

# **O INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

**ZIZETTE BALBINO FERREIRA**

**RESUMO:** Há uma grande discussão jurídica derredor da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance, apenas recentemente incorporado ao Direito Brasileiro. O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já demonstrou, através de seus recentes julgados, entendimento no sentido de enquadrar o instituto em uma modalidade de dano autônomo. Esse posicionamento se aponta como uma grande tendência atual para a doutrina e jurisprudência pátria.

Palavras-Chaves: Perda de uma Chance; Natureza Jurídica; Dano Autônomo.

**SUMMARY:** There is a big legal discussion round about the legal nature of the institution of a loss of chance, only recently incorporated into Brazilian law. The Superior Court, however, has demonstrated, through his recent trial, fall within the terms of the institute in a form of self harm. This position is pointed as a major trend for the doctrine and jurisprudence homeland.

**Key Words:** Loss of a Chance; Legal nature; Damage Independent

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 DANO MATERIAL; 2.1. LUCRO CESSANTE; 2.2 DANO EMERGENTE; 3 DANO MORAL; 4. DANO AUTÔNOMO; 5.CONCLUSAO

## 1. INTRODUÇÃO

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do direito, como aponta Maurício Godinho Delgado (2007, p. 70):

Consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.

As controvérsias acerca da possibilidade de indenização decorrente da perda de uma chance residem justamente na sua natureza jurídica, já que é esta que determina a essência do instituto no mundo jurídico.

Desta forma, o presente capítulo buscará uma sistematização da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance, trazendo os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais que ora classificam-na como dano material, distinguindo-a nas modalidades lucro cessante e dano emergente, ora como dano moral ou ainda como um dano autônomo.

## 2. DANO MATERIAL

Os danos materiais configuram prejuízos que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado, ensejando em perdas e danos. As perdas e danos, por sua vez, compreendem o dano emergente e o lucro cessante.

Dano emergente ou dano positivo constitui a efetiva diminuição patrimonial sofrida pela vítima, consistindo na diferença entre o que a mesma possuía antes do ato ilícito e o que passou a ter depois.

Lucro cessante, em seu turno, também denominado dano negativo, abrange o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em decorrência do ato ilícito, ou seja, a frustração da expectativa do lucro ou a perda de um ganho esperado.

No que tange à perda de uma chance, há posicionamentos que defendem que este instituto possui natureza jurídica de dano material sob a modalidade lucro cessante e outros, diferentemente, acreditam que este se encaixa na subespécie dano emergente.

### 2.1. LUCRO CESSANTE

Para os partidários desse entendimento a perda de uma chance não enseja para o ofendido em um desfalque patrimonial imediato, apenas frustra da vítima a expectativa real de um ganho futuro, tendo em vista o fato externo que

modificou o curso normal dos acontecimentos, afigurando-se assim como lucro cessante.

Ademais, ambos os institutos apresentam dificuldades no que tange à prova do dano, pois sempre se questionará quanto à possibilidade de ocorrência de um caso fortuito ou força maior que pudesse modificar o curso natural dos acontecimentos, assim como defende Sérgio Savi (2009, p. 14):

Seja no caso de lucro cessante, seja no caso de perda de uma chance, restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse. Afinal, aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que a possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa.

Portanto, diante da dificuldade probatória nas situações que envolvem lucro cessante e perda de uma chance, vem se exigindo apenas uma prova de verossimilhança das alegações e não a certeza de configuração do dano propriamente dita, pois obstaría a vítima de demonstrar o prejuízo sofrido, conforme aponta o doutrinador italiano Bocchiola, em sua obra “Perdita di una chance e certezza del dano” (SAVI, 2009, p. 15).

Nesse sentido, embora inexista certeza absoluta quanto ao resultado final almejado entende-se que tanto as vítimas de lucro cessante, como as vítimas da perda de uma chance devem ser reparadas da lesão causada. Essa indenização deve ser calculada com base em critérios aproximativos, utilizando-se de estatísticas e probabilidades, alcançando assim um resultado muito próximo da realidade, haja vista que critérios absolutos não são considerados imprescindíveis para a prolação de uma decisão judicial.

José de Aguiar Dias admite a responsabilização do advogado por negligência no cumprimento do mandato, mas não reconhece a sua condenação devido à dificuldade que o cliente prejudicado teria em provar que se o recurso tivesse sido devidamente preparado no prazo legal, seria, de fato, conhecido e provado pela superior instância.

Dessa forma, Aguiar Dias (1995, p. 296) exige a prova efetiva do prejuízo do demandante, acabando por enquadrar a perda de uma chance como lucro cessante, como se pode observar do trecho a seguir:

Se o advogado, porém, deixa de recorrer, não obstante os desejos do cliente, incorre em responsabilidade. [...] Não há advogado digno desse título que não avalie a gravidade da falta de não preparar o recurso. Contudo – e é o que sucederá na maioria dos casos – o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente, possível uma condenação.

Nesse mesmo sentido, Sérgio Novais Dias (1999, p. 66), ao abordar o tema da responsabilidade civil do advogado em razão da perda de prazo para interposição de recurso, trata da perda de uma chance como se fosse uma espécie de lucro cessante, defendendo que, para que o advogado negligente seja obrigado a indenizar o seu cliente, deve haver a comprovação da suposta certeza “relativa”, de que, se o recurso fosse de fato interposto, obteria êxito.

Para este autor, deve o juiz responsável pelo julgamento da referida pretensão indenizatória, realizar um juízo de probabilidade de provimento do recurso que deveria ter sido interposto. Caso houvesse grandes chances de alcançar um resultado positivo, o advogado deverá indenizar o cliente no valor correspondente ao que ele receberia caso vencesse a demanda judicial. De outro modo, havendo remotas chances de sucesso, o cliente não receberia nenhum valor a título reparatório:

Constatada a existência do dano, bem como a falta cometida pelo advogado que causou a perda de uma chance, o estudo que se segue, importante e complexo, é o exame do *nexo de causalidade*. Caberá ao juiz decidir se o dano ocorrido decorreu realmente – num juízo de probabilidade – do ato ou omissão do advogado. Será preciso, pois, reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta a julgamento para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente. (DIAS, 1999, p. 67)

Por sua vez, Carvalho Santos (1956, p. 321-322), ao comentar sobre o tema da responsabilidade do advogado negligente exposto alhures, também se

posiciona tratando o instituto da perda de uma chance como lucro cessante, em que pese, o mesmo defender que diante da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade, não haveria direito decorrente das chances perdidas:

[...] parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada.

Sendo assim, ao exigir a prova de que o recurso, caso fosse interposto, obteria êxito, Carvalho Santos inviabiliza qualquer pretensão indenizatória decorrente da chance perdida, devido à impossibilidade probatória do ofendido.

Dessa forma, pode-se concluir que os autores que exigem a prova efetiva do prejuízo ocorrido para somente a partir desta ser possível requerer indenização decorrente da perda de uma chance, classificam-na como uma espécie de lucros cessantes. Segundo esse posicionamento, o ofendido dificilmente seria indenizado da lesão causada dada a impossibilidade de fazer prova do evento futuro e incerto.

## 2.2. DANO EMERGENTE

O autor italiano Adriano De Cupis foi quem, de forma pioneira, enquadrou a perda de uma chance como uma espécie de dano emergente, demonstrando a existência de um prejuízo distinto do resultado final. Ao defender que embora a vitória fosse incerta, mas que a possibilidade de vitória já existia no momento da ocorrência do fato danoso, afastam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito do ofensor e a lesão causada.

Aqueles que se posicionam desta maneira entendem que o instituto da perda de uma chance não deve ser classificado como lucro cessante em razão

das objeções que cercam os seus elementos, haja vista que a comprovação fática do resultado final almejado pelo ofendido restará dificultada ou mesmo impossibilitada.

Outrossim, os defensores dessa teoria entendem que a oportunidade deve ser vista como um bem que fazia parte do patrimônio do sujeito antes da ocorrência do ato ilícito e que apenas em razão deste foi perdida, não repercutindo sobre um benefício a conseguir, mas sobre uma importância já existente e que já era de propriedade do sujeito.

De acordo com Adriano De Cupis, citado por Sérgio Savi (2009, p.112):

A chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

Dessa maneira, esse posicionamento está em completa consonância com o conceito econômico de bem. Segundo Francisco Amaral (2002, p. 299): “bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico.” O bem não necessariamente precisa ser materializado para ser entendido como tal, existindo bens que, apesar de não possuírem existência corpórea, fazem parte do patrimônio do sujeito de direitos, tais como as expectativas de direito de valor econômico, que podem ter o seu valor variado de acordo com a possibilidade de realização da condição.

Assim, a perda de uma chance é considerada, por esses autores, como um dano presente, tendo em vista que a chance, de maneira geral, se perde, quando da ocorrência do evento danoso, comprovando, assim, a existência e a certeza dos danos requeridos.

Além disso, importante observar que em se tratando de lucros cessantes, o autor deve comprovar os pressupostos e requisitos imprescindíveis para o cálculo do montante devido. Por outro lado, no que tange às situações em

que se verifica a perda de uma chance, não existem parâmetros capazes de demonstrar o dano final.

Com base nesses argumentos, Bocchiola, autor italiano citado por Sérgio Savi (2009, p. 18), defende que a perda de uma chance jamais poderá ser indenizada como lucro cessante, concluindo que:

(i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de conseguí-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo *chance* não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

Assim, para os adeptos desta corrente doutrinária, a fim de solucionar os obstáculos impostos à pretensão indenizatória decorrente da perda de uma chance, esta deve ser enquadrada como dano emergente e não como lucro cessante, tornando assim muito mais tranqüila a admissão da possibilidade de indenização nesses casos.

### 3. DANO MORAL

Existem ainda posicionamentos que defendem que a perda de uma chance constituiria um “agregador do dano moral”. Esses autores argumentam que, muitas vezes, a dor sofrida pelo ofendido não pode ser auferível pecuniariamente, razão pela qual a perda da chance não poderia ser enquadrada exclusivamente como uma espécie de dano patrimonial.

Antônio Jeová Santos (1999, p. 110) é um dos adeptos a essa corrente doutrinária e traz em sua obra o exemplo de um violinista ganhador de vários prêmios de música, com grandes perspectivas de uma carreira de sucesso



e, que, devido a um acidente, teve os tendões do seu braço rompidos, impedindo-o de continuar tocando violino. Segundo o autor, a vítima possuía expectativas sérias e reais de constituir êxito como músico, devido ao seu histórico de conquistas e reconhecimento profissional, interrompido pelo infortúnio que o impossibilitou de permanecer na sua caminhada rumo ao sucesso. Sendo assim, para o doutrinador, a perda de uma chance, não sendo mera suposição, funcionará como agregador do dano moral.

Portanto, para aqueles que defendem a natureza da perda de uma chance como dano moral, entendem que não existem parâmetros objetivos capazes de mensurar o valor indenizatório devido. Contudo, se o ofendido foi impedido de conquistar uma vitória provável ou de evitar um prejuízo em decorrência de um ato ilícito praticado, a chance foi perdida e o ato do ofensor não pode restar impune.

Nesse mesmo sentido, diversos Tribunais brasileiros vêm conceituando a perda de uma chance como uma espécie de dano moral, entendendo que a frustração da chance séria e real apenas deve ser considerada como um agregador do dano moral, repercutindo, assim, no *quantum* indenizatório devido. Nesse esboço, pode-se observar os julgados a seguir:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. **DANO MORAL CARACTERIZADO** E JÁ RECONHECIDO. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA JUNTO AOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. **DANO MORAL PURO**. EMPRESA QUE NÃO ADOTOU AS CAUTELAS NECESSÁRIAS PARA EVITAR A COBRANÇA INDEVIDA. PERDA DE CHANCE DE NEGÓCIO. **DANOS MATERIAIS. INOCORRENTES**. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DOS DANOS SUPOSTOS. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71002694438, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 30/09/2010)<sup>1</sup>

Conforme se extrai da simples leitura da ementa, a autora da ação foi inscrita indevidamente nos órgãos de proteção ao crédito, SPC e Serasa, e devido

---

<sup>1</sup> <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris> acesso: 09/10/10 , às 11:33.

a isso perdeu a oportunidade de celebrar diversos negócios jurídicos. Assim sendo, entendeu a Primeira Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul que a recorrente fazia jus apenas a danos morais, que já haviam sido reconhecidos em instância inferior, mas não deu provimento aos danos materiais requeridos em virtude da falta de prova cabal que demonstrasse suficientemente os danos patrimoniais sofridos. Nesse sentido, confira-se o trecho do voto do relator:

Não merece provimento o recurso interposto.  
É sabido que para o conhecimento de lucros cessantes é necessária a produção de prova cabal. Somente elementos objetivos, concretos, ou indícios veementes, dariam conformação à situação determinada, conferindo-lhe certeza, a partir da qual, então, se poderia tentar quantificar os danos infligidos. [grifamos]

Portanto, há que se dizer que a Turma Recursal supracitada, desconsiderou o dano material decorrente da perda de uma chance, pois o enquadrou na modalidade lucro cessante, exigindo assim, a produção de prova cabal para a sua configuração. Assim, como nas situações que envolvem perda de uma chance a prova cabal resta impossibilitada, não haveria que se falar em dano material.

#### 4. DANO AUTÔNOMO

Ao posicionar a perda de uma chance como um dano autônomo, afirma-se que este instituto representaria uma terceira espécie de dano, ensejando apenas especificamente um dano moral ou exclusivamente uma lesão à esfera patrimonial.

Via de regra, as situações que envolvem a perda de uma oportunidade englobam não apenas danos materiais, como também danos extrapatrimoniais. Portanto, limitar a incidência deste instituto a apenas uma dessas hipóteses ensejaria um resultado insatisfatório, violando a noção de justo e

razoável, pois não se estaria amparando os direitos da pessoa humana em sua completude.

Um dos partidários desta corrente doutrinária é Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 74-79) que defende que os casos de perda de uma chance podem gerar danos de natureza distintas, patrimonial e extrapatrimonial, dependendo do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão que tratou do clássico caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance em que o advogado negligente perde prazo para apelação em favor de seu constituinte, reconheceu expressamente a possibilidade do instituto da perda de uma chance ensejar danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, como se pode observar a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- **A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.**

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.  
(STJ, Recurso Especial nº 1.079.1850- MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, *DJ* em 4/8/2009.)

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, no voto que fundamentou o acórdão supra mencionado, não há dúvida de que, em determinados casos, a perda de uma 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.

Portanto, há que se dizer que já existe na doutrina e jurisprudência brasileira, especialmente nos Tribunais Superiores uma forte tendência a se considerar o instituto da perda de uma chance como uma modalidade autônoma de dano. Assim também se posiciona o presente trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

O trabalho visou demonstrar o entendimento adotado pela Doutrina e Jurisprudência acerca do instituto da Perda de uma Chance, recentemente incorporado ao Direito Brasileiro.

Nesse sentido, diversos autores se filiam ao entendimento de que o referido instituto se enquadra na espécie de dano material, uns defendendo que o mesmo se encontra na modalidade lucro cessante, outros, amoldando-o na sub-espécie dano emergente. Há ainda aqueles que consideram o instituto apenas como um mero agregador do dano moral e, por fim, os partidários do entendimento de que a perda de uma chance não se amolda a nenhum dos elementos jurídicos existentes no ordenamento jurídico, constituindo uma modalidade autônoma de dano.

Essa última corrente vem sendo muito aceita pela jurisprudência pátria, já podendo ser expressamente visualizada em recentes julgados brasileiros proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos danos materiais, o presente trabalho se filia ao entendimento de que, quando a expectativa for frustrada, dela decorrerá um dano emergente, e não lucros cessantes, pois a ação ilícita resultou em um dano atual, contemporâneo, que impediu o autor de alcançar o resultado almejado, resultando em um prejuízo iminente.

Ademais, a frustração dessa expectativa, via de regra, pode gerar um grande abalo emocional ao autor, que se vê impossibilitado de atingir a vantagem esperada, dada a conduta ilícita de terceiros, ensejando, portanto, em reparação decorrente de danos morais.

Assim, conclui-se que é mais coerente a posição recentemente incorporada pelo STJ, no sentido de que a perda da oportunidade constituiria uma modalidade autônoma de dano, podendo ensejar, a depender do caso concreto, tanto em danos materiais (na modalidade dano emergente), como em danos morais, não se limitando a apenas uma ou outra espécie de dano.

## REFERÊNCIAS

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado**. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI.

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