em casos “clássicos” e casos que envolvam **situações médicas**.

### 6.1 OS DENOMINADOS CASOS “CLÁSSICOS”

Nos intitulados casos “clássicos”, a conduta do réu necessariamente causa a interrupção do processo que poderia resultar efeitos positivos para o lesado,

<sup>33</sup> GUEDES, G. S. C. Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

<sup>34</sup> TAPIA RODRÍGUEZ, M. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, n. 2, dez. 2012, p. 255.

ou afastar resultados negativos.<sup>35</sup> É o caso do advogado que perde o prazo para interpor um recurso legal, inviabilizando a oportunidade de tentar contornar decisão desfavorável ao seu cliente, que buscava, por exemplo, certa indenização. Nessa situação, é importante atentar-se às súmulas vinculantes, pois elas permitem afirmar qual seria o resultado da demanda. Assim, se na lide for proferida decisão contrária à matéria sumulada, é dever do advogado requerer sua reforma. Se não o fizer, está-se diante de lucros cessantes, pois havia certeza quanto à procedência da demanda caso a súmula vinculante fosse aplicada. É claro que o cliente (vítima) terá de demonstrar a evidente aplicação de tal súmula ao seu caso, além da negligência de seu procurador.

A primeira menção em decisão brasileira sobre dano pela perda da chance (dessa modalidade) foi em junho de 1990, na Apelação Cível nº 589069996, de relatoria do Des. Ruy Rosado de Aguiar, do TJRS. Todavia, o caso referência em que houve condenação pela perda da chance foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2005. A ré era empresa responsável pelo programa Show do Milhão, enquanto que a autora era uma ex-participante do jogo.<sup>36</sup> Sucintamente, os fatos assim sucederam: a autora da ação participou do programa Show do Milhão, programa televisivo da emissora SBT. Neste jogo, a participante deveria responder uma série de perguntas; a cada acerto, o prêmio que a participante poderia ganhar ficava mais elevado até que se chegasse à pergunta que valia R\$ 1 milhão.

A participante já havia acumulado o montante de R\$ 500 mil, e chegara à última questão, que, se respondida corretamente, lhe daria o prêmio de R\$ 1 milhão. No entanto, se respondida de forma errada, a jogadora perderia tudo que havia conquistado.

Quando a autora chegou à pergunta do milhão, achou por bem não respondê-la, pois entendeu que não existia uma resposta correta nas opções oferecidas. A derradeira pergunta versava sobre o percentual de terras brasileiras reconhecidas aos índios pela Constituição. As respostas previam “22%, 2%, 4% ou 10%”. Por não constar no artigo 231 da Constituição Federal a porcentagem questionada no jogo, e por entender que a produção do programa agiu de má-fé, a participante ajuizou ação requerendo os R\$ 500 mil que, segundo ela, deixou de ganhar em razão da questão erroneamente formulada pela empresa ré.

---

<sup>35</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 788.459. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08 nov. 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2014.

Em primeiro grau, o Juízo da Primeira Vara Especializada na Defesa do Consumidor deu parcial procedência ao pedido da autora, pois entendeu que ela ficou impedida de responder a última pergunta sob pena de indicar uma resposta falsa e perder todo o montante que havia adquirido. O magistrado rejeitou, entretanto, o pedido de indenização a título de danos morais. Inconformada com a decisão, a empresa ré interpôs recurso de apelação junto à Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça da Bahia, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença.

Em sede de recurso especial, a ré alegou violação ao artigo 1.059 do Código Civil de 1916, afirmando que a possibilidade que a demandante tinha de responder corretamente a pergunta era de 25% - já que havia quatro alternativas como resposta. Assim, requereu que, caso a condenação fosse mantida, que a mesma fosse minorada para aquela porcentagem, o que significava a quantia de R\$ 125 mil. O Superior Tribunal de Justiça acolheu em parte o recurso da empresa ré. Na decisão foi aplicada a teoria da perda da chance, afirmando-se que as chances matemáticas que a autora tinha de acertar a pergunta eram de 25%. Desse modo, a condenação da demanda ficou no montante de R\$ 125 mil.

Segundo Sérgio Savi, o tema foi tratado com maestria pela Quarta Turma do STJ. No entanto, discorda-se em parte do citado autor. Atribuir à indenização a quantia de 25% sobre o resultado final está correto. Contudo, a aplicação de simples fórmula matemática para esse caso se mostrou insuficiente. Isso porque é evidente que a autora tinha capacidade e conhecimento enciclopédico muito acima da média da população, os quais ficaram demonstrados durante sua participação no jogo. Nesse sentido, acredita-se que o Ministro Fernando Gonçalves (relator) deveria ter feito um juízo de arbitramento ao dano sofrido pela autora após fixar a porcentagem base de reparação do dano (25%). A partir desse mínimo, deveria ter sido ponderado às particularidades do caso – tendo em vista a desenvoltura da participante durante o jogo. Desse modo, haveria uma majoração no montante indenizatório.

## 6.2 A PERDA DA CHANCE NO CAMPO MÉDICO

Essa modalidade – também denominada de **perda da chance de cura ou de sobrevida** – trata daquelas situações em que a conduta inadequada do médico causou a redução das chances de cura ou de melhora do paciente.<sup>37</sup> A primeira decisão sobre esse tema foi proferida pela Corte de Grenoble (França), em 24 de

<sup>37</sup> NGUYEN, T. D. Concept de perte de chance: une évolution majeure dans la définition du préjudice, ou comment éviter le litige pour perte de chance? *Cancer Radiothérapie*, Paris, n. 20, 2016, p. 414.

outubro de 1961. No caso, o médico da vítima não identificou por meio de radiografia uma fratura no pulso do enfermo, liberando-o para suas atividades normais. Após sete anos, ao levantar um objeto pesado, o paciente sentiu fortes dores. Dirigiu-se, então, a outro profissional que observou uma lesão no local. O médico esclareceu que o ferimento não era necessariamente uma evolução da primeira fratura não identificada, mas um efeito do novo acidente sobre um membro já debilitado. A vítima, entretanto, defendeu que houve erro no primeiro diagnóstico, privando-o dos cuidados exigidos para aquela situação. Ao fim, conforme explica o professor espanhol, Rafael Acevedo, a Corte adotou uma posição intermediária, pois

[...] si el diagnóstico hubiese sido correcto se habría practicado una inmovilización susceptible de producir una consolidación de la fractura; la no aplicación del tratamiento debido a un error del diagnóstico ha privado de manera cierta al actor de una chance de guérison (posibilidad de curar), por lo que el perjuicio cierto y directo está constituido exclusivamente por esa pérdida de posibilidad de cura.<sup>38 39</sup>

Desde então, os tribunais franceses passaram a condenar os profissionais do campo médico a reparar o dano causado a seu paciente (quando se deparam com esse tipo de situação).<sup>40</sup>

A perda da chance de cura pode ser causada por variadas condutas. As situações mais corriqueiras são aquelas relacionadas ao descuido do profissional da saúde, sobretudo erro ou atraso no diagnóstico, que podem derivar da não solicitação de exames fundamentais ou complementares – por exemplo. Nesses casos, é necessário que o processo aleatório que levou ao dano já estivesse em curso, e que houvesse a possibilidade de ele ser interrompido pelo profissional – ainda que não fosse possível garantir que com tal atuação o prejuízo seria evitado.<sup>41</sup>

Portanto, a chance é perdida porque o processo aleatório que a vítima estava submetida não é interrompido por quem poderia fazê-lo. Se tivesse ocorrido uma intervenção, é possível que o dano não surgisse. Por isso, a relação causal apresenta-

<sup>38</sup> ACEVEDO, R. La tesis de la pérdida de la chance en medicina. Disponível em: <<http://thomsonreuterslatam.com/2012/01/30/la-tesis-de-la-perdida-de-la-chance-en-medicina/>>. Acesso em 17 ago 2016.

<sup>39</sup> Em uma tradução livre: O tribunal tomou uma posição intermediária: se o diagnóstico tivesse sido correto, uma imobilização susceptível de produzir uma consolidação da fratura teria sido feita; a não aplicação do tratamento, devido a um erro de diagnóstico, privou de alguma forma o agente de uma oportunidade cura, de modo que o verdadeiro e direto dano consiste exclusivamente na perda de possibilidade de cura.

<sup>40</sup> KFOURI NETO, M. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

<sup>41</sup> NORONHA, F. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 676.

se como a principal problemática nessa categoria, já que não se sabe se foi a conduta ilícita do profissional que causou o prejuízo ou se foi a própria evolução natural da doença. Sabe-se, todavia, que o réu não interrompeu o processo aleatório, causando uma diminuição nas chances da vítima se curar ou de sobreviver.<sup>42</sup> Nesse sentido, destaca-se a manifestação de Pierre Sargos no relatório anual da Corte de Cassação francesa de 2007, na época presidente desse Tribunal:

La théorie de la perte de chance en matière de faute médicale met en lumière une dialectique entre deux éléments contradictoires: une incertitude et une certitude. L'incertitude tient au fait qu'il ne peut être certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue. La certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise le malade avait des chances de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance.<sup>43 44</sup>

A afirmação de Sargos pode ser ilustrada com o caso do médico que não solicita tempestivamente um exame de biópsia ao seu paciente, que vem a falecer posteriormente de câncer. Não há dúvida que um tratamento bem sucedido para impedir a evolução da doença ficou prejudicado pelo tardio diagnóstico. Todavia, não se pode estabelecer onexo causal entre a atrasada orientação terapêutica e o posterior dano sofrido.<sup>45</sup> Por essa razão, quando o profissional da saúde for condenado por ter causado o dano pela perda da chance de cura, a ele não será imputada a obrigação de pagar uma indenização equivalente ao que deveria se tivesse matado ao paciente, pois não foi o médico que “colocou” a doença na vítima. Ele, porém, não agiu adequadamente para impedi-la. Sua responsabilidade é pela possibilidade que o enfermo perdeu de se curar, e não pelo resultado final que atingiu o paciente.

Esses primeiros aspectos já permitem notar a diferença entre as duas modalidades estudadas: na perda da chance de cura, a vítima sofre o processo

<sup>42</sup> ROSÁRIO, G. C. M. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008, p. 170.

<sup>43</sup> COUR DE CASSATION. Composition de la commission du rapport et des études de la Cour de Cassation. Paris, 2008. Disponível em: <[https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport\\_annuel\\_2007.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_2007.pdf)>. Acesso em 27 jul. 2016. p. 268.

<sup>44</sup> Em uma tradução livre: “A teoria da perda da chance em razão de culpa médica coloca em evidência uma dialética entre dois elementos contraditórios: a incerteza e certeza.

• A incerteza é que não se pode ter certeza que se não tivesse ocorrida a falha, a cura ou ao menos uma melhoria na condição do paciente poderia ser alcançada.

• A certeza é que, se a falha não tivesse acontecido, o paciente teria chances de recuperação ou de melhoria”.

<sup>45</sup> NORONHA, F. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 677.

aleatório até o final e conhece seu dano: a morte ou a invalidez. Já na perda da chance clássica, o ofendido jamais saberá o resultado final do evento aleatório que foi interrompido.

Por fim, existe outra situação em que pode ser invocado o dano pela perda da chance. Trata-se dos casos em que o paciente aceitou determinada intervenção cirúrgica ou tratamento médico com base em informações incompletas ou inexatas prestadas pelo médico. Por não ter sido corretamente informado, o paciente perde a chance de evitar um risco que posteriormente se concretiza.<sup>46</sup>

Todo paciente que detém autonomia tem o direito de participar das decisões sobre a terapia ou cirurgia que ele será submetido. Por estar em jogo a integridade física e psicológica do paciente, o profissional da saúde deve fornecer informações que esclareçam a natureza do procedimento, os benefícios, os eventuais riscos e a existência de tratamentos alternativos. Com isso, o médico legitima sua conduta.<sup>47</sup>

O consentimento informado pode ser escrito ou verbal. Qualquer que seja a modalidade adotada, é preciso que haja certeza que as informações foram compreendidas, sobretudo naqueles procedimentos mais complexos e que apresentam maiores taxas de riscos. Por outro lado, em casos urgentes ou que o paciente está em coma e requer cuidado emergencial, o médico poderá tomar as medidas necessárias sem o consentimento do enfermo. Após isso, é prudente que o profissional informe aos familiares acerca dos procedimentos adotados e solicite o consentimento do responsável.<sup>48</sup>

Conforme Juliette Debief, em matéria médica, é delicado ter que decidir se o enfermo sofreu dano ao não ser devidamente informado sobre os riscos inerentes à intervenção médica. A teoria da perda da chance, nesse sentido, é o melhor mecanismo encontrado pelos juízes franceses para avaliar o prejuízo sofrido por aquele que não teve uma ampla e verdadeira possibilidade de aceitar ou de recusar submeter-se a determinado risco, pois fora privado de uma informação e, conseqüentemente, impedido da possibilidade de formular um consentimento livre e esclarecido<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> DEBIEF, J. L'indemnisation du défaut de consentement du patient: les limites de la théorie de l'aperte de chance. *Droit, Déontologie et Soins*, v.4, n.1, mar. 2004, p. 26.

<sup>47</sup> VAZ, W. L.; REIS, C. Responsabilidade civil e consentimento informado. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 8, n. 2, jul./dez. 2008, p. 549.

<sup>48</sup> CACHAPUZ, R.R.; Moraes, M. M. A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias embelezadoras a partir do resultado prometido. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2011, p. 607.

<sup>49</sup> DEBIEF, J. L'indemnisation du défaut de consentement du patient: les limites de la théorie de l'aperte de chance. *Droit, Déontologie et Soins*, v.4, n.1, mar. 2004, p. 27-28.

## 7 QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Nesse tópico será examinada uma das principais dificuldades em torno do dano em estudo: sua valoração. Na responsabilidade civil pela chance perdida, a principal regra é que o valor da álea que se perdeu terá quantia inferior ao que era esperado pela vítima. Isso também vale para os casos de danos morais.<sup>50</sup>

Para quantificar economicamente a indenização, é preciso examinar o grau de probabilidade que a vítima tinha de ganhar a vantagem ou de impedir o dano.<sup>51</sup> Nesse sentido, a Corte de Cassação italiana desenvolveu uma fórmula matemática para se chegar ao valor a ser ressarcido:

$$VRF \times Y = VI$$

VRF é o “valor do resultado final”, Y refere-se ao “percentual de probabilidade de obtenção do resultado final”, e VI representa o “valor da indenização” da chance perdida.<sup>52</sup>

Para ilustrar essa fórmula, cita-se decisão proferida pela ministra do STJ, Maria Isabel Gallotti<sup>53</sup>. A autora, ao realizar compras em uma rede de supermercado, recebeu um bilhete para participar de sorteio em que concorreria a 900 vales-compras e a 30 casas. Ao ser sorteada, a requerente compareceu ao local para receber o prêmio, onde recebeu somente o vale-compra, sendo informada que as casas seriam sorteadas entre aqueles que tivessem sido premiados com os referidos vales. As 30 casas, porém, já haviam sido sorteadas entre os demais participantes e sem a participação da autora.

A demandante alegou que a propaganda era enganosa, pois não constava no bilhete a explicação de que haveria dois sorteios sucessivos. Por essa razão, requereu a condenação da demandada ao refazimento do segundo sorteio, ou à conversão da obrigação em perdas e danos com o pagamento do valor de uma das casas sorteadas. Requereu também indenização a título de dano moral.

No que toca ao prejuízo extrapatrimonial, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acórdão do tribunal a quo. Em relação ao dano material, houve

<sup>50</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 143.

<sup>51</sup> NORONHA, F. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 677.

<sup>52</sup> SAVI, S. Responsabilidade civil por perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no Agravo de instrumento nº 1.196.957. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 10 abril 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 15 ago. 2016.

interpretação diferente. Para a ministra Gallotti, ao não permitir que a autora participasse do segundo sorteio, o supermercado suprimiu as chances da requerente de ser contemplada com uma casa. Ao se aplicar a mencionada fórmula, verifica-se que a autora teria direito à indenização no valor de R\$ 12 mil, pois em sendo 900 participantes e 30 casas, cada um tinha a chance de 30% de ser agraciado. Cada casa estava avaliada no valor de R\$ 40 mil. Portanto:  $40\text{mil} \times 0,3 = 12 \text{ mil}$ .

É possível, entretanto, que no momento da quantificação da reparação, o magistrado depare-se com uma combinação de eventos aleatórios. A regra que determina a soma de dois ou mais fatores aleatórios é a seguinte: calcula-se a probabilidade do primeiro evento ocorrer, depois a probabilidade de ocorrência do segundo. De posse desses dois resultados, deve-se multiplicá-los, chegando, então a porcentagem da chance perdida.

Para melhor compreensão do exposto, imagine a seguinte situação: em uma primeira consulta, o médico falha e não solicita exame complementar ao paciente, sendo que seu quadro clínico requereria tal exame. Alguns meses depois, descobre-se que aquele paciente está com câncer terminal. Caso o profissional tivesse solicitado o exame complementar à época da primeira consulta, a vítima teria 55% de chances de cura. Contudo, em razão do local do tumor, a possibilidade do exame detectar a enfermidade seria de 85%, e não 100%. Nesse caso, a chance de sobrevivência do paciente seria de 46,75% ( $0,85 \times 0,55 = 0,4675$ ).<sup>54</sup>

A fórmula para se chegar ao valor do dano é aparentemente fácil, contudo, a principal dificuldade é constatar a porcentagem da chance. Essa dificuldade poderá, em certos casos, tornar impossível estabelecer a exata probabilidade. É o que se verifica no caso julgado pela Corte de Apelação de Nouméa (França), em que uma jovem fraturou duas vértebras da coluna ao cair de um cavalo. Ela foi atendida em hospital público, onde foi indicado o uso de colete toracolombar. Após um mês, a situação se agravou. O médico informou que seria preciso realizar uma intervenção cirúrgica, desde que persistisse o agravamento até o mês seguinte. Diante dessa situação, a jovem procurou outra opinião profissional. Em apenas uma avaliação, o segundo médico aconselhou a paciente a se submeter urgentemente a uma cirurgia, a qual se realizou três dias depois da consulta. Após duas intervenções, a paciente passa a apresentar fortes dores em toda região da coluna. Ao realizar novos exames, uma piora foi observada na região ferida. Por essa razão, a jovem acusou o segundo

---

<sup>54</sup> SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda da chance. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 147.

especialista de erro de diagnóstico e de falha na técnica médica, que resultaram na perda da chance de se curar.

Os peritos confirmaram a adequação do tratamento com colete toracolombar e uma possível intervenção, caso permanecesse o agravamento. Afirmaram, ainda, que, nesses casos, a cirurgia é adotada como última solução. Contudo, os experts explicaram que não era possível declarar com certeza que o estado de saúde da paciente seria melhor se ela tivesse seguido as orientações do primeiro médico.

A Corte de Nouméa julgou procedente o pedido da vítima, condenando o segundo médico a indenizar a paciente pelo erro de diagnóstico e pela escolha de tratamento inadequada às condições apresentadas pela doente. Fixou, então, a perda da chance de cura em 80%. Nesse caso estudado, a taxa de perda da chance imposta pelo tribunal não é encontrada de forma específica na literatura médica, porém, conforme esclarece Khady Badine Devers:

Le chiffre comporte nécessairement une part d'arbitraire, car il n'existe pas de procédé indiscutable pour évaluer une perte de chances. Mais les missions d'expertise comprennent toujours des questions relatives à l'appréciation des dommages, et le rapport d'expertise devait contenir des indications pertinentes à ces propos.<sup>55 56</sup>

Portanto, a valoração do dano, em regra, dependerá de auxílio técnico, principalmente nos casos de perda da chance de cura. Nessas situações que envolvem danos ao corpo e à saúde humana – esclarece Anabelle de Souza et al – é prudente que o juiz valha-se da assistência de expert para que a taxa da chance perdida seja a mais próxima da verdade.<sup>57</sup> Não fica, todavia, excluído do processo de atribuição ao valor da chance o juízo de arbitramento, pois, ao verificar as peculiaridades de certos casos, o magistrado poderá majorar – ou até mesmo diminuir – o resultado advindo daquela fórmula matemática.

<sup>55</sup> DEVERS, K. B. Une décision de justice pas-à-pas. Manquement au devoir d'information, faute de diagnostic et faute de technique médicale causant une perte de chance. *Droit, Déontologie et Soins*, v. 13, fev. 2013, p. 41.

<sup>56</sup> Em uma tradução livre: "O valor inclui necessariamente um arbitramento porque não existe um método indiscutível para avaliar a perda de oportunidades. Mas o dever dos peritos é sempre incluir questões relativas à avaliação dos danos, e o laudo pericial deve conter informações relevantes sobre isso".

<sup>57</sup> DE SOUZA, A.; et al. L'évaluation de la perte de chance em responsabilité médicale, une mission à préciser pour l'Expert. *Médecine & Droit*, Paris, 2016, p. 7.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo, o dano resultante da perda da chance foi ignorado pelo Direito. Um dos impedimentos foi justificado pela impossibilidade de determinar com absoluta certeza qual teria sido o resultado do processo aleatório do qual a vítima participava – se obteria a vantagem ou evitaria o prejuízo. Contudo, atualmente sabe-se que a chance é um interesse legítimo que integra o patrimônio da vítima. E que o que se indeniza é a própria chance, e não o que poderia resultar ao final do evento.

A doutrina e a jurisprudência já reconhecem a autonomia em relação ao resultado final. Essa autonomia faz com que se ultrapasse o argumento de que não era possível estabelecer o liame causal, o que também impedia a procedência do pleito indenizatório.

Outro fator importante é o desenvolvimento da Ciência da Estatística. Por essa ciência já é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que antes estava descartado pelo Direito, pois elas permitem verificar se antes da ocorrência do evento danoso já havia uma possibilidade com algum conteúdo patrimonial para a vítima.

Apesar da diversidade de entendimentos, o presente estudo constatou que a natureza jurídica da chance não se encaixa inteiramente nas modalidades de dano já previstas pela responsabilidade civil. Isso porque, a chance ora se configura como um dano emergente, ora como um dano extrapatrimonial – a depender do caso concreto. Entretanto, a sua autonomia em relação ao resultado final é característica inextinguível. O ofensor será responsabilizado pela supressão da possibilidade da vítima alcançar determinado bem.

Para que a chance perdida possa ser indenizada, ela precisa ser séria e real. Portanto, não se pode confundir chance com meras esperanças. Essa distinção pode ser realizada com auxílio da Estatística. Nesse sentido, cabe lembrar que a ideia de que a chance só será séria se for superior a 50% em relação ao dano final não é adequada, pois não é a atribuição de uma porcentagem que dirá se a mesma era séria e real. A prova do preenchimento de tais condições deve ser verificada caso a caso.

O lucro cessante e a perda da chance apresentam algumas características semelhantes. Entretanto, são institutos completamente distintos. O lucro cessante objetiva reparar aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, enquanto que

na possibilidade perdida quer-se indenizar a probabilidade que a vítima tinha de alcançar o bem esperado.

Para melhor compreender – e devido há algumas especificidades – a teoria da perda da chance é dividida em dois grupos: perda da chance “clássica” e perda da chance na área médica. A primeira trata daqueles casos em que a conduta do réu interrompeu o processo aleatório que poderia trazer um lucro ou evitar uma perda para a vítima; em razão disso, a vítima jamais poderá saber qual teria sido as consequências do evento. Já na perda de uma chance de cura, a vítima vê frustrada a sua chance de evitar um dano, que efetivamente ocorreu.

A quantificação do dano se dará através de cálculo matemático, no qual o juiz fará incidir sobre o dano final a porcentagem de probabilidade que a vítima tinha de obter o benefício ou de evitar o prejuízo. Existam, contudo, situações que a aplicação de conta matemática não será a maneira mais adequada de se chegar ao montante devido. Nesses casos, o magistrado poderá fazer um juízo de ponderação e arbitramento para que a reparação seja adequada.

## REFERÊNCIAS

ACEVEDO, R. **La tesis de la pérdida de la chance en medicina**. Disponível em: <<http://thomsonreuterslatam.com/2012/01/30/la-tesis-de-la-perdida-de-la-chance-en-medicina/>>. Acesso em 17 ago 2016.

AMARAL, A. C. C. Z. M.; PONA, E. W. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – os (des)caminhos de uma compreensão teórica. **Scientia Iuris**, v. 18, n. 2, p. 93-123, dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.291.247**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19 ago. 2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 788.459**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 08 nov. 2005. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 19 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no Agravo de instrumento nº 1.196.957**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 10 abril 2014. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 15 ago. 2016.

CACHAPUZ, R.R.; Moraes, M. M. A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias embelezadoras a partir do resultado prometido. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 11, n. 2, p. 593-613, jul./dez. 2011.

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

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COUR DE CASSATION. **Composition de la commission du rapport et des études de la Cour de Cassation**. Paris, 2008. Disponível em: <[https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport\\_annuel\\_2007.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_2007.pdf)>. Acesso em 27 jul. 2016.

DEBIEF, J. L'indemnisation du défaut de consentement du patient: les limites de la théorie de l'aperte de chance. **Droit, Déontologie et Soins**, v.4, n.1, p. 16-33, mar. 2004.

DE CUPIS, A. **El daño: teoria general de la responsabilidade civil**. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

DE MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

DE SOUZA, A.; et al. L'évaluation de la perte de chance em responsabilité médicale, une mission à repreciser pour l'Expert. **Médecine & Droit**, Paris, p. 1-7, 2016.

DEVERS, K. B. Une décision de justice pas-à-pas. Manquement au devoir d'information, faute de diagnostic et faute de technique médicale causant une perte de chance. **Droit, Déontologie et Soins**, v. 13, p. 35-41, fev. 2013.

GONDIM, G. G. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. 177 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2010.

GUEDES, G. S. C. **Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIGA, F. C. **Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. **Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce-international/principes-d-unidroit-2004>> Acesso em: 08 jun. 2015.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, J. H. **Comentários ao Novo Código Civil**. Vol.V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. **Traité Théorique e pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

NGUYEN, T. D. Concept de perte de chance: une évolution majeure dans la définition du préjudice, ou comment éviter le litige pour perte de chance? **Cancer Radiothérapie**, Paris, n. 20, p. 411-415, 2016.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Cível, 9. **Apelação cível nº 70020571261**. Relatora: Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 05 set. 2007. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 03 set. 2014.

ROSÁRIO, G. C. M. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 167-186, 2008.

SANSEVERINO, P. T. V. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, S. **Responsabilidade civil por perda da chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, R. P. **Responsabilidade civil pela perda da chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TAPIA RODRÍGUEZ, M. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. **Revista de Derecho. Escuela de Postgrado**, n. 2, p. 251-264, dez. 2012.

VAZ, W. L.; REIS, C. Responsabilidade civil e consentimento informado. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 8, n. 2, p. 533-568, jul./dez. 2008.

*Recebido em: 23 de fevereiro de 2016*

*Aceito em: 21 de novembro de 2016*