

# APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

FIGUEIREDO, Bruna Dias Araújo

---

**Resumo:** Na aplicação da “teoria da perda de uma chance”, quais são os critérios escolhidos pelos tribunais brasileiros? Para que tal objetivo fosse alcançado, foi utilizado uma metodologia exploratória, com base no estudo da legislação brasileira, da doutrina e da jurisprudência, expondo os critérios utilizados para a aplicação da referida teoria. O intuito do trabalho foi o de contribuir para a sociedade acadêmica e para a sociedade em geral sobre este instituto. Em tal estudo conclui-se que os tribunais pátrios têm utilizado critérios específicos, tais como a seriedade da chance, bem como a análise do percentual de probabilidade que a vítima teria de alcançar a vantagem, sendo que o que será analisado para a reparação não é a vantagem em si, mas sim a oportunidade perdida.

**Palavras-chave:** Teoria da perda de uma chance. Responsabilidade civil. Aplicação. Critérios.

**Abstract:** In the application of the "loss of a chance theory", what are the rules chosen by the Brazilian courts? In order to achieve this purpose, an exploratory methodology was used, based on the study of Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence, exposing the rules used for the application of this theory. The aim of the work was to contribute to the academic society and society in general about this institute. In such a study it is concluded that the courts have used specific rules, such as the seriousness of the chance, as well as the analysis of the percentage of probability that the victim would have to reach the advantage, and what will be analyzed for the repair is not the advantage itself, but rather the missed opportunity.

**Keywords:** The Loss of a chance theory. Civil responsibility. Application.

**Palavras iniciais**

O presente artigo abordará sobre a aplicação da teoria da perda de uma causa nos tribunais do Brasil, assim como suas especificações e critérios para utilização de tal espécie de dano que ainda é novo no país.

Este estudo é de suma importância por se tratar de uma evolução da responsabilidade civil que agora está muito mais ampla e que alcança meios jamais cogitados conquistar antes como ser ressarcido pela possibilidade de perda de uma vantagem ou de evitar um prejuízo pela ação ou omissão de outra pessoa. Esta indenização, porém, só será devida em caso de uma chance real e séria.

Entretanto, ocorre que a doutrina brasileira não está de completo acordo sobre este instituto devido a falta de casos e parâmetros semelhantes, assim como a jurisprudência, que ainda tem dificuldade de definir a quantia indenizatória para cada caso, visto que ainda é uma teoria nova abordada no Brasil e devido a sua subjetividade.

Nesse trabalho, então, será abordado a seguinte questão: Como se dá a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito brasileiro?

Os objetivos deste estudo serão abordar a conceituação da “teoria da perda de uma chance”, assim como apresentar um pouco mais este instituto a sociedade acadêmica, visto que ainda é um tema novo abordado no Brasil e mostrar casos na jurisprudência em que esta teoria foi aplicada.

A construção desse estudo se deu pelo método exploratório através de leitura de outros artigos, documentos e demais textos.

## **Conceituação e aspectos gerais**

A reparação de dano antigamente era muito ligada ao sentimento de vingança e não a uma reparação pecuniária que é o mais comum nos dias atuais, vide o conceito dada pelo professor Silvio de Salvo Venosa que diz: “(...) É a

configuração de uma perda em prejuízos. Lucro cessante constitui a indenização de que a lei fala no que a parte razoavelmente deixou de lucrar.”<sup>1</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro as espécies de dano indenizáveis são os danos morais e materiais provenientes de ato ilícito como é assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, V: “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”

O código civil também aborda sobre estas espécies de dano em seus artigos 186 e 927, sendo que o artigo 186 consta o conceito de ato ilícito, que é o elemento essencial para o ressarcimento de um dano.

Segundo a Professora Maria Helena Diniz, dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil que é conceituada pela mesma como: “[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).”<sup>2</sup>

Como as leis brasileiras em sua maior parte são influenciadas no direito de diversos países, eis que outra inspiração para integrar nosso sistema surge: a teoria da perda da causa. Originária do Direito Francês em 1965 em sua corte e conhecida como *perte d' une chance*, a teoria da perda de uma causa é a possibilidade de uma pessoa ser ressarcida pela perda da possibilidade de conquista de uma vantagem ou de se evitar um prejuízo causado por terceiro.

Entretanto, há critérios para a concessão desta indenização, que necessita de um fato real e sério. Para tal regalia é mister a análise do caso concreto, pois só assim o magistrado irá observar se realmente houve uma possibilidade real ou séria para a aquisição ou frustração de determinado acontecimento.

[...] para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Devem ser analisados requisitos básicos como os de que as chances sejam sérias e reais, bem como a quantificação das chances perdidas, onde a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da

---

<sup>1</sup> **VENOSA, Silvio de Salvo.** Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 1ª. ed. São Paulo, Atlas.

chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. ( PETEFFI, 2012).

A indenização nada mais é que o valor da chance que lhe foi retirada, não sendo, portanto, o valor da vantagem perdida, visto que esta não foi conquistada pela pessoa em decorrência de ato ilícito de um terceiro.

Para se caracterizar a teoria perda da chance é necessário o desaparecimento desta probabilidade de acontecer o benefício futuro para a vítima como a chance de progredir no trabalho ou de vencer em uma competição.

Na corte de cassação francesa, o caso discutido foi acerca de um médico que se equivocou no diagnóstico de um paciente lhe retirando as chances de tratamento de uma doença.

No tribunal brasileiro sua primeira menção a teoria da perda de uma chance se deu por um recurso de um erro médico que ao fazer uma operação no paciente para correção de grau de miopia, resultou em aumento de hipermetropia e lesões em sua córnea, caso típico de responsabilidade civil. Esse caso foi mencionado pelo então desembargador do tribunal de justiça do rio grande do sul em acórdão de 1990.

Tangente a natureza jurídica desta teoria, a doutrina é completamente oscilante, pois há quem diga que se enquadra em dano moral, outros em lucro cessante e há quem diga que é classificado como dano autônomo.

Como há tanta divergência doutrinária, ocorre a dificuldade dos tribunais de enquadrar a teoria da perda da chance, o que pode inviabilizar a procedência da demanda dependendo de como for vista pelo magistrado que a julgar.

## **Legislação e jurisprudência**

Como a teoria da perda de uma causa é relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, não há lei ou artigo específico que conste sobre tão instituto, portanto, utiliza-se da analogia para sua aplicação no artigo 5º, V e X da

Constituição da República e artigos 186 combinado com o 927 e artigo 402 do Código Civil.

Na jurisprudência, percebe-se que na maioria dos tribunais brasileiros há a aplicação da teoria da perda de uma chance, mas em pouca quantidade. Segue abaixo alguns acórdãos onde a teoria da perda de uma chance foi utilizada:

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo entende a teoria como sendo uma espécie de dano autônomo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO - ADVOGADO - LEGITIMIDADE - SINDICATO - INÉRCIA - PRESCRIÇÃO - DEMANDA TRABALHISTA - PERDA DE UMA CHANCE - RESPONSABILIDADE DO SINDICATO E DO ADVOGADO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA. [...] O não ajuizamento de demanda trabalhista dentro do prazo prescricional causou ao sindicalizado prejuízos materiais e morais, sendo que os materiais decorrem da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance e os morais decorrem da frustração sofrida pela parte que, após nutrir expectativas acerca de eventual condenação de ex-empregador na Justiça Laboral, toma conhecimento de que não será mais possível o ajuizamento da demanda em razão do decurso do prazo previsto para tanto. Considerando que havia uma real chance do autor ser beneficiado pela condenação trabalhista, caso a demanda houvesse sido ajuizada dentro do prazo prescricional previsto para tanto, a fixação do dano material no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para indenizar a perda da oportunidade do ajuizamento da ação. Na fixação da verba indenizatória a título de dano moral, seguem-se os ditames do art. 944 do CC/02, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade recomendados pelo C. STJ e, no caso concreto analisado, é suficiente e necessária a fixação do valor de R\$ 2.000,00. Recurso provido. Sentença reformada. TJES - Apelação Cível nº024030214407, 17/08/2010, Primeira Câmara Cível – Rel. Carlos Simões Fonseca. (ESPÍRITO SANTO, 2010).

Trata-se do não ajuizamento de demanda trabalhista dentro do prazo prescricional, causando ao sindicalizado prejuízos materiais e morais. Fora reconhecida a existência de danos materiais decorrentes da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance e morais decorrentes da frustração sofrida pela parte ao tomar conhecimento de que não seria mais possível o ajuizamento da demanda em razão do decurso do prazo previsto para tanto. Nesse sentido, fora arbitrado o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela perda da oportunidade do ajuizamento da ação, considerando que havia uma real chance do autor ser beneficiado pela condenação trabalhista, caso a demanda houvesse sido ajuizada dentro do prazo

prescricional previsto para tanto. Quanto ao dano moral, fora fixado o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No próximo julgado, ocorrida a morte de filho único de família de baixa renda, após acidente na linha férrea, e estando a vítima em idade produtiva, houve a presunção de dependência em relação ao filho. Foram acolhidas as espécies de dano moral e material, pelos lucros cessantes e a perda de uma chance, sendo esta entendida como um dano autônomo.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA- TEORIA DO RISCO - ACIDENTE NA LINHA FÉRREA - MORTE DA VÍTIMA - FILHO ÚNICO - MAIOR - DEFICIENTE AUDITIVO - CULPA CONCORRENTE - AUSÊNCIA DE OFENDÍCULOS E SINALIZAÇÃO PARA PEDESTRES - DANOS MATERIAIS - LUCROS CESSANTES - PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Nexo de causalidade entre o dano e o ato omissivo da companhia caracterizado. Teoria do Risco. 2- Os fatos ainda demonstram a existência de culpa concorrente, elisiva da culpa exclusiva da vítima. 3- Deficiência auditiva da vítima não é suficiente para excluir a responsabilidade de manutenção de cercas, passarelas e sinalização adequada. 4- Filho único de família de baixa renda, em idade produtiva, presunção de dependência em relação ao filho. Dano material por lucros cessantes, pela perda de uma chance. Dano moral configurado. 5 - Honorários deve obedecer a condenação. 6- Recurso parcialmente provido. TJES - Apelação Cível nº14050013482, 24/03/2006, Segunda Câmara Cível – Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. (ESPÍRITO SANTO, 2006).

Já no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os julgados acolheram a teoria da perda de uma chance, entretanto a enquadraram como dano moral, como pode ser visto abaixo, assim como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como será apontado a seguir:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO INOMINADO. APELAÇÃO CÍVEL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL. CABIMENTO.1. DA FUNGIBILIDADE.2. DO AGRAVO RETIDO3. DA RELAÇÃO DE CONSUMO4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL5. DO DANO MORAL6. CONCLUSÃO. [...] 4. Indiscutível o dano causado pela recorrente à autora. Aplicação da teoria da perda de uma chance, pois de acordo com a prova dos autos se o diagnóstico realizado no primeiro momento fosse preciso, possivelmente o procedimento seria mais conservador, sendo desnecessário procedimentos invasivos e danosos como os suportados pela autora.5. Manutenção do dano moral no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), face às peculiaridades do caso concreto.6. Recurso que não segue. TJRJ - Apelação Cível nº

0001629-23.2004.8.19.0209, 06/10/2010, Décima Quarta Câmara Cível - Des. Jose Carlos Paes. (RIO DE JANEIRO, 2010).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO PRIVADO DE EMERGÊNCIA MÉDICA. DEMORA NO ATENDIMENTO. FALECIMENTO. FALHA DO SERVIÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. Caso em que a parte autora se desincumbiu do ônus que lhe competia, isto é, demonstrou a existência do dano (morte). Causalidade compreendida a partir da teoria da perda de uma chance. Deficiência da prestação do serviço, pois o autor, com a expectativa de aguardar poucos minutos para ver seu pai atendido, em virtude da prévia contratação entabulada, foi obrigado a esperar por quase uma hora os serviços contratados. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. TJRS - Apelação Cível nº 70040330409 Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Nona Câmara Cível. Julgado em 23/11/2011. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais se manifestou a respeito da perda de uma chance como um dano autônomo, mas os casos de sua aplicação foi enquadrado dentro dos lucros cessantes.

EMENTA: INDENIZAÇÃO - QUEDA DE FOGUEIRA MONTADA EM FESTA ORGANIZADA PELO ENTE MUNICIPAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 37, § 6.º, DA CR/88) - QUEIMADURAS - DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS - DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES - CONFIGURAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE - DEVER DE INDENIZAR. Comprovados o liame de causalidade entre a conduta da pessoa jurídica de direito público e o dano ocorrido, não tendo se verificado a ocorrência de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade, tem-se por certo o dever de reparação. O valor do dano moral deve ser fixado de forma a compensar a vítima pela dor e sofrimento experimentados e, ao mesmo tempo, desestimular o causador do dano a reiterar na conduta lesiva. Quando passíveis de identificação em separado, é cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos, mesmo que decorrentes do mesmo evento. O deferimento dos danos materiais e dos lucros cessantes fica condicionado à demonstração do efetivo prejuízo suportado pela vítima. A perda de uma chance verifica-se quando se dá a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício sério e real, em virtude da ocorrência de um ato de terceiro. TJMG - Numeração Única: 5832372-96.2005.8.13.0024, 03/05/2011 - Relator: Des.(a) Geraldo Augusto. (MINAS GERAIS, 2011).

Como observado nos acórdãos acima, a teoria da perda de uma chance é sim reconhecido por alguns tribunais brasileiros, porém, ainda há muita oscilação no que tange a sua natureza jurídica, o que ocorre também entre a doutrina.

Há tribunais brasileiros em que nunca foi mencionada a perda de uma chance, mas este é um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico

brasileiro e tende a aumentar sua incidência, uma vez que abrange uma maior oportunidade de ressarcimento para a pessoa prejudicada.

### **Crítérios para a aplicação da teoria da perda de uma chance**

Como visto no capítulo anterior, a Teoria da perda de uma chance ainda é pouco utilizada no Brasil e quando utilizada, há divergência no que tange a sua classificação, por isso os critérios para a sua aplicação varia de acordo com o entendimento de cada tribunal.

Logo, se a perda de uma chance for considerada como lucro cessante, será necessária a comprovação de forma inequívoca que o resultado esperado teria sido obtido se não houvesse a interferência por parte do agente. Sob esta análise, torna-se difícil a prova do dano, pois este é embasado numa situação hipotética, baseado em probabilidades. (MELO, 2007).

De outra forma, se for equiparada ao dano moral, estará tratando teoria da perda de uma chance como um instituto sem importância, apesar de sua necessidade. Se faz importante a distinção entre os institutos, pois, enquanto o dano moral deriva da violação de um bem que está ligado à personalidade, na perda da chance, o dano decorre da frustração de um interesse do indivíduo, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

Caso a teoria seja aplicada como um dano autônomo, deverá seguir os seguintes critérios analisando o caso concreto:

a) Se as chances são sérias e reais, não incluindo meras expectativas, “para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”. (SILVA, 2012).

b) A questão da probabilidade, onde será verificada, de acordo com regras de estatísticas, percentuais maiores ou menores de probabilidade que a vítima teria em alcançar a chance perdida. Segundo Sérgio Savi, “somente será possível indenizar a chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de



conseguir a vantagem esperada era superior a 50%". (SAVI apud FARIAS E ROSENVALD, 2007, p. 510).

c) Quantificação das chances perdidas, em que prescreve como regra fundamental, que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. (SILVA, 2012).

Insta salientar o caso de maior repercussão sobre a teoria no Brasil julgado pelo STJ sobre o programa de televisão "Show do Milhão" onde foi utilizado o critério da probabilidade ao caso concreto:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. 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. (STJ-REsp. nº 788459/ba; Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 13/03/2006, p. 334). (BRASIL, 2006).

Por conseguinte, não há dúvidas quanto ao cabimento da devida reparação ao lesado, pois o fato deste ter sido impedido de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo pela ação ou omissão de outrem, por si, já caracteriza este direito, onde o dano já está configurado, na proporção que couber a cada caso, desde que as chances forem sérias e reais. Entretanto, para que ocorra a reparação, faz-se necessário a adoção de critérios específicos sobre as peculiaridades do instituto, para que sua aplicação ocorra da melhor forma.

## **Conclusão**

Como foi disposto neste artigo, teoria da perda de uma chance nada mais é que a vítima ser ressarcida pela perda da possibilidade de ganho ou prevenção de um prejuízo causado pela ação ou omissão de um agente.

Esta teoria é um instituto que ainda está se integrando ao ordenamento jurídico brasileiro e por esta razão ainda há muita divergência tanto doutrinária como jurisprudencial a respeito de sua natureza jurídica e aplicação.

Foi analisado várias decisões dos tribunais que abordaram a perda da chance como sendo um instituto próprio assim como decisões que a colocaram como pertencentes a institutos já existentes, como o dano moral e lucro cessante.

Ainda foi visto que se a teoria for analisada como um dano autônomo, deverá analisar o caso concreto de acordo com os critérios específicos abordados pela doutrina como a ocorrência de fato real e sério.

Por conseguinte ao ser aplicada a teoria da perda de uma chance, e sendo esta o objeto da indenização, os critérios mais utilizados pela jurisprudência brasileira são a análise da seriedade da chance, o cálculo do percentual de probabilidade de obtenção da vantagem, e ainda a premissa de que o valor a ser indenizado deverá ser sempre inferior ao valor que a vítima teria de fato, pois a reparação almejada não é a vantagem em si, mas a oportunidade que fora tirada por terceiro.

## Referencias

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**.  
\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso conhecido e, em parte, provido. REsp. nº 788459/BA. BH Utilidades Domésticas Ltda e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 13 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Recurso conhecido e, em parte, provido. Apelação Cível nº 14050013482. Companhia vale do Rio Doce e Neusa de Sousa Pimentel. Relator Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. 24 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Recurso conhecido e negado provimento. Apelação cível nº 0001629-23.2004.8.19.0209. O Aleph Patologia Cirúrgica e Citopatologia Ltda e Luciene Britto Batista. Relator Des. Jose Carlos Paes. 06 out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelo parcialmente provido. Apelação Cível nº 70040330409. Paulo Antunes de Oliveira Rosa e Rio Grande Emergências Médicas Ltda. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. 23 nov. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.  
<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/teoria-da-perda-de-uma-chance.html>  
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>  
<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=951>