# 18

# NOVOS DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL. A PERDA DE UMA CHANCE

**Ruy Rosado de Aguiar Júnior**

Sumário: Contribuição da doutrina e da jurisprudência à responsabilidade pela perda de chance; Definição de perda de chance; Pressupostos da responsabilidade civil; Abordagens restritiva (nível do dano) e extensiva (nível do nexo causal) da perda de chance; Hipóteses; Perda da chance por erro médico; Indenização do dano na responsabilidade por perda de chance; Distinção entre perda de chance, lucro cessante, projeto de vida e risco; perda de chance na ruptura de negociações preliminares; Casos de perda de chance; Jurisprudência do STJ, TJSP, TJRJ e TJRS; A introdução da noção de perda de chance no direito brasileiro pelo Prof. François Chabas, em 1990; Conclusão; Referências.

1. A lei não dispõe expressamente sobre a indenização por perda da chance, mas nossa doutrina e jurisprudência consolidadas admitem, atendidos os requisitos, a responsabilização daquele que, agindo indevidamente, impede a superveniência de um fato que poderia trazer benefício ao lesado.[1]

---

[1] Na América do Sul, o tratamento tem sido diferenciado. No Chile, por muito tempo, considerava-se o dano decorrente da perda da chance ou como dano eventual ou como lucro cessante imperfeito (RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Pérdida de una chance: su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 2, p. 252, Dic. 2012). Ainda em 2015, a Corte Suprema do Chile considerou a perda de oportunidade em sede de causalidade e não em matéria de dano (ERAZO, Ignacio Ríos; GOÑI, Rodrigo Silva. La teoría de la pérdida de la oportunidad según la corte suprema. *Revista de Derecho*: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 7, p. 165, jul. 2015).

2. É antiga a lição de Serpa Lopes, que admitia, em meados do século passado, o ressarcimento pela frustração, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente.[2]

3. Na perda da chance, há processo interrompido com a aniquilação da oportunidade (de ganho, de evitação de resultado, de cura), e o ordenamento jurídico autoriza uma interpretação mais alargada do conceito de dano, para nele compreender também essa perda. Respeitável corrente de opinião entende que, entre o dano incerto, que não é indenizável, e o dano certo, que merece reparação, situa-se em posição intermédia o dano que consiste na perda de uma chance. À falta de previsão legal expressa, admite-se a incidência do art. 403 nessa hipótese:

> Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por esses motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas, se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a relação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.[3]

4. A responsabilidade civil tem por pressupostos: ação ou omissão ilícita (em certos casos, também lícita), o dano injusto ao patrimônio jurídico do outro,[4] a relação de causalidade entre a ação e o dano,[5] o fator de atribuição (culpa ou risco).

---

Diferentemente, na Argentina, há muito aplica-se a teoria da perda da chance, com as seguintes características: "[...] que sea posible, que sea probable, que se frustre, que no se logre por otra operación equivalente" (MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 367). Mesa e Represas noticiam julgados desde 1996 (LÓPEZ MESA, Marcelo J.; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 845).

2 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2, p. 480.

3 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 2, p. 391.

4 Não é necessário que o lesado seja titular de um direito subjetivo: "En el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesaria la vulneración de un derecho subjetivo, sino de la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de per sí no significa un derecho a reclamar algo a alguien, puesto que aún no se ha concretado una facultad de obrar de esta manera, sino tan solo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar

A responsabilidade por perda de uma chance[6] deve apresentar esses mesmos componentes, sendo que o dano consiste na perda de uma expectativa favorável (dano imediato).[7-8-9]

---

la adquisición de un bien jurídicamente protegido" (OSTERLING PARODI, Felipe; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, año 52, n. 39, p. 51-66, oct. 2002).

5 No Brasil, tem sido discutida a teoria do nexo causal. O Código Civil fala em "efeito direto e imediato da ação", o que levou o Supremo Tribunal Federal a asserir que nossa teoria é a do "dano direto e imediato" (STF, Recurso Extraordinário 130.764/PR, Recorrentes: Ministério Público e Estado do Paraná, Recorridos: H. Kaminski e Cia. Ltda. e outros, Rel. Min. Moreira Alves, Acórdão de 12.05.1992). A doutrina se debate entre a teoria da equivalência das condições (causa é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido como e quando ocorreu) e a teoria da causa adequada (a condição que, por um juízo de experiência, é mais adequada à produção do resultado). Gustavo Tepedino, com a correção de sempre, observou que ambas as teorias alcançam resultados substancialmente idênticos, sendo que os tribunais invocam alternativamente as teorias aplicáveis, "[...] de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo" (TEPEDINO. Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 9-10, abr.-jun. 2001). Não é diferente a lição de Viney e Jourdain: depois de reconhecerem que a preferência na França é pela teoria da causa adequada, perguntam se é realmente de se fazer uma escolha ou se não seria melhor utilizar de maneira complementar os elementos positivos de ambas as teorias (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 190, n. 341.). A Corte de Cassação belga prefere a teoria da equivalência das condições (PHILIPPE, Denis. Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 1004, Déc. 2013).

6 CARNAÚBA faz relato das técnicas empregadas pela jurisprudência francesa para resolver a questão da responsabilidade por perda da chance: 1.ª negativa do direito à reparação; 2.ª deslocamento do objeto da prova (técnica de presunções); 3.ª deslocamento do objeto da reparação (indenização da chance) (CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica da jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 139, ago. 2012). Esta última é a que parece adequada.

7 Na perda da chance, há "[...] um type particulier de dommage, celui qui consiste en 'la perte certaine d'un avantage probable'". A definição contém dois elementos: há uma perda de vantagem, essa vantagem deve ser provável (GENICOT, Gilles. L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin. Note sous Liège, 22 janvier 2009. *Revue de Jurisprudence de Liège*, Mons et Bruxelles, n. 25, p. 1167, 2009).

A perda da chance pode derivar de ação (comissão) ou omissão, praticada por descumprimento de contrato, ou por violação delitual (extracontratual), atingindo vítimas imediatas ou por ricochete (por exemplo, quando os parentes sofrem pela perda da chance da vítima).[10]

Sua abordagem pode ter dois focos: o dano ou a relação causal. O chamado *approche* restritivo, que se situa no nível do dano (é a perda certa de uma vantagem provável – é o caso do concurso perdido); *approche* extensivo, que se situa no plano do nexo causal (o dano se realiza, mas não se pode demonstrar com certeza a relação entre a falta cometida e o resultado – é o caso do erro médico).[11] Acertada é a primeira corrente. Porquanto o resultado final (resultado mediato) está fora da relação "perda da chance", o que se indeniza é o dano pela perda da oportunidade. O resultado final deve existir, mas não interessa para o exame do dano e da causalidade da perda da chance, apenas serve para assegurar a legitimidade da expectativa (concurso, cura) e para a avaliação da indenização pela oportunidade perdida (prêmio, vida, saúde), considerando o bem mediato.

A consideração de um fato futuro, para compor a figura da perda da chance, não é novidade do instituto da responsabilidade civil, pois assim acontece na condenação em lucros cessantes (prejuízo futuro que aparece

---

8 O processo em que se insere a ação do agente deve ser anterior à ação, isto é, a chance já deve existir quando da ação. "Entende-se que as chances são indenizáveis somente quando o processo que conduza a elas já se tenha iniciado" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil: mora, perdas e danos, juros legais, cláusula penal, arras ou sinal. São Paulo: RT, 2007. p. 172).

9 A chance em si tem existência: "Le droit reconnaît une valeur certaine à l'existence de la chance." (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 90). Portanto, sua perda é indenizável. A chance deve existir no momento em que se alega perdida, isto é, não pode ter desaparecido antes da ação do agente, nem caracterizar-se depois, em situação futura, constituída entre a ação do agente e o momento de julgamento pelo juiz.

10 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 96. "Atualmente, a utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos, assim como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva" (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 11).

11 PHILIPPE, Denis. Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 1004, Déc. 2013.

como certo), e na indenização do dano pré-contratual pela recusa de celebração de um contrato futuro.

Vejamos as hipóteses de fato que podem existir para que se reconheça a perda de uma chance.

5. Caso clássico. "A" tem a expectativa de obter um prêmio, alcançar uma promoção,[12] ser aceito em um emprego, vencer um concurso,[13] ganhar uma causa judicializada.[14] "B", por ação ou omissão, pela qual responde por culpa ou

---

12 "La conseguenze dell'abuso del diritto del datore di lavoro in materia di scelta dei dependenti cui attribuire la qualifica dirigenziale si manifesteranno piuttosto sul piano risarcitorio e, in particolare, sul piano del risarcimento del danno da perdita di chance di promozione" (BONO, Roberta. Il danno da demansionamento e da perdita di chance di promozione. *Giurisprudenza italiana*, n. 7, p. 1680, 2016).

13 Vencer o concurso é um fato aleatório.

14 São duas as correntes: (a) Deve haver uma chance razoável de sucesso da pretensão do cliente. Em julgado de 25.11.2015, a 1.ª Câmara da Corte de Cassação não admitiu a indenização "[...] quand les chances de succès étaient minimes" (Dalloz Actualité, ed. 2017. Responsabilité de l'avocat: necessité de la perte d'une chance raisonnable de succès); (b) um processo judicial nunca é perdido de véspera, e a interposição de um recurso pode ao menos constituir um modo de pressão sobre o adversário (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 99). Em janeiro de 2013, a Corte de cassação decidira que "[...] la perte d'une chance, même faible, est indemnisable" (1.ª Câmara, n. 12-13.439, ac. de 16.01.2013, (JOURDAIN, Patrice Obligations et contrats spéciaux: responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*: RTDciv, Paris, n. 2, p. 380, avril-juin 2013). Parece melhor o entendimento que exige uma chance real e séria para todos os casos, inclusive para o da ação judicial.

No STJ assim tem sido decidido quanto à responsabilidade do profissional, como se vê em acórdão relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão: "Vale dizer, não é só o fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa" (STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial 1.190.180/RS, Recorrente: Manfredo Erwino Mensch, Recorrido: Onofre Dal Piva, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Acórdão 16.11.2010).

Na Argentina prevalece a mesma orientação: "Si las posibilidades de éxito en el juicio en que se declaró la perención de la instancia, eran muy remotas, no corresponde acordar a la actora ninguna indemnización, toda vez que en última instancia el daño que el comportamiento de su abogado le ha causado sería un daño puramente eventual o hipotético" (LÓPEZ MESA, Marcelo J.; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 846).

objetivamente, elimina essa expectativa, que não mais poderá ser realizada.[15] O dano consiste na eliminação da expectativa. O nexo de causalidade está entre a ação do agente e o dano imediato (perda da expectativa, isto é, a perda da chance). O dano não consiste na perda do prêmio, da promoção ou do concurso, que seria o resultado final, definitivamente eliminado pela perda da chance. No entanto, o prêmio, a promoção ou o concurso devem existir, como fato ou como programa. Esse fator externo não integra a relação de responsabilidade, apenas justifica a existência da expectativa. Nada há de eventual na perda da chance: o dano acontece no momento da frustração da oportunidade.

A avaliação do dano levará em conta a participação causal do agente na eliminação da expectativa e o grau de probabilidade de alcançar o resultado mediato (externo). Nesse caso, a expectativa é um traço da realidade concreta, que está no patrimônio jurídico de "A", diminuído pela ação de "B". O lesado deve provar que o fato externo existia ou estava programado; que ele estava (naquele momento) em condições de alcançá-lo; que o réu praticou a ação que eliminou a expectativa de obter o resultado aleatório, sem que incida causa excludente da responsabilidade do agente. A avaliação será feita com os dados da concorrência causal do agente, das condições de o lesado alcançar o resultado, no nível da probabilidade.

6. Outra hipótese é a perda da oportunidade de evitar o mal. "A" tem a expectativa de evitar ou diminuir um prejuízo (um incêndio, um assalto). Esse prejuízo realmente ocorre. "B", por ação ou omissão, eliminou essa expectativa (os aparelhos de prevenção instalados não funcionaram, ou funcionaram mal). "B" não responde pelo resultado mediato (incêndio ou assalto), mas apenas pela perda da chance de evitá-lo (resultado imediato, dano imediato). O lesado deverá provar que (i) a expectativa de evitar existia, com os cuidados preventivos que adotara; (ii) a ineficiência dos serviços de proteção, que eliminaram a sua expectativa; (iii) o grau de probabilidade de evitar o resultado mediato.

Se "A" está colocado na posição de garantidor do bem ameaçado e se omite na sua proteção, "A" responde pelo resultado. É o mesmo que acontece no direito criminal, quando se pratica crime comissivo por omissão, que somente pode ser cometido por quem é o guardião e não cumpre o seu dever, assim permitindo que o resultado danoso ocorra. Responde pelo resultado final.

---

[15] A expectativa, a aposta no futuro é aleatória. "C'est une caractéristique essential de la question" (CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.05.1990, p. 1).

7. Os casos médicos merecem cuidado especial.

O erro médico pode estar no diagnóstico, na avaliação de um exame, no receituário, no tratamento etc. Se o paciente sofre um dano em virtude disso (morte, incapacidade), surge a questão da responsabilidade do médico ou do profissional da saúde que cometeu o erro. Temos a ação (ou omissão) e o dano final, ambos fatos certos. Quando ficar demonstrado que do erro resultou o dano, quer dizer, quando estabelecido, de acordo com a teoria causal aceita, que a ação indevida foi a causa do dano final (morte, sequela etc.), o agente responde integralmente. Se inexistir essa prova do nexo causal, mas comprovados os outros dois elementos (ação e resultado), sendo a ação uma condição presente no nexo causal (mas não a causa provada), os tribunais franceses têm deferido uma indenização parcial.[16]

Parece melhor abstrair o resultado final, estranho à relação da responsabilidade pela perda da chance, e ver nessa perda o dano a ser indenizado, de acordo com os pressupostos da teoria da perda da chance, sem ter que recorrer à ideia de indenização parcial, por insuficiência da prova da causalidade. Se há prova da relação causal com o dano final, cabe indenização integral pelo dano final; se não há essa prova, mas demonstrado que houve defeito na ação médica, reduzindo expectativas (cura, melhores condições de sobrevida, tratamento menos doloroso etc.), a responsabilidade é pela perda dessa oportunidade, a ser indenizada segundo o regime da perda da chance.[17-18]

---

16 "[...] cette notion a été mise à profit par les arrêts étudiés afin de permettre une réparation partielle dans des hypothèses où la causalité entre la faute médicale et le dommage subi par le patient n'était pas établie avec certitude.Pour éviter de refuser toute indemnisation, les tribunaux ont alors fait abstraction du dommage concret (le décès ou l'aggravation de l'état du malade) dont le lien de causalaté avec la faute n'était pas certain et lui ont substitué un diminutif abstrait de ce préjudice (la perte d'une chance de ne pas mourir ou de guérir) qui est par hypothèse relié à la faute medicale en raison du danger auquel celle-ci expose nécessairement la santé du patient" (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 231). Uma alternativa foi invocar o risco criado pelo profissional, para então responder integralmente pelo resultado.

17 "Nous arrivons donc à la conclusion suivante: lorsque le patient perd, par exemple, une chance de survie, le préjudice n'est pas la mort. Il est la disparition d'un simple potentiel de chances. Par définition, il faut donc la victime ait déjà été engagée dans un processus pouvant conduire à la mort, de telle manière qu'elle n'avait plus, lors de l'acte ou de l'abstention incriminé au médecin, que des chances de ne pas mourir. La faute du médecin (à la supposer établie) n'a pas causé la mort. Elle a causé la perte de chances" (CHABAS, François. *La perte d'une chance en*

Não demonstrado que da ação decorreu a perda, a ação improcede. Não se indeniza parcialmente o dano final: indeniza-se integralmente o dano pela perda da chance.

Essa conclusão advém do entendimento de que, no erro médico, a aplicação da teoria da perda da chance deve ter por fundamento a aceitação de que a chance é, em si, um bem autônomo, como reconhecido em julgado do STJ, da relatoria da Min. Nancy Andrighi:

> Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano.[19]

Essa a lição de Joseph King Jr., assim exposta por Peteffi: "King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despicienda qualquer utilização alternativa do nexo de causalidade".[20]

---

*droit français*. Palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.05.1990, p. 8).

18 Examinando o caso em que o juiz criminal absolveu o médico por falta de prova pela morte do paciente, tendo a viúva ingressado com ação de indenização por perda da chance de ser salvo, Chabas cita a opinião de Peneau: "Affirmant l'autonomie respective du lien causal existant entre la faute du médecin et le décès du patient d'une part, et du lien causal existant entre la même faute et la perte de chance de survie d'autre part, le décidion comentée définit en effet sans ambiguité aucune, l'autonomie totale de ce préjudice par rapport au décès lui-même" (CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.05.1990, p. 11).

19 STJ, 3.ª Turma, Recurso Especial 1.254.141/PR, Recorrente: João Batista Neiva, Recorrido: Vilma de Lima Oliveira – Espólio e outros, Rel. Min. Nancy Andrighi, Acórdão 04.12.2012.

20 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75. Peteffi, no entanto, conclui de modo diverso: "Diante do exposto, continua-se a esposar a posição aqui apresentada sobre a sistematização da teoria da perda de uma chance no sentido de existirem duas modalidades: a primeira utilizando um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, e a segunda embasada

8. "A" é doente e tem uma expectativa de cura. "B" causa culposamente a morte de "A". "B" responde integralmente pelo resultado morte, conforme os princípios. Assim como responderia se a vítima não tivesse doença alguma. Provado que a ação de "B" foi a causa da morte, não se cogita de perda da chance, e sim da responsabilidade integral do dano que, na hipótese, é imediato (morte). A dificuldade está na produção de prova do nexo causal, de acordo com a teoria aceita (teoria da causalidade adequada, com predominância invocada no Brasil, ou a teoria de imputação objetiva).

9. "A" é doente e tem uma expectativa de cura. "B" concorre para a morte. Se provado que "B" concorreu causalmente para produzir o resultado, "B" responde pela morte de "A", segundo os princípios, na proporção de sua concorrência, podendo ter a condenação indenizatória reduzida. Não é caso de perda da chance.

10. "A" é doente e tem expectativa de cura. "B" trata do paciente. "A" morre ou sofre sequelas permanentes. Não há prova da concorrência causal da ação de "B" pela morte ou lesão. Duas as soluções: (1) a ação de indenização é improcedente, por falta de prova da relação causal entre a ação de "B" e o resultado; (2) o agente responde segundo a teoria da perda da chance.

O agente não responde pelo resultado final, porque não há prova de que lhe deu causa. O agente somente responderia pela perda da chance, desde que provada a relação causal da sua ação pela perda da oportunidade de cura, e não pelo resultado mediato (morte). Se fosse considerado o resultado morte como de responsabilidade do agente, sem prova de sua causalidade com a ação do agente, estaria sendo criada uma relação causal atenuada ou enfraquecida (na verdade, haveria a dispensa da prova da causalidade), e seria atribuído ao agente um resultado que não se sabe se foi por ele causado. Invocar a perda da chance nessa hipótese, pelo resultado mediato, é alterar a estrutura do instituto da responsabilidade e do princípio processual de sujeição do juiz à prova dos autos. Haveria, na verdade, uma "relação causal suposta".[21]

É certo que essa solução tem sido preconizada para quando houver "incertitude relative au lien de causalité", mas não me parece a melhor. Se há prova de que a ação do agente é causa da morte da vítima, segundo a teoria

---

na causalidade parcial que a conduta do réu apresenta em relação ao dano final" (Idem, ibidem, p. 107).

21 "Uma grande parte da doutrina admite que a perda de uma chance, na seara médica, se utiliza de um conceito de causalidade parcial" (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 49).

da causalidade adequada, o agente responde integralmente; se há prova de que a ação do agente eliminou ou diminuiu uma solução favorável, ainda que não exista prova de ter causado o resultado, responde pela perda da chance. Se não há prova nem de ter causado a frustração nem o resultado final, a ação de indenização é improcedente. Entretanto, ao responder pela perda da chance, não há aplicação de causalidade pela metade, ou atenuada.

11. "A" sofre de doença incurável. "A" tem a expectativa de prolongar o desenlace, ou de diminuir o sofrimento. "B" trata o paciente de modo insatisfatório, eliminando ou diminuindo aquela expectativa. "B" responde pela perda da chance de prolongar o desenlace ou de reduzir o padecimento durante a sobrevida.

12. "A" é doente e tem expectativa de cura. "B" presta mau atendimento, mas sem dano à saúde do paciente. É caso de cumprimento imperfeito, e não de perda da chance.

13. "A" é doente e tem expectativa de cura. "B" presta mau atendimento e causa dano na saúde do paciente, que fica com sequelas. "B" responde pelo dano. Não é caso de perda da chance.

14. Indenização. Aceito o fato da perda da chance, cumpre reparar o dano.

O Código Civil determina que a indenização se mede pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a culpa e a extensão do dano, o juiz poderá equitativamente reduzir o valor da indenização (art. 944).[22]

Segundo o art. 403 do Código Civil, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Essa disposição não impede a indenização do dano pela perda da chance, porque "[...] a perda da chance decorre de efeito direto e imediato do ato de obstrução do ofensor".[23]

---

[22] "Assim, a vítima deverá ser integralmente reparada no limite da oportunidade perdida, até porque 'a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil)', por dano patrimonial ou extrapatrimonial" (FAJNGOLD, Leonardo. Premissas para aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 69, p. 69, set. 2016).

[23] ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*: aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 256.

A chance pode estar vinculada a um bem material (prêmio) ou imaterial (sofrimento físico, contaminação à saúde),[24] e a perda constituirá o dano à expectativa de obter o resultado ou de evitá-lo.

O dano é emergente.[25] Consiste na diminuição imediata do patrimônio jurídico do lesado, já existente no momento da ação. Será proporcional à extensão da oportunidade, considerando a situação em que se encontrava o lesado, a existência de um bem futuro que poderia ser alcançado e seu valor, e a probabilidade de obtê-lo.[26]

A avaliação há de ser feita segundo um juízo equitativo, por arbitramento do juiz,[27-28] que poderá recorrer à informação técnica, buscar auxílio na estatística, considerar o que normalmente ocorre etc.[29] A dificuldade para

---

24 "As vantagens futuras e os prejuízos presentes aqui em questão podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, seria desnecessário esclarecer" (NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 29, jul.-set. 2005). No mesmo sentido: SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 68, p. 24, jul.-set. 2006). Enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil, do CJF: "A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos" (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5, 2011, Brasília, DF. *Anais*... Apresentação Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: CJF, 2012. p. 73).

25 DE CUPIS, Adriano. *El daño*: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1975. p. 318-319.

26 "Il quantum del risarcimento, in questa prospettiva, è dato dal raffronto tra la probabilità di profittare di una chance e le probabilità che essa non si presentasse. L'applicazione del princípio della regolarità causale (e il calcolo delle probabilità) in questo senso appare assai utile" (ALPA, Guido (Coord.). *La responsabilità civile*: parte generale. Torino: UTET, 2010. p. 585, Capítulo 8.º.)

27 "O valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atendendo também aqui para o princípio da razoabilidade" (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109).

28 O art. 510 do Código de Processo Civil dispõe sobre o procedimento judicial para a liquidação por arbitramento. No curso da ação, é preferível que o juiz desde logo quantifique o valor da indenização, colhendo para isso manifestação das partes e informações de peritos, se necessárias.

29 O juiz pode se informar com um perito, para a determinação de uma percentagem de chance, a fim de calcular o prejuízo econômico, convindo atentar com o

sua determinação – argumento usado pelos que são contrários à teoria da perda da chance – não pode ser empecilho para sua aplicação, porquanto não difere daquela que os tribunais encontram para quantificar o dano moral, o assédio sexual, o uso indevido de imagem etc. Aliás, tratando-se de perda da chance determinante de dano extrapatrimonial, recomenda-se a adoção – além dos critérios próprios da perda da chance – do método usado para a quantificação da indenização por dano moral.

No caso clássico, com a perda de uma oportunidade de obter vantagem, segundo Martins Costa:

> [...] a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima, não devendo ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado, pois nunca a chance esperada é igual à certeza realizada.[30]

Sobre o ponto, já escrevi em outra sede:

> E como se calcula a indenização? Chabas explica: "Une fois ce problème d'ordre qualitatif réglé (isto é, sobre a existência da chance), reste alors celui de l'évaluation. Il est double: combien la victime avait elle de chances? Combien valaient-elles?" (François Chabas. La perte d'une chance en droit français, conferência na UFRGS em 23.05.1990; também publicada em italiano na revista *Responsabilità Civile e Previdenza*, Giuffrè, v. 61, n. 2, p. 227, 1996).
>
> O art. 927 do Código Civil dimensiona a reparação na exata extensão do dano. A dificuldade do caso presente se assemelha à avaliação do dano moral: embora se cuide de dano patrimonial, não decorre de diminuição concreta do patrimônio, aferível por perícia, mas de um dado que somente poderá ser arbitrado, de acordo com o prudente critério dos julgadores.

---

máximo rigor para a objetividade da álea (PHILIPPE, Denis. Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 10124, Déc. 2013).

30 MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*). In:_____ (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 390.

Para esse arbitramento, o julgador, em primeiro lugar, afastará a equiparação da reparação pela perda da chance com o proveito que a vítima teria se o contrato tivesse sido celebrado e executado. Escreveu Rafael Peteffi da Silva: "A regra de granito limita a quantificação das chances perdidas a um valor obrigatoriamente menor do que o valor da vantagem esperada pela vítima" (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 205).

Depois, considerará a maior ou menor possibilidade de êxito da vítima. Assim, será ponderado, exemplificativamente, o reduzido número de concorrentes, a reconhecida capacidade técnica da empresa, o sucesso em outras licitações etc., fatores que certamente seriam considerados no concurso.

O Prof. Fernando Noronha discorre sobre a realidade da perda da chance e insiste na importância dessa "probabilidade":

"Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nesses casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível *calcular o grau de probabilidade*, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação" (Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, n. 23, p. 29).

Por fim, ainda será levada em linha de conta a proporcionalidade com o valor do que seria o lucro líquido, a fim de manter-se a proporção entre o que se perde e o que poderia ser ganho. "A Corte de Cassação Francesa, para indenizar a perda da chance, analisa o dano em sua totalidade, mas indeniza proporcionalmente à importância da chance perdida. Este cálculo pode não ser considerado o melhor, ou que represente maior justiça, todavia é o mais adequado, até o presente momento" (Glenda G. Gondim. Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance. *Revista dos Tribunais*, n. 840, p. 33, out. 2005).

15. A perda da chance não se confunde com o lucro cessante. Este indeniza a perda dos benefícios que, de ordinário, seriam obtidos. A perda da chance indeniza a própria frustração, a probabilidade mesma.[31] O lucro cessante "[...] consiste en una ganancia certa, por cuanto tiene probabilidad elevada de ocurrencia".[32] O lucro cessante é o que o lesado provavelmente obteria no futuro, uma vez demonstrados os pressupostos e requisitos para essa conclusão (ex. perda de remuneração pela invalidez parcial e permanente para o trabalho); na perda da oportunidade, o dano é presente. Sérgio Savi examina longamente o assunto e conclui, com base em Bocchiola, que a perda da chance é um dano atual, certo, emergente, e por isso inconfundível com o lucro cessante.[33] Na perda da chance, a indenização sempre será menor do que o do resultado inalcançado, enquanto, no lucro cessante, a indenização corresponderá ao valor do prejuízo que o lesado deixou de auferir.[34]

16. A eliminação de um projeto de vida é reparável. Assim como a perda da chance, essa hipótese leva em consideração uma projeção para o futuro, mas as duas figuras não se confundem. Burgos aponta duas diferenças, sendo a principal o fato de que o projeto de vida pode ser substituído por projetos alternativos, o que não acontece com a perda da chance. Ainda, a perda da chance pode atingir diversas pessoas, com a mesma intensidade, enquanto o projeto de vida é personalíssimo.[35]

---

[31] OSTERLING PARODI, Felipe; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, año 52, n. 39, p. 51-66, oct. 2002.

[32] RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Pérdida de una chance: su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 2, p. 253, Dic. 2012.

[33] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15 e ss.

[34] Savi formula a hipótese de o autor promover a ação requerendo o pagamento de lucros cessantes, sendo o caso de perda de uma chance. "O juiz deverá verificar cuidadosamente qual foi a real intenção do autor. Se foi a indenização por perda da chance, ainda que a tenha qualificado equivocadamente como lucro cessante, o juiz deverá, em respeito à vontade do autor, julgar o pedido procedente, mesmo que o qualifique como dano emergente" (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 71).

[35] BURGOS, Osvaldo R. *Daños al proyecto de vida*: reparación integral, crisis de la responsabilidad civil, nuevos danos, nuevos daños, proyecto vital y calidad de vida, jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, cómo plantear la pretensión, pautas para resarcir. Buenos Aires: Astrea, 2012. p. 241 e ss.

17. O instituto da responsabilidade civil indeniza também pelo risco, que não se confunde com a perda da chance. A jurisprudência considera indenizável o risco derivado da instalação de um reservatório de gasolina em zona residencial, criando um risco de agravação das consequências de um incêndio; o risco de confusão entre os consumidores justifica a condenação por concorrência desleal; o risco de lançamento de pedras à propriedade vizinha etc. São situações arroladas por Viney e Jourdain.[36] Acrescente-se a hipótese de exposição de empregado ao contato com elementos tóxicos,[37] como o amianto. Indeniza-se pelo risco; se o dano real acontece, a indenização é integral.

Na perda da chance, o lesado já dispõe de uma possibilidade e a perde, enquanto, no risco, a situação é criada pela ação do agente.[38]

18. Na ruptura de negociações preliminares (*culpa in contrahendo*), são indenizados os danos emergentes e a perda da chance.[39] Participar de uma negociação não dá a alguém o direito de concluir o contrato, que pode não acontecer pela vontade da outra parte, seja porque a ressalva ficou desde logo exposta, seja porque esta teve razões para assim agir. A responsabilidade pré-contratual somente se estabelece, quando uma das partes envolvidas na tratativa, depois

---

36 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 88-89, nota 412.

37 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113.

38 SINDRES, David. Exposition à un risque et perte de chance: un couple mal assorti? *RTDCIV: Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 27, janv.-mars 2016.

39 Não há consenso sobre a natureza da indenização devida. Ilustres autores a definem como contratual; outros convencem de que se trata de responsabilidade extracontratual; a Profa. Judith Martins Costa fundamenta o instituto no princípio da boa-fé objetiva, como sustentado, com acerto, na sua tese de doutorado: "Atualmente, não se têm dúvidas em fundar a responsabilidade pré-contratual – [...] redimensionando o seu âmbito de incidência, no princípio da boa-fé objetiva" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999). Flume, analisando o direito alemão, afirma que "[...] el comienzo de las negociaciones contractuales se constituyen *ex lege* deberes, cuya violación conduce al deber de indemnizar los daños" (FLUME, Werner. *El negocio jurídico*: parte general del derecho civil. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. t. 2, p. 167). Parece melhor fundamentar a responsabilidade civil, pelos atos praticados na fase negocial, no princípio da boa-fé objetiva, na sua função criadora, como faz Martins-Costa, uma vez que a falta do negociador não se constitui em um ilícito absoluto (delito) a gerar responsabilidade extracontratual, e também porque ainda não há contrato, para nele amparar a tese de uma responsabilidade contratual.

de fazer surgir na outra a ideia firme de que o contrato definitivo seria celebrado, rompe injustificadamente a negociação.[40] O rompimento indevido, não justificado, colhe de surpresa a outra parte, a qual tinha razoável expectativa de conclusão. Isto é, a conduta de uma das partes teria gerado, na outra, fundada confiança no êxito da tratativa, eliminado pelo comportamento desleal da dissidente. São, para esse juízo, considerados os deveres de informação, proteção e lealdade, decorrentes do princípio da confiança.[41]

Na *culpa in contrahendo*, "[...] como abiamo visto nel § precedente, la culpa in contrahendo costituisce il prototipo dell'obbligazione senza prestazione".[42] Assim também a conclusão de Regis Pereira:

> A relação jurídica pré-contratual não tem como conteúdo a obrigação de uma parte de prestar alguma coisa em favor da outra. Essa relação faz surgir deveres de conduta para as partes, a serem observados durante o desenrolar das negociações, decorrentes da incidência do princípio de boa-fé.[43]

---

40 Sobre os requisitos da responsabilidade, resumiu Lopes Soares: "No Brasil, os doutrinadores que mais claramente abordam o tema são Fritz (2009) e Popp (2011), que reconhecem, não sem alguma divergência, a necessidade da verificação de quatro requisitos para a existência de responsabilidade civil pré-contratual, a saber, (i) existência de negociações preliminares; (ii) a certeza da celebração do contrato; (iii) a ruptura injustificada; e (iv) o dano" (SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 49, ago. 2014). A "certeza" aqui deve ser entendida como um juízo de probabilidade evidente.

41 "Como se vê, a regra sobre a qual repousa a regulação da fase pré-contratual é o princípio da confiança, ao qual se relacionam outros princípios incidentes nas fases pré-contratual e contratual, como o da boa-fé em sentido objetivo, e o da proibição de *venire contra factum proprium*" (FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 169-179, out.-dez. 1997).
Fritz examina o disposto no § 311 do BGB, pelo qual a relação obrigatória surge de tratativas, de um contrato preliminar ou de um simples "contato negocial"(*Revista dos Tribunais*, n. 883).

42 CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 2006. p. 583.

43 PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 441.

Durante as tratativas, a parte prejudicada pode ter feito investimentos e suportado despesas, além da perda de oportunidade de realizar aquele contrato ou de negociar com terceiros, e, então, se põe o tema da responsabilidade civil.

O prejudicado não tem direito à indenização do interesse positivo (ser colocado na situação em que estaria, se o contrato tivesse sido celebrado),[44] mas "[...] si les négociations ne portaient que sur des points de détail, l'on peut dire que les chances de conclure un contrat profitable étaient sérieuses et une indemnisation devrait être envisagée".[45] Protege-se, então, o interesse negativo, correspondente ao dano que a parte sofreu por ter confiado no negócio, e compreende os danos emergentes, que incluem os investimentos feitos e os gastos que assumiu, desde que tudo se refira diretamente às negociações.

No que diz com a perda de outros negócios ou com o lucro que o lesado obteria, se o contrato tivesse sido efetivado, a questão é controversa. O Supremo Tribunal Federal, em 1959, decidiu que o lucro cessante não se inclui no "interesse negativo".[46] A doutrina alemã inclina-se pela indenização do interesse negativo,[47] assim também Almeida Costa, em Portugal.[48] No Brasil, a orientação dominante é a favor do ressarcimento do lucro

---

44 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2009. p. 598.

45 PHILIPPE, Denis. Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 1012, Déc. 2013.

46 STF, 2.ª Turma, Recurso Extraordinário 43.951, Acórdão 22.12.1959. Decisão citada por PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 381. Assim também na Alemanha, informa FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. p. 311-313.

47 FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 883, p. 9, maio 2009.

48 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 49. Menezes Cordeiro, no entanto, sustenta "[...] a inexistência de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança: ele responde, como manda o art. 227.º, 1, por todos os danos causados, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada, os lucros cessantes" (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1, p. 585).

cessante,[49] que corresponderia à indenização pela perda desse ou de outros negócios.[50]

Penso que essa perda de oportunidade de celebrar o contrato ou de contratar com outrem corresponde à perda da chance, e, como tal, deve ser indenizada.[51] Se fosse de deferir lucros cessantes, o valor a considerar deveria ser igual ao efetivo ganho que seria obtido com o negócio não realizado, solução que poderia colocar a vítima em posição melhor do que estaria, se concluído o negócio que se frustrou. Além disso, o fundamento da condenação deveria ultrapassar duas situações hipotéticas: em primeiro, se o contrato tivesse sido celebrado (com o cocontratante ou com outrem); em segundo, qual o lucro a ser obtido nesse contrato. Os doutrinadores uniformemente descrevem essa situação como uma perda de oportunidade, bem por isso se vê que é caso típico de indenização pela perda da chance.

Lembro a lição peremptória de Benatti:

---

49 FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 883, p. 9, maio 2009.

50 Stiglitz: "El interés negativo comprende – insistimos – tanto el daño emergente como el lucro cesante. (STIGLITZ, Ruben S.; STIGLITZ, Gabriel. *Responsabilidad precontractual*: incumplimiento del deber de información. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 54. Assim também COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 80. Eis a lição de Karina Nunes Fritz: "No Brasil, a doutrina majoritária posiciona-se a favor do ressarcimento do lucro cessante, traduzido na perda da oportunidade de contratar com terceiro" (FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. p. 311).

51 É a lição do professor belga Denis Philippe (Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 1009-1012, Déc. 2013). Assim também na França, como consta do artigo da Profa. Vera Fradera: "Um outro embasamento para fundar a responsabilidade pré-contratual resultou da atividade jurisprudencial em França. Com efeito, em várias oportunidades, os juízes referiram a perda de uma chance, noção tradicional no terreno da responsabilidade civil, como base para uma responsabilidade pré-contratual" (FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 169-179, out.-dez. 1997).

> É opinião pacífica que a violação de um dever pré-contratual dá somente lugar a ressarcimento do chamado interesse negativo [...]. Será obrigado a colocar a outra parte em situação patrimonial idêntica àquela em que se encontraria se não tivesse estipulado o negócio. Daí deriva, então, que o dano a ressarcir coincide não com o interesse à execução, isto é, com o interesse positivo, mas, sim, com o interesse à não conclusão do contrato, ou seja, com o interesse negativo.[52]

19. Outros casos de perda da chance: a) responsabilidade do banco por investimento feito sob fundamento de informação falsa ou lacunosa; b) o acionista que adquire título oferecido ao público com informações inexatas, imprecisas ou falsas sofre o prejuízo que lhe decorre de não ter feito outro investimento, "[...] dans la perte de la chance d'investir ses capitaux dans um autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé";[53] (c) muitas aplicações da perda da chance são relativas à reparação do prejuízo causado pelo descumprimento de uma obrigação de informação ou de conselho,[54] salvo se demonstrado que a vítima, mesmo informada, teria de qualquer modo praticado o ato. Essa espécie de perda da chance é destacada por Fernando Noronha, porque o dano decorre de ação da própria vítima, mal informada a respeito dos fatos.[55] A perda da chance por violação do dever de informar, se não há lei expressa ou cláusula contratual, está fundada na boa-fé objetiva;[56] (d) a perda da chance ocasiona um dano material, com avaliação patrimonial, mas não é afastada a condenação também pelo dano moral: "Não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral. Até porque, como visto ao longo deste

---

52 BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 1970. p. 165.

53 TELLER, Marina. La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter. *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n. 4, p. 4-5, 2013.

54 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 227.

55 NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 46, jul.-set. 2005.

56 MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 166.

livro, trata-se de uma subespécie de dano material emergente";[57] (e) o Estado também responde pela perda da chance provocada por ato da administração: "Essa teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 237,§ 6.º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação, quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar determinado benefício" (no caso, não foi reconhecida a perda da chance, mas de responsabilidade integral pelo dano);[58] (f) nas relações de trabalho, "[...] a teoria da responsabilidade civil pela perda de chances encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*";[59] (g) o dano há de corresponder a um interesse concreto merecedor de tutela.[60] Se o interesse do lesado é ilícito, a sua perda não é indenizável.

20. Um caso concreto. Uma construtora concluiu adequadamente serviços contratados, postos em funcionamento há mais de dois anos, e necessitou de sua contratante o atestado de conclusão da obra, a fim de comprovar sua experiência na área, pois pretendia concorrer em outra licitação, cujo edital exigia comprovação da capacitação técnico-operacional da licitante por experiência em projetos de execução de obra-serviço de características técnicas similares às do objeto da licitação. Solicitado à contratante, tal certificado foi recusado à construtora, sem justificativa, embora com aquele documento a construtora teria atendido plenamente o requisito em duas licitações abertas pelo Poder Público.

A omissão da contratante, sem justificativa aceitável, implicou ofensa ao dever contratual de fornecer os certificados de conclusão, assim como previsto em mais de uma cláusula.

---

57 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 53.

58 STJ, 2.ª Turma, Recurso Especial 1.308.719/MG, Recorrente: Vera Lúcia Ribeiro de Souza, Recorrido: Estado de Minas Gerais, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Acórdão e 25.06.2013.

59 MACIEL, José Alberto Couto. O dano moral na justiça do trabalho e o poder de comando do empregador: previsões legais de indenização. *Justiça do Trabalho*, v. 24, n. 279, p. 15-17, mar. 2007.

60 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 254. O interesse do sujeito é que deve ser ilícito, não a situação em que ele eventualmente se encontra, como no uso de transporte clandestino.

Além da previsão contratual, a boa-fé impunha à contratante comportamento cooperativo, a fim de permitir à sua parceira de empreendimento retirar o proveito que da conclusão da obra poderia razoavelmente esperar, entre eles o de obter o certificado de conclusão, que comprovaria o seu desempenho e a sua experiência no setor, com capacitação técnica e habilitação para celebrar novos contratos.

Some-se a isso que todas as empresas que atuam no setor da contratação com empresas públicas conhecem as exigências da lei que regula as licitações públicas, especialmente sobre o processo de habilitação e condições de participação (arts. 27 a 32 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993). Sabe-se que:

> [...] a forma de comprovação da experiência anterior, no âmbito da qualificação técnica operacional para obras e serviços de engenharia, consiste na apresentação de atestados fornecidos pelos interessados em face de quem a atividade foi desempenhada.[61]

Sem receber os certificados que lhe eram devidos por força do contrato e em razão da conclusão da obra, a empresa perdeu uma esperança de concluir novos contratos. Esta é uma das situações que se ajustam à teoria da perda da chance:

> Dans la même ligne, on peut encore signaler que la perte de l'espoir de conclure un ou plusieurs contrats dont la victime attendait un profit ou un avantage quelconque a été considérée comme susceptible de fonder une action en responsabilité.[62]

O dever contratual de fornecimento dos atestados e o dever lateral (derivado da boa-fé) de cooperação com a contraparte foram desatendidos pela contratante, retirando-lhe a oportunidade de concorrer em licitações públicas.

Com essa origem, tratava-se de responsabilidade contratual:

> Quando la perdita della chance sia ricollegabile all'inadempimento di un'obbligazione, potrà individuarsi a carico del danneggiante una

---

61 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 331.

62 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. (Traité de droit civil), p. 93.

> rsponsabilità debitoria (contrattuale), a norma dell'art. 1.218 c.c., ed un correlativo danno contrattuale da perdita di chance. Nel caso in cui la perdita di chance sia, invece, ricollegabile alla violazione del principio del *neminem laedere*, sarà configurabile a carico del danneggiante una responsabilità extracontrattuale, ex art. 2.043 c.c., ed un correlativo danno aquiliano da perdita di chance.[63]

21. A jurisprudência. Estou relacionando julgados dos principais tribunais do País a respeito da natureza do fato esperado, que se inviabiliza com a ação do agente, uma vez que precedentes jurisprudenciais são claros em admitir a indenização apenas nos casos em que era altamente provável a obtenção de uma vantagem, se o ato ilícito não fosse cometido. A mera esperança subjetiva não dá lugar à indenização. Os conceitos, os fundamentos e as conclusões não são os mesmos, mas o cerne da orientação reside na aceitação da teoria.

*I – Superior Tribunal de Justiça*

O mais citado é o acórdão que julgou o processo "Show do Milhão" (REsp 788.459/BA, relatado pelo Min. Fernando Gonçalves). "Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido."[64]

> *Além deste:*
>
> *1 – "Há de ser referendada a compreensão no sentido de que: 'a probabilidade de que determinado evento aconteceria ou não acon-*

---

63 PONTECORVO, Armando. La responsabilità per perdita di chance. *Giustizia Civile*, p. 449, ottobre 1997.

64 STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Acórdão 08.11.2005.

*teceria, não fosse o ato de outrem, deve ser séria, plausível, verossímil, razoável'."*[65]

*2 – "A chance supostamente perdida pelo agravante deve apresentar-se real e séria, não podendo se tratar de meras conjecturas e/ou ilações."*[66]

*3 – "Nesse cenário, surge a teoria da perda de uma chance, a qual visa à responsabilização do agente causador, não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa – que muito provavelmente alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Daí por que a doutrina sobre o tema enquadra a teoria da perda de uma chance em categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, tampouco se reduz a um dano hipotético."*[67]

*4 – "A teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompidos por ato ilícito de terceiro."*[68]

*5 – "A pretensão não encontra amparo na 'teoria da perda de uma chance' pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sergio Cavalieri Filho, que 'se trate de uma chance*

---

[65] STJ, 2.ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.222.132/RS, Agravante: Hospital de Clínicas de Porto Alegre, Agravado: Cleomar Claudino Bohn e outro, Rel. Min. Eliana Calmon, Acórdão 03.12.2009.

[66] STJ, 1.ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.401.354/PR, Agravante: Paulo Abel de Lima, Agravado: Estado do Paraná, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Acórdão 21.06.2012.

[67] STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial 993.936/RJ, Recorrente: Solange Pereira Alves, Recorrido: José Pereira de Rezende Neto, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Acórdão 27.03.2012.

[68] STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial 1.190.180/RS, Recorrente: Manfredo Erwino Mensch, Recorrido: Onofre Dal Piva, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. Acórdão de 16 nov. 2010.

*real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada'."*[69]

*6 – "A chamada teoria da perda da chance, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o* dano potencial *e incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável."*[70]

*II – Tribunal de Justiça de São Paulo*

*7 – No Tribunal de Justiça de São Paulo, são reiterados os julgamentos que afastam a aplicação de teoria da perda de uma chance, quando se trata de "dano hipotético", conforme está enumerado a seguir.*

*8 – "Aplicação da 'perda de uma chance'. Impossibilidade. Dano hipotético."*[71]

*9 – "A reparação da perda de uma chance repousa sobre a grande possibilidade de alguém auferir alguma vantagem."*[72]

*10 – "Mera hipótese, que não enseja a configuração de dano. Precedentes jurisprudenciais."*[73]

---

69 STJ, 2.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial 1.220.911/RS, Agravante: Adelar José Drescher, Agravado: União, Rel. Min. Castro Meira, Acórdão 17.03.2011.

70 STJ, 3.ª Turma, Recurso Especial 1.104.665/RS, Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho, Recorrido: Ivo Fortes dos Santos, Rel. Min. Massami Uyeda, Acórdão 09.06.2009.

71 Ementa da ApCiv. (STJ, Apelação Cível 0046599-77.2011.8.26.0562, Apelante: Joana Teresa Iglesias, Apelado: Prefeitura Municipal de Santos, Rel. Des. Rui Stoco, Acórdão 28.01.2013, cujo julgamento está fundado em precedente do STJ – REsp 1.190.180/RS, transcrito no n. 4, *supra*).

72 TJSP, Apelação Cível 0034655-15.2010.8.26.0562, Apelante: Rita de Cassia Frutuoso, Apelado: Prefeitura Municipal de Santos, Rel. Des. Marrey Uint, Acórdão 22.01.2013.

73 TJSP, Apelação Cível 0029356-57.2010.8.26.0562, Apelante: Prefeitura Municipal de Santos, Apelante: Rubens Mattos da Silva, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, Acórdão 03.12.2012.

*11 – "Indenização por perda de chance negada, pois o direito positivo brasileiro não admite reparação por dano hipotético."*[74]

*12 – "Indenização pela perda de uma chance. Inadmissibilidade no presente caso. Caracterização de mera possibilidade e não de grande probabilidade do dano."*[75]

*III – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

*13 – "Não há de se confundir a real probabilidade com a mera possibilidade."*[76]

*14 – "Existência de prova quanto à séria e real possibilidade de contratação do autor [...]."*[77]

*15 – "Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. Segundo Caio Mário, 'a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza: que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo'. É preciso que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada."*[78]

---

74 TJSP, Apelação Cível 0035858-75.2011.8.26.0562, Apelante: José Roberto Braz, Apelante: Município de Santos, Rel. Des. Ponte Neto, Acórdão 05.12.2012.

75 TJSP, Apelação Cível 0041729-86.2011.8.26.0562, Apelante: Sandra Regina Guedes de Oliveira, Apelado: Prefeitura Municipal de Santos, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Acórdão 12.11.2012.

76 TJRJ, Apelação Cível 0052490-16.2008.8.19.001, Apelante: ACM Comércio e Representação Ltda., Apelada: Tam Linhas Aéreas S.A., Rel. Des. Jorge Luiz Habib, Acórdão 1.º.08.2012.

77 TJRJ, Apelação Cível 0055748-73.2004.8.19.0001, Apelante: Norte Imagem Central de Exames Médicos Ltda., Apelado: Alessandro Marciano da Silva, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, Acórdão 06.09.2011.

78 TJRJ, Apelação Cível 0025286-93.2008.8.19.0066, Apelante: Bradesco Saúde S.A. e Luciano Braga Duque, Apelado: os mesmos, Rel. Des. Renata Cotta, Acórdão 29.06.2011.

*16 – "Ausência de demonstração de que eventual chance perdida fosse séria e real, de modo que se pudesse verificar se o resultado não se qualificaria como mera e aleatória possibilidade."*[79]

*17 – "Aplicação da teoria da perda da chance que exige o desperdício de oportunidade séria, real e efetiva de auferir algum benefício, o que não se vislumbra nos autos."*[80]

*IV – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*

*18 – "Perda de uma chance. Ausência de comprovação de séria e real vantagem frustrada pelo acidente."*[81]

*19 – "A indenização pela perda da chance reclama a comprovação incontroversa de que o lesado teve uma interrupção de um fato vantajoso que estava em curso, sendo insuficiente à sua configuração apenas mera probabilidade de ocorrência de fato vantajoso ao sujeito."*[82]

*20 – "A perda de uma chance leva à caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza."*[83]

*21 – "Para a aplicação da teoria francesa da perda de uma chance, é necessário que haja grande probabilidade de que a chance perdida se concretizasse."*[84]

---

79 TJRJ, Agravo Inominado na Apelação Cível 0137740-85.2006.8.19.0001, Agravante: Andre Franklim Vieira de Azevedo, Agravado: Instituto Brasileiro de Contabilidade – IBC, Rel. Maurício Caldas Lopes. Acórdão de 4 maio 2011.

80 TJRJ, Apelação Cível 0006150-32.2009.8.19.0210, Apelante: Alberto José Pinto Lima, Apelados: Fernando Barreto de Andrade e s/ mulher Silvia Souza de Andrade, Rel. Des. Luiz Fernando Carvalho, Acórdão 08.09.2010.

81 TJRS, Apelação Cível 70052347390, Apelante: Parque Náutico Marina Park, Apelados: André dos Santos Ramos e Raquel Stasiak Ramos, Rel. Des. Íris Helena Nogueira, Acórdão 19.12.2012.

82 TJRS, Apelação Cível 70045638004, Apelante: Banco Itaú S.A., Apelado: Eloir Correa, Rel. Des. Marcelo Muller, Acórdão 31.10.2012.

83 TJRS, Apelação Cível 70049606965, Apelante: Salete Baratieri Aguzzoli, Apelados: Hilton Norberto Strassburger e Sindicato dos Técnicos Científicos do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Paulo Scarparo, Acórdão 09.08.2012.

84 TJRS, Apelação Cível 70048145593, Apelante: Globo Comunicação e Participação S.A., Apelado: Bruno Appel Araldi, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, Acórdão 28.06.2012.

*22 – "Caso em que, embora demonstrada a falha na prestação do serviço decorrente da não interposição de recurso, não se desincumbiu a autora de comprovar a probabilidade, real e séria, de reverter o julgado que lhe foi desfavorável, se houvesse recorrido."*[85]

*23 – "A perda de uma chance leva à caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza."*[86]

*24 – "Para o lesado invocar a teoria da perda de uma chance a fim de ser indenizado, é preciso que este demonstre que tal chance era real e séria, no caso, a locação das salas comerciais e apartamento, o que inocorreu no caso concreto."*[87]

*25 – "A certeza quanto à existência do dano, presente ou futura, exigida como requisito de sua reparabilidade, não deve ser enfocada de forma absoluta, pois entre o dano certo, indenizável sempre, e o dano eventual, não ressarcível, situa-se a denominada 'perda de chances', mas a pretensão indenizatória, pela perda de uma chance, nasce da probabilidade de ganho na hipótese de conduta diversa de terceiro, não bastando a mera possibilidade."*[88]

22. Hoje, predomina, em nosso meio, a ideia de que a perda de uma oportunidade concreta de alcançar uma posição ou obter uma vantagem (ou evitar um prejuízo) pode constituir dano indenizável: "A teoria da perda de uma chance exsurge revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da justiça".[89]

---

85 TJRS, Apelação Cível 70035771054, Apelante: Jussara Maria Bueno, Apelado: Marcelo Penna de Moraes, Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, Acórdão 29.03.2012.

86 TJRS, Apelação Cível 70044532844, Apelantes: Jorge Fernando Perpetuo e Gilberto Cesar Rodrigues, Apelado: Maria Ione Pitana, Rel. Paulo Sérgio Scarparo, Acórdão 26.01.2012.

87 TJRS, Apelação Cível 70029981057, Apelante: Liliane Mansur Etcheverry, Apelado: Sistema Engenharia Ltda. e outros, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, Acórdão 30.06.2010.

88 TJRS, Apelação Cível 598310571, Apelante: Pedro Queiroz Vieira, Apelado: TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A., Rel. Des. Mara Larsen Chechi, Acórdão 07.04.1999.

89 SILVA, Renato de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 36, p. 48, 2006.

23. Um pouco da história. Para a coletânea sobre Direito Civil, coordenada por dois ilustres juristas, o Ministro Luis Felipe Salomão, autor de importantes julgados no Superior Tribunal de Justiça, na área do direito privado, em que desponta como um dos seus mais ilustres juízes, e o Prof. Dr. Flávio Tartuce, pesquisador de excelente nomeada, que já produziu obra doutrinária admirável, escolhi a perda da chance, porque as coincidências há muito me aproximaram do tema.

Assisti à palestra, em 23 de maio de 1990, do Prof. François Chabas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que mais de uma vez ministrou aulas no Curso de Pós-Graduação em Porto Alegre, a convite do seu amigo e nosso inesquecível mestre, Prof. Clovis do Couto e Silva. Guardo comigo o texto original, cuja publicação aqui não me foi autorizada, porque o autor tinha compromisso com editoras no exterior. Foi a primeira lição que tivemos sobre o desenvolvimento do tema na França.

Logo depois, votei na Ap. Cível 589069996, Quinta Câmara, ac. de 12.06.1990, examinando a teoria, cuja aplicação foi afastada: "Responsabilidade civil. Médico. Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance".[90]

Mais tarde, na Ap. Cível 591064837, Quinta Câmara, ac. de 29.08.1991, aplicou-se a teoria em caso de responsabilidade profissional: "Responsabilidade civil. Advogado. Perda de uma chance. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-lo, devendo indenizar a mandante pela perda da chance".

Constou do voto:

> Não lhe imputo o extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: "portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la".[91]

---

[90] TJRS, 5.ª Câmara, Apelação Cível 58906999, Apelante: Ruth Lea Xavier Leite, Apelado: Antonio Flávio Del Arroyo, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Acórdão 12.06.1990.

[91] TJRS, 5.ª Câmara, Apelação Cível 591064837, Apelante: Ernani Enio Juchen, Apelado: Érica Noe, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Acórdão 29.08.1991.

A teoria da perda de uma chance, relatou Nuno Santos Rocha:

> [...] começou a ser aplicada nos tribunais dos estados do Sul do país. Uma célebre palestra proferida por François Chabas – La perte d'une chance en droit français – na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23 de maio de 1990, terá sido o grande responsável pela introdução da noção de perda da chance no Direito brasileiro.[92]

Mais tarde, já no STJ, 18.04.1995, votei pela incidência da perda da chance, mas a tese então ficou vencida (REsp 57.529/DF):

> A autora pretende a indenização pela perda da chance. O tema tem sido versado em outros países, especialmente na França, onde a doutrina, incentivada por decisões da Corte de Cassação, admite a necessidade de ser responsabilizado o autor da ação ou da omissão que causa a outrem a perda de uma oportunidade real de alcançar alguma vantagem ou evitar um prejuízo, nas mais diversas situações jurídicas, seja no tratamento médico, na disputa judicial, na vida social, profissional ou comercial. A jurisprudência francesa registra inúmeros precedentes: perda da chance de ser laureado pela pintura não exposta a tempo por culpa do transportador; perda da chance de um proveito na bolsa por causa da execução tardia de ordem pelo agente de câmbio; perda da chance de melhoria na carreira; perda de chance de ganhar um processo por incompetência do advogado ou falta de recurso; perda da chance de obter um emprego pela liberação tardia do diploma; perda da chance de prosseguir nos trabalhos de laboratório etc. (Starck, Roland, Boyer. *Obligations*. Paris: Litec, 1991. p. 64-65).
>
> Mme. Viney examina e rebate as objeções opostas a esta hipótese de responsabilização: o caráter futuro do dano não se constitui em empecilho para que se admita a responsabilidade civil, sendo comum nos casos de danos contínuos, como na indenização por incapacidade física, ou por morte do obrigado a prestar alimentos etc. A oportunidade, a chance de obter uma certa situação futura é uma realidade concreta, ainda que não o seja a real concretização dessa perspectiva; é um fato do mundo, um dado da realidade, tanto que o bilhete de loteria tem valor, o próprio seguro repousa sobre

---

92 ROCHA, Nuno Santos. *A perda da chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 26.

a ideia da chance. A dificuldade de sua avaliação não é maior do que avaliar o dano moral pela morte de um filho, ou o dote devido à mulher agravada em sua honra (art. 1.548 do CC). É preciso, porém, estabelecer linhas limitadoras: a chance deve ser real e séria; o lesado deve estar efetivamente em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; deve haver proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro; a reparação deve necessariamente ser menor do que o valor da vantagem perdida (Geneviève Viney, La responsabilité. 'in' Traité de Droit Civil. Jacques Ghestin, LGDJ, 1982, p. 341 e seguintes).

[...]

No caso dos autos, estão reconhecidos os pressupostos de fato para o reconhecimento da responsabilidade da transportadora: houve o extravio da bagagem mencionada pela autora, que por isso deixou de participar da concorrência que se realizava naquele dia. Apenas que a eg. Câmara julgou inexistir direito à reparação quando há somente perda de uma chance, situação não prevista em lei.

Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no artigo 159 do CCivil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, que é um fato provado, causador do prejuízo de concorrer, e por isso incluído no âmbito do artigo 159 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora.

Trata-se de indenização fundada no direito comum, com suporte no artigo 159 do CC, daí por que não se confunde com a indenização tarifada prevista na lei especial, que se destina a reparar o dano material, decorrente da perda do valor patrimonial dos objetos transportados.

Isto posto, conheço do recurso especial, por violação ao art. 159 do CC e lhe dou parcial provimento, a fim de deferir a indenização pela perda da chance de participar da concorrência, cujo valor deverá ser objeto de liquidação por arbitramento, o qual não poderá ser superior a 20% do lucro líquido que teria caso vencesse o certame (voto vencido, REsp 57.529/DF, Turma, em 18.04.1995).[93]

---

[93] STJ, Recurso Especial 57.529/DF, Recorrente: Nutrição Comércio e Representações Ltda., Recorrido: TransBrasil S.A. Linhas Aéreas, Rel. Min. Ruy Rosado

24. Hoje, como se viu, é recorrente a utilização da teoria da perda da chance, muito embora inexista uniformidade na fundamentação e nas soluções encontradas. A continuidade dos estudos da doutrina e dos tribunais, que já são intensos, aperfeiçoará a instituto entre nós. Sérgio Savi, na excelente monografia que publicou sobre o tema, assim concluiu:

> A própria evolução da responsabilidade civil impõe o acolhimento da teoria, uma vez que, por força dos princípios constitucionais, a vítima de um dano injusto passou a ser o foco da atenção do julgador. Na maioria dos casos, aquele que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo será considerado vítima de um dano injusto e, por este motivo, deverá ser indenizado.[94]

Os Princípios do Unidroit, n. 7.4.3.2, rezam: "La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalization".[95] No projeto de reforma do CC Fr., o art. 1.346 previa a responsabilidade por perda da chance,[96] que não foi incorporado.

25. Conclusão

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

O dano consiste na perda da oportunidade, e o nexo causal deve existir entre a ação do agente e a perda da chance. O dano indenizado é o diretamente emergente da frustração da oportunidade.

---

de Aguiar Júnior, Relator para o acórdão Min. Fontes de Alencar, Acórdão 07.11.1995.

94 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103; sobre os precedentes jurisprudenciais, ver a remissão coligida por SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007. p. 185 e ss.

95 UNIDROIT. Principes d'UNIDROIT: relatifs aux contrats du commerce international. Rome, 2010. Disponível em: <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

96 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006. p. 89, nota.

No caso clássico, a perda da chance consiste na perda da oportunidade de obter uma vantagem (perder a oportunidade de concorrer), que não será mais alcançável. Pode haver a perda da oportunidade de evitar um dano, que acontece, mas que não foi causado pela ação do agente. Se o fosse, a responsabilidade seria pela integralidade do dano.

Na responsabilidade médica, as situações são diversas, conforme anteriormente enumerado, mas nunca o resultado final integra a relação da responsabilidade pela perda da chance. Se houver prova de que o resultado final decorreu da ação do agente, ele responde integralmente; se não houver prova de que o agente descumpriu com sua obrigação, ele não responde pelo resultado final, nem por alegada perda da chance.

O fato que se pretendia alcançar ou o dano a evitar deveria existir ao tempo da ação, não integra a relação de responsabilidade pela perda da ação, mas interessa para avaliar a probabilidade desse resultado exterior, e o eventual valor da perda.

A perda deverá ser avaliada considerando a seriedade da probabilidade de acontecer o fato que não se alcançou ou que não foi evitado (nunca corresponderá à integralidade do valor do dano final); a situação pessoal do lesado; a ação do agente; e o valor da coisa ou a importância do bem extrapatrimonial.

A teoria da perda não se aplica, se provado que o resultado posterior foi causado pela ação do agente, segundo a teoria da causalidade adequada, pois, nesse caso, a indenização deverá ser integral.

Na responsabilidade pré-contratual, a indenização corresponde aos danos com gastos realizados e à perda da chance de celebrar o negócio com a contraparte, ou com outrem. Não há lucros cessantes a indenizar, nesse caso.

A indenização pela perda da chance não se confunde com os lucros cessantes, e é distinta da decorrente do risco.

A jurisprudência aplica a teoria, conforme os diversos precedentes.

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido (Coord.). *La responsabilità civile*: parte generale. Torino: UTET, 2010.

ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*: aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2014.

BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 1970.

BONO, Roberta. Il danno da demansionamento e da perdita di chance di promozione. *Giurisprudenza italiana*, n. 7, p. 1680, 2016.

BURGOS, Osvaldo R. *Daños al proyecto de vida*: reparación integral, crisis de la responsabilidad civil, nuevos danos, nuevos daños, proyecto vital y calidad de vida, jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH, cómo plantear la pretensión, pautas para resarcir. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica da jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, p. 139-171, ago. 2012.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23.05.1990.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

DE CUPIS, Adriano. *El daño*: teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1975.

ERAZO, Ignacio Ríos; GOÑI, Rodrigo Silva. La teoría de la pérdida de la oportunidad según la corte suprema. *Revista de Derecho*: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 7, p. 165-178, jul. 2015.

FAJNGOLD, Leonardo. Premissas para aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 69, p. 69-102, set. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico*: parte general del derecho civil. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. t. 2.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 169-179, out.-dez. 1997.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 883, p. 9-56, maio 2009.

_____. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008.

GENICOT, Gilles. L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin. Note sous Liège, 22 janvier 2009. *Revue de Jurisprudence de Liège*, Mons et Bruxelles, n. 25, p. 1167, 2009.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5, 2011, Brasília, DF. *Anais...* Apresentação Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: CJF, 2012.

JOURDAIN, Patrice Obligations et contrats spéciaux: responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*: RTDciv, Paris, n. 2, p. 380-394, avril-juin 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LÓPEZ MESA, Marcelo J.; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

MACIEL, José Alberto Couto. O dano moral na justiça do trabalho e o poder de comando do empregador: previsões legais de indenização. *Justiça do Trabalho*, v. 24, n. 279, p. 15-17, mar. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 2.

_____. Prefácio a Rafael Peteffi da Silva (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*). In:_____ (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 28-46, jul.-set. 2005.

OSTERLING PARODI, Felipe; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, año 52, n. 39, p. 51-66, oct. 2002.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PHILIPPE, Denis. Quelques réflexions sur la perte d'une chance e le lien causal. *Revue de Droit Commercial Belge*, v. 119, n. 10, p. 1004-1013, Déc. 2013.

PONTECORVO, Armando. La responsabilità per perdita di chance. *Giustizia Civile*, p. 449, ottobre 1997.

ROCHA, Nuno Santos. *A perda da chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2015.

RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. Pérdida de una chance: su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*: Escuela de Postgrado, Santiago, n. 2, p. 251-264, Dic. 2012.

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

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 2.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil: mora, perdas e danos, juros legais, cláusula penal, arras ou sinal. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Renato de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 36, p. 24-49, 2006.

SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 68, p. 13-32, jul.-set. 2006.

SINDRES, David. Exposition à un risque et perte de chance: un couple mal assorti? *RTDCIV: Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 25-48, janv.-mars 2016.

SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 49-75, ago. 2014.

STIGLITZ, Ruben S.; STIGLITZ, Gabriel. *Responsabilidad precontractual*: incumplimiento del deber de información. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

TELLER, Marina. La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter. *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n. 4, p. 4-5, 2013.

TEPEDINO. Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 3-19, abr.-jun. 2001.

UNIDROIT. Principes d'UNIDROIT: relatifs aux contrats du commerce international. Rome, 2010. Disponível em: <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006.

COORDENAÇÃO
LUIS FELIPE **SALOMÃO**
FLÁVIO **TARTUCE**

# DIREITO CIVIL
# DIÁLOGOS
## ENTRE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

gen | atlas

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito civil**: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018. p. 439-474.