

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE CHANCE**

Joana de Oliveira Neuenschwander

Orientadora: Professora Doutora Maria Lurdes Viegas Marques Pereira

Tese elaborada para obtenção do grau de Mestre

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA – ESPECIALIDADE DE  
DIREITO CIVIL

2023

## AGRADECIMENTOS

Ao longo desta jornada acadêmica, fui abençoada com o apoio e amor de muitas pessoas especiais. Gostaria de expressar minha profunda gratidão a todas elas.

À memória da minha querida avó, Conceição, cuja sabedoria e histórias de vida inspiradoras sempre me motivaram a buscar o melhor em mim. Ela sempre nos encorajou a estudar e a morar fora do país, sendo um exemplo inigualável de força e determinação. Seus ensinamentos permanecem vivos em mim e é com imensa gratidão que dedico esta conquista à sua memória. Sei que, de alguma forma, ela está sorrindo lá de cima, orgulhosa de cada passo que dei. Obrigada, vó, por ser minha eterna inspiração.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Lurdes Pereira, por ter aceitado este trabalho e pelas úteis orientações, fundamentais para a conclusão deste.

Aos meus pais, Beatriz e Rodrigo, pelo apoio inabalável, encorajamento constante e pela crença em mim. Sem o amor de vocês, esta jornada teria sido muito mais desafiadora.

À minha irmã, Bruna, que me deu o melhor presente que eu poderia querer, agradeço por estar sempre ao meu lado, ouvindo minhas preocupações e me incentivando, mesmo nos momentos mais difíceis. Sua presença, mesmo que à distância, foi um grande apoio.

Ao meu companheiro, Alexandre, quero agradecer por seu amor, compreensão, encorajamento e apoio durante toda essa jornada. Sua paciência e tolerância foram fundamentais, sem você nada disso teria sido possível.

Aos meus amigos da FDUL, Ana Cristina, Ana Flávia, Carol, Clara, Thaís e Tiago, que compartilharam comigo as alegrias e os desafios desta jornada acadêmica, obrigado por serem uma fonte constante de apoio e amizade.

A todos os amigos e familiares, em especial, Madrinha, Nelson, Dani, Ana Paula, Paulinho, Lila, Elídia, Gui e Lucas, que fizeram questão de me visitar durante o período em que vivi no exterior, cujas presenças tornaram essa experiência ainda mais calorosa e significativa, e por isso, sou imensamente grata.

A todos os que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho, o meu profundo agradecimento. Esta conquista não teria sido possível sem cada um de vocês.

## ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO .....	6
2 RESPONSABILIDADE CIVIL .....	9
2.1 Abordagem Tradicional “Tudo ou Nada” .....	10
2.2 Perda de Chance .....	13
2.3 Origem .....	15
2.4 A Perda de Chance no Direito Português .....	17
3 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DO DANO DA PERDA DE CHANCE .....	24
3.1 Autonomia, Subsidiariedade e Atualidade do Dano .....	24
3.2 Perda de Chance: Dano Patrimonial ou Extrapatrimonial? .....	27
3.3 Dano emergente ou lucro cessante? .....	28
3.4 Posição Adotada .....	31
4 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA .....	33
4.1 Chances sérias e reais .....	33
4.2 Certeza e Irreversibilidade do Dano .....	38
4.3 Quantificação .....	42
5 PERDA DE CHANCE NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES .....	47
6 PERDA DE CHANCE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS .....	67
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	77
REFERÊNCIAS .....	80
Jurisprudência .....	84

## RESUMO

A responsabilidade civil representa uma fonte de obrigações que se fundamenta no princípio da reparação do dano. Isto implica o dever de indenizar os danos causados a terceiros, sendo a compensação pelo dano o foco central deste instituto. Recentemente, tem ocorrido uma transformação significativa na perspectiva da responsabilidade civil, com uma valorização maior da vítima, o que tem gerado uma ampliação gradativa do dano compensável. O surgimento do dano da perda de chance insere-se neste contexto. A perda de chance reconhece a possibilidade de a oportunidade perdida, seja de obter um ganho ou de evitar um prejuízo, ser considerada como um dano ressarcível. Embora tenha sido aceita por parte da doutrina e adotada em diversos países, a perda de chance ainda é um conceito em evolução e enfrenta uma série de desafios conceituais e práticos em sua aplicação. O presente trabalho busca compreender a teoria da perda de chance e as principais discussões acerca da temática. Além de abordar o conceito e a origem da teoria, será discutida a sua natureza jurídica e os critérios que devem ser observados para a sua aplicação. Ademais, serão apresentadas diversas jurisprudências, tanto de Tribunais Portugueses, como de Tribunais Brasileiros, para que seja possível perceber o âmbito de aplicação desta teoria.

**Palavras-chave:** perda de chance; responsabilidade civil; dano indenizável.

## ABSTRACT

Civil liability represents a source of obligations rooted in the principle of damage compensation. This implies the duty to compensate for losses suffered as a result of the other party's action, with the central focus being on the reparation of such damages. Recently, there has been a significant shift in the perspective of civil liability, with an increasing emphasis on the victim's role, which has led to a gradual expansion of compensable damages. The emergence of loss of chance theory is part of this context. Loss of chance acknowledges the possibility that a lost opportunity, whether to obtain a gain or avoid a loss, may be regarded as a compensable form of damage. Although embraced by various legal scholars and adopted in several countries, the loss of chance remains an evolving concept and faces a series of conceptual and practical challenges in its application. This paper seeks to comprehend the theory of loss of chance and the main discussions surrounding this topic. In addition to addressing the concept and origin of the theory, its legal nature and the criteria to be observed in its application will be discussed. Furthermore, various jurisprudences from both Portuguese and Brazilian courts will be presented to provide insight into the scope of this theory's application.

**Keywords:** loss of chance; civil liability; compensable damages.

## 1 INTRODUÇÃO

O termo responsabilidade reflete a noção de responder pelos próprios atos, de assumir as consequências de suas próprias ações, estabelecendo uma fronteira entre o que é permitido e o que é proibido, sendo fundamental para a segurança e a vida em sociedade. A responsabilidade civil responde à seguinte pergunta: a quem devem ser atribuídas as consequências adversas de um dano injustamente infligido a outra pessoa? Desse modo, corresponde ao conjunto de fatos que dão origem ao dever do autor de indenizar o dano causado a outrem em razão de um ato por ele praticado, sendo, portanto, uma das possíveis fontes das obrigações.

Enquanto a doutrina dedicou atenção primordial à ilicitude e à culpa no contexto da responsabilidade civil, o conceito de dano permaneceu em segundo plano. O fato é que, mais recentemente, tem havido um aumento significativo do interesse direcionado ao dano, sendo cada vez mais evidenciado o papel crucial que este assume no contexto da responsabilidade civil. O dano constitui não só um dos pressupostos fundamentais dessa, como a compensação pelo dano emerge como seu objetivo. Afinal, o termo indenizar significa tornar *indene*, isto é, tornar sem dano. Portanto, a responsabilidade civil tem uma função ressarcitória enraizada, tanto pelas normas que estabelecem a obrigação de indenizar como pela própria origem da palavra "indenizar". O dano, por conseguinte, é o elemento fundamental para configurar a obrigação de indenizar, posto que é o dano que se visa eliminar, deslocando-o para a esfera do lesante. Tendo em vista a origem da palavra indenizar, a compensação busca colocar o lesado na situação em que estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido. Desta forma, é feita uma comparação entre a situação real e atual em que o lesado se encontra e uma situação hipotética, também atual, em que este estaria não fosse o evento danoso.

As profundas mudanças ocorridas na sociedade moderna ao longo das últimas décadas, impulsionadas por fenômenos sociais, provocaram uma rápida mudança de paradigma na área da responsabilidade civil, com uma crescente socialização dos riscos. Essa mudança de perspectiva, de um sistema individualista centrado na culpa, para um sistema solidarista de reparação do dano, levou ao surgimento e à expansão de novas formas de compensação, com o objetivo principal de proporcionar ao lesado uma reparação integral pelo prejuízo injustamente sofrido. Houve, portanto, uma mudança significativa no que diz respeito à vítima, que passou

a ter uma posição de destaque. Assim, o foco tem-se recaído mais nesta do que no agente que lhe causou o dano.

Se, historicamente, eram compensados apenas danos tangíveis e diretos, a dinâmica da vida moderna trouxe à tona a necessidade de compensar danos com causas mais abstratas e emocionais. Desse modo, passaram a ser reconhecidos como passíveis de reparação danos como estresse emocional, violação da privacidade, quebra de confiança, perda de chance, dentre outros<sup>1</sup>.

Tendo em vista que o direito está intrinsecamente ligado às pessoas e à sociedade, ele lida com circunstâncias imprevisíveis, devendo oferecer respostas aos problemas advindos dessas e progredir na medida em que o cenário social evolui e se modifica. Nesse contexto, alinhada com a expansão progressiva do dano ressarcível, surge a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Apesar da origem francesa, a doutrina que reconhece a perda de chance como um dano civilmente indenizável tem sido aceita por diversos autores, em diversos países, incluindo Portugal e Brasil. Uma abordagem que, embora enfrente oposição significativa quanto à sua aceitação nos sistemas jurídicos brasileiro e português, devido a diversos fatores, entre eles a omissão legislativa, está ganhando cada vez mais reconhecimento nos tribunais desses países. Ao longo das últimas décadas, a jurisprudência tem concedido importância crescente à perda de chance frente ao surgimento de inúmeros casos nos tribunais.

O presente estudo tem como objetivo a exploração da teoria da perda de chance, que busca oferecer uma resposta à situação em que um indivíduo tinha a oportunidade de obter uma vantagem esperada ou de evitar determinado prejuízo, mas teve essa chance, possibilidade, esperança suprimidas devido à conduta de terceiros. Ou seja, a perda de chance corresponde à subtração de uma possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar a ocorrência de um dano. A aceitação dessa teoria tem sido gradual e, até certo ponto, incipiente, sendo principalmente refletida na doutrina e nas decisões dos tribunais portugueses e brasileiros.

Exemplos comuns de aplicação da teoria ocorrem no caso de erros médicos, negligência do advogado no cumprimento do mandato, jogos de azar, competições desportivas, dentre outros. Nestas situações, em virtude da aleatoriedade do resultado final e, conseqüentemente, da impossibilidade de se estabelecer um nexo causal entre a ação do terceiro e o dano final segundo os moldes tradicionais, considera-se a chance como um bem em si mesmo. A teoria da

---

<sup>1</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book.

perda de chance, pois, reveste a chance de um caráter jurídico, reconhecendo e aceitando a oportunidade perdida enquanto um interesse legítimo violado, sujeito à proteção legal. Todavia, a figura tem sido objeto de debate, não havendo unanimidade em sua aceitação, tornando fundamental compreender sua natureza jurídica, identificar e analisar as principais questões a respeito desta teoria.

O método empregado no presente trabalho é qualitativo e tem um caráter exploratório. Para alcançar esse objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, de modo a permitir uma compreensão aprofundada da teoria da perda de chance, por meio de casos específicos, em que é constatada a aplicação da teoria em comento. O foco principal do trabalho é fazer um panorama da perda de chance, sobretudo em Portugal, tanto no que se refere ao entendimento da doutrina, como ao dos Tribunais. Ademais, foram apresentadas algumas decisões de tribunais brasileiros, para expor como a aplicação da teoria tem sido feita, principalmente, pelo STJ, além de demonstrar, por meio de decisões envolvendo a Administração Pública, o amplo leque de aplicações que a figura possui.

Este trabalho acadêmico está formatado dentro das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e está estruturado em cinco capítulos, para além desta introdução e das considerações finais. O capítulo dois contempla a abordagem tradicional da responsabilidade civil, bem como a perda de chance e a principal doutrina portuguesa sobre a temática. No capítulo três, por sua vez, serão analisadas as características e a natureza jurídica da perda de chance, diferenciando-a de outros tipos de danos no Direito Civil. Já o capítulo quatro aborda quais critérios devem ser adotados quando da aplicação da teoria. Tendo em vista a atualidade do debate acerca do tema, a análise jurisprudencial assume especial relevância. Por isso, nos capítulos cinco e seis são expostas algumas das decisões de Tribunais Portugueses e Brasileiros, em que a teoria em comento é alegada. Por fim, nas considerações finais, serão apresentadas as principais conclusões deste trabalho.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Um paciente é vítima de um erro de diagnóstico pelo médico, resultando na falta de tratamento adequado e na progressão da doença de tal modo que a situação clínica do paciente é agora irreversível. Um candidato inscreve-se em um concurso público, mas é excluído indevidamente do processo de seleção pela entidade organizadora. Um atleta é desclassificado injustamente em um concurso desportivo. Um cavalo de corrida é impedido de correr e perde a chance de ganhar o prêmio. Um advogado, por meio de um cumprimento defeituoso do mandato, perde o prazo para apresentar um recurso; como resultado dessa negligência, impossibilita que seu cliente evite a condenação ou que tenha possibilidade de ganhar a ação, e a decisão desfavorável ao cliente proferida em primeira instância se torna legalmente indiscutível. Em todas essas circunstâncias, a vítima tinha uma expectativa, ainda que incerta, de obter vantagem futura ou evitar prejuízo - expectativa que foi dificultada ou impossibilitada em razão de ato de terceiro. O paciente tinha a expectativa de sobreviver, o candidato tinha a expectativa de ser selecionado para a vaga do concurso, o dono tinha a expectativa de que o cavalo ganhasse a corrida, o cliente tinha a expectativa de ganhar a causa<sup>2</sup>.

Todos esses casos, portanto, têm um ponto em comum: um incidente que atingiu o interesse da vítima perante um evento aleatório que a propiciaria a possibilidade de vir a obter algo benéfico no futuro. O cliente não sabe se seu pedido seria procedente se o advogado tivesse proposto o recurso no tempo correto, o paciente não sabe se teria se curado se diagnosticado tempestiva e corretamente. O fato é que houve um incidente que impediu que se conhecesse o resultado final e, em razão disto, a chance ficou irremediavelmente destruída. O resultado final seria favorável? Não fosse a negligência do advogado, a vítima teria ganhado a ação judicial? Não é possível saber.

A responsabilidade civil, tal qual a conhecemos, fornece uma solução adequada perante um dano certo, que efetivamente ocorreu. Entretanto, o direito não lida bem com eventos aleatórios e incertezas que são inerentes a esses tipos de casos. A natureza incerta desses tipos de conflito, em princípio, não está em conformidade com as normas da responsabilidade civil, que têm uma série de pressupostos, entre eles, o nexo de causalidade. Para que um dano seja indenizável, é necessário, além do cumprimento de outros pressupostos, que exista um nexo de

---

<sup>2</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, v. 922, 2012; ROCHA, Nuno Santos. **A «perda de chance» como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014.

causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Ou seja, a ação ou omissão do responsável deve ter sido a causa direta e efetiva do prejuízo experimentado pelo lesado. Entretanto, nos exemplos acima, não é possível afirmar que o prejuízo experimentado pelo lesado foi causado diretamente pelo lesante, pois nos deparamos com um processo de natureza aleatória. Por essa razão, é difícil estabelecer um vínculo causal entre o comportamento do terceiro e o resultado desejado que não se concretizou, uma vez que, mesmo sem a ocorrência do primeiro, a realização do segundo não era garantida. O comportamento culposos do agente, portanto, não é uma *conditio sine qua non* para a não ocorrência do resultado, tendo em vista que este poderia não se produzir da mesma forma em razão das causas naturais e do comportamento de terceiros. O médico não causou a doença do paciente, apenas reduziu ou anulou as suas chances de cura ao falhar no diagnóstico. O paciente poderia ter igualmente morrido em função da evolução natural da doença, mesmo que diagnosticado corretamente desde o início.

## 2.1 Abordagem Tradicional “Tudo ou Nada”

A abordagem tradicional exige que o dano seja certo, de acordo com uma orientação "tudo ou nada". Sob esta perspectiva, ou não há causalidade e, por conseguinte, nenhuma responsabilidade é imputada, ou então a responsabilidade é total. Essa abordagem não permite, assim, a compensação por perda de oportunidades. Isso significa que, para que a responsabilidade civil seja reconhecida, a probabilidade de causalidade deve ser substancialmente alta a ponto de configurar praticamente uma certeza. O direito é visto enquanto protetor de bens reais, não de meras probabilidades, o que faz com que a abordagem tradicional negue a compensação por mera perda de chance. Todavia, existem abordagens alternativas que buscam uma compensação proporcional com base na probabilidade do dano<sup>3</sup>.

Ao analisar casos como estes mencionados anteriormente sob o prisma tradicional da responsabilidade civil, isto é, sob a aplicação tradicional dos conceitos de nexo de causalidade e dano reparável, a resposta às demandas de reparação feitas pela vítima provavelmente seria negativa — o que, para muitos, pode parecer injusto. Isto porque os juízes não poderiam declarar o réu culpado pela perda do processo, pela ausência da cura, ou pela reprovação no concurso, pois para isto teriam que pressupor que a vítima conseguiria obter aquele resultado esperado não fosse o evento que impediu o curso natural. Assim, tendo em vista que o resultado

---

<sup>3</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil: Estudos**. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

poderia não ter ocorrido devido a fatores aleatórios, isto faria com que a vítima suportasse integralmente os prejuízos oriundos das causas que não pudessem ser imputadas a um terceiro devido à falta de um nexo causal<sup>4</sup>. O cliente não se vê privado de uma causa certa, mas sim privado da oportunidade de competir no jogo, e essa incerteza acarreta um prejuízo concreto<sup>5</sup>.

Tendo em vista que o que está em causa é a perda de uma oportunidade, é impossível determinar com certeza qual teria sido a progressão da doença, o resultado do concurso, o desfecho do julgamento caso o terceiro não tivesse agido de maneira culposa. A aleatoriedade presente na verificação do resultado impede que o dano final seja considerado certo. No âmbito da perda de chance processual, se observarmos o amplo leque de julgamentos, existem cenários extremos em que é inevitável concluir que uma ação judicial é ou evidentemente procedente ou claramente insustentável. Todavia, diante da grande variedade de situações intermediárias, mais presentes no cenário jurídico, a responsabilização só é viável se for devidamente comprovada a existência do nexo causal e a extensão do dano resultante<sup>6</sup>. É o que ocorre na perspectiva tradicional do tudo ou nada. Como evidenciado, a abordagem convencional da responsabilidade civil mostra-se insuficiente para explicar uma série de circunstâncias, entre elas a perda de uma chance.

Entretanto, conforme mencionado por Nuno Santos Rocha<sup>7</sup>, em situações como essas, a dificuldade processual de comprovar a causalidade não descarta a hipótese de que tal causalidade possa ter ocorrido de fato. Nas palavras do autor, essa suposição desempenha um papel significativo no surgimento da teoria da perda de chance, tendo em vista que, por vezes, fere a ideia de justiça que a vítima não receba qualquer compensação por um dano oriundo de uma ação culposa por parte de terceiros — dano este que talvez não tivesse sofrido sem a ocorrência de tal ação. Estatisticamente, é válido questionar quais eram as chances de o lesado obter aquele resultado ou evitar determinado prejuízo, não fosse a atuação do terceiro. A ordem jurídica não pode de forma alguma usar a incerteza e a dificuldade processual como uma maneira de evitar tomar decisões. O Direito deve ser capaz de resolver todos os conflitos apresentados, inclusive aqueles relacionados a eventos imprevisíveis. A estrutura legal moderna, ao contrário do modelo romano, não admite o "*non liquet*", ou seja, não tolera

---

<sup>4</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book.

<sup>5</sup> ZULIANI, Ênio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

<sup>7</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

qualquer lacuna. Por isso, a responsabilidade civil deve incorporar normas que se ajustem à aleatoriedade e sejam capazes de solucionar questões relacionadas aos fatos. Dessa forma, é necessário desenvolver uma nova abordagem, que seja capaz de abranger as diversas situações encontradas na realidade concreta e de se adaptar às exigências provenientes dos novos contextos econômicos e sociais.

Como visto, pelas normas convencionais do ônus da prova, pode ser que seja inviável estabelecer uma relação de causalidade entre o comportamento de terceiro e um dano, como por exemplo a negligência do advogado e a perda do processo, o erro médico e a morte do paciente. Afinal, o médico não causou a doença, apenas não a diagnosticou corretamente. Caso seja observado que o dano teria uma probabilidade maior de não ocorrer não fosse o evento danoso, abre-se espaço para a teoria da perda de chance, pois esta possibilita a consideração de que a conduta em questão privou a vítima de certas oportunidades de evitar aquele prejuízo. Assim, essa perda poderia ser compensada<sup>8</sup>. Dessa maneira, a responsabilidade civil pela perda de chances surgiu como uma técnica para resolver o problema da incerteza da causalidade, da reparação de interesses que envolvam eventos aleatórios.

A teoria da perda de chance visa, assim, assegurar uma reparação justa à parte prejudicada, buscando compensar o valor da chance de que foi indevidamente privada. Para Anderson Schreiber, que se passa a citar, "introduz-se a "chance" no terreno do reparável, com o propósito de assegurar à vítima o ressarcimento integral das perdas sofridas"<sup>9</sup>. No processo de responsabilidade movido contra o profissional do direito, que não interpôs o recurso dentro do prazo, por exemplo, caso seja constatada a real perda dessa oportunidade, o juiz deverá incorporar um segundo ponto de vista dentro da sentença condenatória, ou seja, avaliar a probabilidade dessa oportunidade, isto é, a perspectiva de esta ser favorável, de modo a indenizá-la<sup>10</sup>.

A consideração da chance como ressarcível é importante tanto para evitar que a vítima fique sem uma compensação, como também para evitar uma sobrecompensação indevida<sup>11</sup>. De

---

<sup>8</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. A Perda da Chance na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *In*: SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 196.

<sup>10</sup> ZULIANI, Ênio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves, 2023.

<sup>11</sup> Ideia corroborada por Patrícia Cordeiro da Costa em "A perda de chance - dez anos depois": *A ideia de que alguém apenas deve responder pelos danos que realmente causou é partilhada pela generalidade dos sistemas jurídicos, sendo cara à própria ideia de Justiça. A doutrina da perda de chance surgiu como tentativa de dar resposta a situações em que, por falta de prova do nexo causal (quando entendido com base num juízo de condicionalidade) entre o facto ilícito e um determinado dano, os juristas foram sentindo que a não atribuição de qualquer indemnização ao lesado se traduziria numa solução injusta. Mas, também, e vendo o reverso da moeda,*

acordo com a visão predominante, "tudo ou nada", parte dos Tribunais valorizaria uma chance "*better than even*" como se ela estivesse materializada, tratando-a como uma certeza, em vez de tratar a chance como aquilo que ela é, ou seja, uma chance. Vejamos o caso trazido por Joseph King: suponha que um paciente tenha falecido em razão do rompimento do apêndice que foi negligentemente mal diagnosticado e que o paciente teria 95% de chance de sobreviver se diagnosticado e tratado oportunamente. Nesse caso, segundo o autor, a maioria dos tribunais, com base na abordagem "tudo ou nada", concederia danos com base em 100%. Esse resultado é tão questionável quanto aquele que nega qualquer reparação à vítima pela destruição de uma chance que não era "*better than even*". Ao compensar a chance de 95% como se esta equivalesse a 100%, os tribunais sobrecompensam o autor da ação. Dessa forma, tanto as chances maiores, como as menores, deveriam ser valorizadas conforme a probabilidade de sua ocorrência. Tal abordagem promoveria uma alocação mais precisa das perdas, evitando sub e sobrecompensações<sup>12</sup>.

## 2.2 Perda de Chance

A perda de chance é um conceito importante no âmbito da responsabilidade civil, e diz respeito à possibilidade de indenização quando alguém perde uma oportunidade concreta de obter um benefício ou um resultado favorável, ou de evitar um prejuízo devido à conduta ilícita ou negligente da outra parte. Ou seja, a vítima é prejudicada não por um dano direto e imediato, mas sim pela chance que perdeu, que pode se traduzir tanto na frustração da obtenção de um resultado mais favorável como na oportunidade de evitar um prejuízo, que, em razão do fato antijurídico, se verificou. Portanto, conforme Rute Teixeira Pedro, é possível estabelecer três características centrais nos problemas que chamam a perda de chance à colação<sup>13</sup>: (i) resultado futuro aleatório, cuja verificação é incerta, e que pode corresponder tanto a uma vantagem, como a uma desvantagem; (ii) pessoa em posição de alcançar o resultado almejado ou de evitar que a desvantagem se concretize; (iii) presença de um ato de terceiro que elimine as

---

*de superar a constatação de que a atribuição da indemnização pela totalidade da avaliação do dano nessas mesmas situações, num enquadramento da questão segundo uma visão de tudo ou nada, também se revelaria contrária ao sentido de Justiça.* - COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

<sup>12</sup> KING JR, Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. **Yale Lj**, v. 90, p. 1353, 1980.

<sup>13</sup> PEDRO, Rute Teixeira *apud* MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. **Lições de responsabilidade civil**. Principia Editora, 2017, p. 329.

possibilidades de concretização do resultado de forma irremediável e definitiva, comportamento este que deve ser suscetível de gerar responsabilidade.

Em geral, a perda de chance se refere a uma expectativa razoável de obtenção de um resultado favorável, como, por exemplo, uma chance real de ganhar uma ação judicial, de conquistar uma vaga de emprego, de vencer uma competição esportiva ou qualquer outra situação em que exista uma perspectiva concreta de sucesso.

Devido à aleatoriedade do resultado final, não é possível estabelecer um nexo causal entre o dano final e o comportamento do terceiro. Assim, a chave para entender a teoria está na identificação do elemento a ser indenizado, que se concentra na oportunidade perdida, e não no dano final sofrido pela vítima. A ideia por trás deste método seria o deslocamento do objeto da reparação. Portanto, ao invés de reparar o resultado aleatório, a chance de obtê-lo é que seria indenizada. Desse modo, não seria reparada a morte do paciente, mas sim a perda de chance de cura ou sobrevivência.

O valor deste conceito está justamente em destacar essa situação de esperança perdida, que deixa de ser ignorada por ser apenas uma possibilidade simplesmente porque o juiz não consegue eliminar todas as dúvidas. A chance, assim, é compreendida exatamente como aquilo que ela é, ou seja, como uma situação de probabilidade. Portanto, a perda de chance não é tanto um meio de controlar o acaso, mas sim de levá-lo em consideração. Por conseguinte, por meio desta técnica, a incerteza é incorporada ao processo. Se não é possível saber se, sem o evento danoso, o paciente teria sobrevivido, certo é que ele perdeu a oportunidade de lutar por sua sobrevivência. Nas palavras de Daniel Carnaúba: "Existe uma certeza em todos esses conflitos; a certeza de que a vítima tinha uma chance de alcançar o resultado que desejava, e que essa oportunidade desapareceu, em razão de fato imputável ao réu"<sup>14</sup>. Essa chance, séria e real, caracteriza um dano reparável quando reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Dessa forma, o ponto de referência é um momento no passado: a chance que existia e que agora não existe mais, a oportunidade que foi frustrada. A partir disso, fazem-se projeções do que teria ocorrido não fosse o fato antijurídico que se produziu.

No entanto, a teoria também traz desafios, porque permite que a incerteza seja considerada no campo da responsabilidade, o que entra em conflito com as condições

---

<sup>14</sup> CARNAÚBA, Daniel Carnaúba, 2012, p. 2.

tradicionais da responsabilidade, como a necessidade de prova do dano e do nexos causal, ambos sujeitos à exigência de certeza.<sup>15</sup>

### 2.3 Origem

A origem da teoria da perda de uma chance remonta ao direito francês, sendo conhecida pela expressão "*perte d'une chance*". O termo francês *chance*, que tem origem no latim *cadere*, que significa "cair", denotava originalmente a forma como os dados caíam, a forma como os acontecimentos ocorriam. Essa etimologia revela a neutralidade inicial do termo que, em princípio, dizia respeito à ocorrência de um evento favorável ou desfavorável. No entanto, a noção assumiu gradualmente uma conotação positiva, de modo que, através de uma extensão da linguagem, designa agora o acaso feliz e, portanto, opõe-se ao azar e ao risco. Nas palavras de Nils Jansen, a chance constitui um bem e pode ser compreendida como oposta ao conceito de risco, que constitui um mal. Dessa forma, a chance de obter um benefício, segundo o autor, seria espelhada pelo risco de não o obter. Ou seja, a chance de evitar uma lesão espelha o risco de que essa lesão possa vir a se concretizar<sup>16</sup>.

A teoria da perda de chance surgiu na França entre o final do século XIX e o início do século XX. A *Cour de Cassation*, a mais alta instância judicial do país, em algumas ocasiões, estabeleceu que a perda de chance deve ser tratada como um dano autônomo e compensável. O caso mais antigo registrado no direito francês data de 17 de julho de 1889, quando a Corte aceitou a indenização pela perda de chance, reconhecendo o direito de uma parte ser compensada devido à conduta negligente do oficial ministerial, que impediu o trâmite regular do processo, e, como resultado, privou a parte da oportunidade de lograr êxito no mesmo. Ao longo do século XX, a teoria ganhou destaque nos tribunais franceses, sendo aplicada a diversas situações, como jogos de azar, competições esportivas e concursos públicos. A jurisprudência começou a reconhecer que, em determinadas situações, a perda de uma oportunidade concreta poderia sim ser passível de indenização.

---

<sup>15</sup> MINET, Alice. **La perte de chance en droit administratif**. Bibliothèque de Droit Public – Tome 282. Issy-Les-Moulineaux: LGDJ Lextenso Editions, 2014.

<sup>16</sup> "Put simply, a chance is the possibility of gaining a certain benefit or avoiding a possible harm or injury. It constitutes a good and can be understood as the opposite to the concept of a risk, which constitutes an evil. A chance to avoid an injury mirrors the risk that this injury might materialize, and the chance to gain a benefit is mirrored by the risk of not obtaining it". JANSSEN, Nils, 1999, p. 279.

A ideia da perda de oportunidade, que já estava evidente em decisões judiciais relacionadas a outros contextos desde o final do século XIX, foi posteriormente acolhida pela jurisprudência francesa também no contexto da responsabilidade civil médica, com o surgimento da noção de “*perte d'une chance de guérison ou de survie*”, ou seja, perda de chance de cura ou sobrevivência. Essa evolução foi também uma resposta às dificuldades enfrentadas pelos pacientes ao provar seu caso em ações de responsabilidade médica, em função das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, que colocam um peso desproporcional sobre o paciente. O médico, enquanto especialista, tinha uma posição de superioridade, provocando um desequilíbrio nas provas e prejudicando a igualdade processual entre as partes, que é fundamental. As regras tradicionais de distribuição do ônus da prova exigiam que o paciente provasse todos os elementos necessários para sua reivindicação de indenização, tarefa muito pesada. Em muitos casos, os tribunais se deparavam com situações em que o médico havia cometido um ato ilícito e culposo que privou o paciente de chances de evitar um resultado desfavorável, como a morte ou uma incapacidade. Contudo, era difícil estabelecer com certeza que o ato do médico era uma *conditio sine qua non* para o dano, o que era crucial para provar o nexo causal. Dessa forma, a perda de chance permitiu que os tribunais abordassem tais casos de maneira mais justa. Essa evolução jurídica possibilitou uma abordagem mais equilibrada e justa para aqueles casos em que o paciente perdeu oportunidades de evitar resultados desfavoráveis devido a ações médicas inadequadas<sup>17</sup>.

A teoria da perda de chance foi desenvolvida e consolidada pela jurisprudência francesa e, posteriormente, teve influência em outros sistemas jurídicos ao redor do mundo. Todavia, a aceitação e aplicação da teoria podem variar significativamente entre as jurisdições, uma vez que nem todos os sistemas jurídicos reconhecem esse conceito ou o fazem da mesma forma. Em alguns países, essa teoria é amplamente aceita e aplicada, enquanto em outros a aceitação e os critérios para sua aplicação podem ser mais restritos. Mesmo onde é aceita, há divergências sobre sua aplicação em casos específicos.

No sistema da *common law*, o primeiro caso sobre a perda de chance aconteceu em 1911: *Chaplin v. Hicks*. A autora era uma das 50 finalistas em um concurso de beleza, que perdeu a oportunidade de vencer por ato imputável ao réu, em decorrência de não ter sido

---

<sup>17</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434.

notificada a tempo para a próxima fase do concurso, impossibilitando sua participação na fase final e possível vitória. O *Court of Appeal* reconheceu judicialmente o valor desta perda.

O *leading case* da jurisprudência americana, por sua vez, ocorreu em 1966: *Hicks v. United States* tratava da perda de chance pela diminuição da possibilidade de sobrevivência de uma paciente, devido à negligência médica ao diagnosticá-la e tratá-la. Joseph King, um dos precursores da teoria nos Estados Unidos, defendeu em seu artigo, em 1981, que a perda da chance de obter um resultado favorável ou de evitar uma consequência adversa deve ser avaliada propriamente e de forma compensável, ao invés de ser tratada dentro da abordagem "tudo ou nada". Para o autor, as condições pré-existentes devem ser levadas em consideração. Entretanto, quando essas não tenham determinado de forma absoluta o resultado adverso, a chance de evitá-lo deve ser adequadamente compensada, mesmo que essa chance não seja mais provável do que não. Para o autor, a maioria dos tribunais compreendiam erroneamente a natureza do interesse destruído, ao não identificar a oportunidade perdida como o próprio dano compensável. Ao invés disso, tratavam a chance de evitar o dano ou como uma certeza ou como uma impossibilidade, dependendo se probabilidade de evitar o dano era maior que a média<sup>18</sup>.

#### **2.4 A Perda de Chance no Direito Português**

Em Portugal, assim como em outros países, não há consenso da doutrina e da jurisprudência com relação ao dano da perda de chance. Uma primeira corrente entende que a perda de chance constitui um dano autônomo e indenizável, desde que atendidos determinados critérios. Para aqueles que defendem essa teoria, o juízo de causalidade é feito em relação ao dano da perda de oportunidade, não em relação ao dano final. Noutra giro, parte da doutrina entende que o dano da perda de chance não possui autonomia. Essa perspectiva, por sua vez, divide-se em diferentes correntes: uma que acredita que não deve haver um tratamento distinto no tocante à causalidade e, assim, não havendo nexos causal entre a ação de terceiro e o dano final, a vítima não terá direito a indenização. A segunda corrente entende que a questão deve ser resolvida a nível de causalidade, quer pela inversão do ônus da prova, quer pela facilitação da prova, quer pela imputação objetiva em relação ao risco que foi criado.

A teoria da perda de chance é alvo de diversas críticas, sobretudo no que diz respeito à autonomia do dano da perda de oportunidade. A autonomia da perda de chance é criticada sob

---

<sup>18</sup> KING JR, Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *Yale Lj*, v. 90, p. 1353, 1980.

diferentes perspectivas. O argumento central é o de que a perda de chance está sempre intrinsecamente ligada ao dano final, tendo em vista que ela só se evidenciaria quando o dano final se concretizasse. Por conseguinte, alguns autores defendem que, ao considerar a perda de uma chance como um dano em si mesmo, esta deveria ser passível de indenização mesmo na ausência do dano final, por uma questão de coerência lógica. Um outro argumento seria o de que a chance não compõe o patrimônio do lesado, nem é transacionável.

Outro conjunto de críticas diz respeito à alegada insegurança jurídica introduzida pela aplicação da teoria. Alguns autores, como Savatier<sup>19</sup>, entendem que essa abordagem poderia ser um refúgio para juízes indecisos, que acabariam por preferir conceder indenizações sob o amparo da perda de chance, a decidirem se ficou provado o nexo causal entre a conduta e o dano final.

Vejam os alguns dos principais autores portugueses e seus respectivos entendimentos a respeito deste assunto.

Rute Teixeira Pedro<sup>20</sup>, que defende entre nós a perda de chance enquanto um dano, sobretudo na seara da responsabilidade civil médica, afirma que, se aplicada adequadamente, a noção de perda de chance simplesmente reconhece, dentro do plano ressarcitório, oportunidades que já mereciam proteção legal antes de serem perdidas em razão de ação de terceiro. Isso é relevante sobretudo em situações em que o devedor assume uma obrigação de fazer o melhor possível, em vez de garantir um resultado específico, como é comum no exercício da advocacia ou da medicina. Apesar de defender a perda de chance como um dano, a autora não nega que a ressarcibilidade desta também serve para lidar com a dificuldade de se estabelecer um nexo causal direto em situações complexas, em que a incerteza e a aleatoriedade desempenham um papel significativo. Isso porque seria difícil afirmar com um grau de certeza que um ato médico específico, por exemplo, foi a condição necessária para causar um resultado desfavorável, como a morte ou a incapacidade de um paciente.

A autora ainda ressalta a importância de serem observados determinados requisitos para que a compensação da perda de chance ocorra. Requisitos estes que serviriam como espécie de salvaguardas contra uma responsabilização excessiva. Isso envolveria alocar a incerteza que

---

<sup>19</sup> SAVATIER *apud* COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

<sup>20</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. *In*: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434.

surge da variabilidade inerente à prática médica ao próprio bem jurídico prejudicado, isto é, às oportunidades de sobrevivência ou cura. Deste modo, segundo Rute Teixeira Pedro<sup>21</sup>, para responsabilizar um profissional médico pela perda de oportunidades de cura ou sobrevivência, é fundamental demonstrar que essas oportunidades eram reais e consistentes na situação específica, o que exigiria uma avaliação clínica detalhada, que levasse em consideração as circunstâncias individuais de cada paciente. Além disso, o paciente tem o ônus de comprovar tanto o ato negligente do médico quanto onexo causal entre esse ato e a perda das chances de cura ou de sobrevivência. Assim, para que a perda seja compensada, é essencial comprovar que o profissional médico agiu de maneira culposa, mantendo o princípio de que o ônus do dano deve ser suportado por quem o sofre, a menos que exista um fundamento jurídico que transfira essa obrigação.

Ainda de acordo com a autora, aceitar a compensação pela perda de chance não implica uma objetivação da responsabilidade, apenas em uma rigorosa análise caso a caso. Apesar da origem da teoria estar associada à dificuldade no estabelecimento do nexocausal, a sua aplicação não pode permitir que sejam desconsiderados os requisitos com base nos quais se funda a obrigação de indenizar. Para a autora, a perda de chance não representa uma ruptura radical com os princípios tradicionais da responsabilidade civil, apenas possibilita uma forma de equilibrar as reivindicações legais com a incerteza inerente a determinados casos. Não deve, assim, levar a um aumento injustificado de indenizações<sup>22</sup>.

Para Luís Menezes Leitão<sup>23</sup>, a doutrina tradicional se baseia em três argumentos principais para negar a indenização pela perda de chance: a falta de um dano certo; a ausência de um nexode causalidade entre o fato e o dano e o risco de sobrecompensação para a vítima. Para o autor, esses argumentos não seriam decisivos. Quanto à falta de certeza do dano, por exemplo, ele compara a dificuldade de avaliação da perda de oportunidade com outros tipos de danos, como o dano moral. Além disso, segundo o autor, a lei permite que os juízes fixem o valor da compensação de forma equitativa (artigo 566.º, n.º 3), justamente pela dificuldade em se ter certeza em relação ao dano. Por fim, no que se refere à suposta ausência de nexode

---

<sup>21</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> MENEZES LEITÃO, Luís. A perda de oportunidade como dano no direito português. In: MIRANDA BARBOSA, Mafalda; MUNIZ, Francisco (Coords). **Responsabilidade Civil - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil – Volume II**. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 141-152.

causalidade, Menezes Leitão argumenta que o nexos se encontra entre a lesão e a própria perda da oportunidade, não havendo motivos para não considerar a sua existência nesse contexto específico. Portanto, o autor apoia a ideia de que a perda de oportunidade pode ser indenizada de forma autônoma.

Nuno Santos Rocha<sup>24</sup> também entende não haver impedimento à aplicação da figura da perda de chance, desde que seja considerada como um dano autônomo e específico. No entendimento do autor, a noção de perda de chance deve ser reconhecida como uma nova categoria de dano passível de reparação, desde que, evidentemente, todos os demais requisitos necessários para o surgimento da obrigação de indenizar sejam atendidos. O autor admite que isso pode parecer um tanto artificial, porém, acredita ser uma resposta necessária dentro do sistema jurídico português, de modo a enfrentar as injustiças oriundas da aplicação do modelo tradicional. Para o autor, haveria um aprimoramento na fixação dos critérios utilizados, reduzindo as discrepâncias existentes nos julgados, além de simplificar o trabalho dos magistrados.

Patrícia Cordeiro da Costa<sup>25</sup> também vê a perda de chance como uma solução normativa adequada a resolver determinadas questões que demandam a sua aplicação. A autora reconhece que a chance perdida é merecedora de tutela jurídica, na medida em que, segundo ela, no momento da lesão, a chance integra o patrimônio jurídico do lesado - patrimônio moral e econômico. A autora, citando Rute Teixeira Pedro, afirma que a chance perdida não é mera expectativa, mas sim um valor conexo a outro bem tutelado, sendo uma das manifestações deste. Assim, a norma que tutela este último pode ser estendida para a primeira.

Por seu turno, Paulo Mota Pinto<sup>26</sup> e Menezes Cordeiro<sup>27</sup> são contrários à indenização pela perda de chance. Menezes Cordeiro<sup>28</sup> entende que a perda de chance, ao permitir a indenização sem o estabelecimento de um nexos de causalidade entre o fato e o dano, acarreta uma redistribuição de risco que não é prevista no ordenamento jurídico.

Já Paulo Mota Pinto<sup>29</sup> entende não haver base jurídico-positiva que apoie a indenização pela perda de chance, mostrando-se contrário à autonomia do dano em comento. O autor faz o

---

<sup>24</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014, p. 101.

<sup>25</sup> COSTA, Patrícia Cordeiro. *A perda de chance – dez anos depois. Julgar*, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

<sup>26</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Direito Civil: Estudos*. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

<sup>27</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil II — Parte Geral — Negócio Jurídico*, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2014.

<sup>28</sup> Idem

<sup>29</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Direito Civil Estudos*. 1<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

seguinte questionamento: "que autonomia pode restar a uma chance cuja relevância indenizatória depende, em toda a linha, do grau de probabilidade de verificação do evento a que a mesma se refere?"<sup>30</sup>. Conforme o autor, mesmo aqueles que defendem a ressarcibilidade da perda de chance propõem a concessão de uma indenização parcial, cujo cálculo é feito proporcionalmente à probabilidade da "chance" perdida<sup>31</sup>.

Para o autor, a perda de chance não seria a única forma de tratar a incerteza no âmbito jurídico, havendo outras abordagens possíveis para o problema. Algumas delas centram-se na ideia de dano certo, como a abordagem "tudo ou nada"; assim, não só a probabilidade do dano deve ser demonstrada, mas o próprio dano em si. Nesses casos, ou é possível afirmar o nexo de causalidade e a responsabilidade é integralmente imputada ao agente, ou não é, não havendo imputação de responsabilidade neste último caso. Outra abordagem seria resolver o problema no contexto da causalidade, ainda mantendo o conceito de "tudo ou nada", sem rejeitar completamente a compensação por perda de oportunidades. Dentro desta perspectiva, o limiar de relevância da causalidade é ampliado, e a simples "elevação do risco" pode ser suficiente. Por exemplo, nos casos de aumento significativo do risco ou diminuição das chances de evitar um prejuízo (como reduzir de 50% para 10% as chances de ganhar um concurso ou um processo), este aumento considerável do risco já poderia ser fundamento da causalidade. No entanto, essa abordagem não se afasta da abordagem tradicional do "tudo ou nada", apenas facilita o reconhecimento da responsabilidade caso seja demonstrada essa elevação significativa do risco<sup>32</sup>.

A abordagem mais difundida para lidar com a incerteza perante um evento aleatório, no entanto, segundo o autor, é "a inversão do ônus da prova e a facilitação da prova da causalidade". Entretanto, assim como a abordagem tradicional "tudo ou nada", todas essas alternativas continuam proporcionando respostas globais afirmativas ou negativas quanto à compensação. Além disso, todas essas soluções "tudo ou nada" requerem a existência de um "ponto de viragem" em que um pequeno aumento ou diminuição tem um impacto desproporcional na compensação, razão pela qual têm sido propostas soluções proporcionais

---

<sup>30</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil Estudos**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018, p. 772.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Idem.

ou "gradualistas", que graduam o próprio requisito da causalidade, em consonância com princípios de proporcionalidade e justiça individualizada<sup>33</sup>.

No entendimento do autor, a abordagem "gradualista" mais frequente é a que defende a autonomia das chances na responsabilidade civil. Neste cenário, a chance é considerada um bem ressarcível, sobretudo nos casos de causalidade probabilística, em que o comportamento prejudicial de terceiro priva a vítima de oportunidades, como a cura e a sobrevivência; oportunidades estas que deveriam ser compensadas, segundo os defensores da teoria. A compensação seria calculada levando em consideração a probabilidade de o dano ter ocorrido mesmo sem a ação prejudicial, resultando em uma redução proporcional desta. Embora essa abordagem evite a responsabilidade total, como ocorre na perspectiva "tudo ou nada", pode levar a uma supercompensação, tendo em vista que não é possível determinar com certeza se os danos teriam ocorrido sem a ação prejudicial, criando assim uma incerteza causal. Os defensores da compensação por "chances" geralmente condicionam essa compensação à prova de uma consistência mínima da oportunidade perdida, exigindo que seja uma chance real e séria. Chances hipotéticas e puramente abstratas, independentemente de sua probabilidade, não são acolhidas, especialmente nos casos em que a probabilidade pode ser estimada com determinada segurança por meio da reconstituição dos eventos. Para Paulo Mota Pinto, apesar da vantagem das soluções gradualistas em evitar a viragem brusca entre a não responsabilização e a responsabilização total, há a desvantagem representada pela incerteza causal em relação ao comportamento do lesante, qual seja, “de imputação objectiva do dano ao evento lesivo sem a certeza que aquele foi causado por este evento”<sup>34</sup>.

Rui Cardona Ferreira<sup>35</sup> também nega a autonomia da "chance", seja do ponto de vista ontológico, seja no que se refere à sua quantificação, já que existe uma relação de dependência com o resultado final. O autor recusa a ressarcibilidade das chances por danos patrimoniais, discordando daqueles que entendem a perda de chance enquanto dano emergente. Assim, propõe que o problema seja resolvido no terreno da causalidade com base na elevação ilícita do risco.

---

<sup>33</sup> MOTA PINTO, Paulo. A distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo. *In*: MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1103-1107.

<sup>34</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil Estudos**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018, p. 778

<sup>35</sup> FERREIRA, Rui Cardona. A perda de chance na responsabilidade médica. *In*: GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis; MONGE, Cláudia (Coords.). **Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde**. Lisboa: ICJP, 2013, p. 126-145; FERREIRA, Rui Cardona Ferreira *apud* MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil Estudos**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

Inicialmente, Júlio Vieira Gomes<sup>36</sup> afirmou não ter clareza se o dano da perda de chance deveria ser enquadrado como uma modalidade de lucro cessante ou de dano emergente. Para o autor, mesmo aqueles que consideravam que o dano existia de forma autônoma, destacavam que no momento da quantificação a perda de chance não era totalmente independente, posto que o valor estava relacionado ao dano final. Assim, entendia que a simples perda de chance não poderia fundamentar uma pretensão indenizatória. Entretanto, mais tarde, o mesmo autor admitiu que naqueles casos em que a chance “se tenha "densificado" e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente "certo" para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade”<sup>37</sup>. Segundo o autor, isto seria mais realista do que tentar quantificar as oportunidades em termos de probabilidade.

Mafalda Miranda Barbosa<sup>38</sup> também é contrária à autonomia da perda de chance, argumentando que, caso o dano final não ocorra, não se justifica indenizar o "lesado", pois não houve lesão. Além disso, para a autora, não seria necessário o recurso a essa figura para a resolução dos casos. Exigir-se-ia, entretanto, a assunção de uma esfera de risco por parte do agente, comprovável pela não observância dos deveres de cuidado que seria apta a embasar a imputação. Esses deveres de cuidado teriam uma dupla função: apurar a culpa e embasar o juízo de responsabilidade, na medida em que seria definido um círculo de responsabilidade para, em seguida, definir se o dano está ou não dentro do núcleo deste círculo<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. **Direito e justiça**, v. 19, n. 2, p. 9-47, 2005.

<sup>37</sup> GOMES, Júlio. Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. **Cadernos de Direito Privado**, n. especial 02, p. 17-29, 2012. p. 29.

<sup>38</sup> MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. **Lições de responsabilidade civil**. Principia Editora, 2017.

<sup>39</sup> MIRANDA BARBOSA, Mafalda *apud* COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

### 3 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DO DANO DA PERDA DE CHANCE

As situações que envolvem perdas de oportunidades estão se tornando cada vez mais comuns no dia a dia das pessoas. Essa rotina diária envolve uma série de ocasiões que dependem de elementos aleatórios, como a possibilidade de ser aprovado em um concurso ou de vencer uma corrida. Apesar dessas circunstâncias probabilísticas estarem frequentemente presentes no cotidiano, o debate doutrinário acerca da natureza jurídica da perda de chance é complexo e desafiador. A delimitação da natureza jurídica é controvertida tanto na doutrina como na jurisprudência.

Alguns estudiosos associam o surgimento da responsabilidade pela perda de chance a uma abordagem menos convencional do nexo de causalidade. Isso pode se manifestar de diversas maneiras, incluindo a causalidade parcial ou a presunção de causalidade, ou então seguindo o modelo de responsabilidade coletiva. Por outro lado, uma corrente ainda mais ampla de pensamento considera que a teoria da perda de chance representa um exemplo claro de expansão do conceito de danos compensáveis, mantendo a aplicação convencional do nexo causal<sup>40</sup>.

#### 3.1 Autonomia, Subsidiariedade e Atualidade do Dano

A concepção da perda de chance, que provavelmente surgiu com o propósito de simplificar a comprovação da causalidade, passou por um processo de desenvolvimento jurisprudencial e análise doutrinária comparativa ao longo dos anos, transformando-se em uma teoria autônoma para a determinação do dano. Essa concepção tem sido aceita em diversos países, especialmente na França.

Mediante a análise efetuada acerca da necessidade de assegurar a certeza do dano associado à perda de chance, evidencia-se uma clara distinção entre este e o que denominamos de dano final. A perda de chance é um dano autônomo, totalmente diverso do resultado que por ela poderia ser propiciado<sup>41</sup>. A frustração da possibilidade de ganhar um prêmio de loteria é

---

<sup>40</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book.

<sup>41</sup> A conclusão do STJ no Processo 488/09.4TBESP.P1.S1 reforça esta ideia: “X - O dano da «perda de chance» que se indeniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final.”

diferente da perda do próprio prêmio. Este último é, sem dúvida, um dano de natureza incerta, dado que é impossível determinar se a vítima teria efetivamente conseguido obter a vantagem almejada ou evitado o prejuízo não fosse a ocorrência do evento danoso. Todavia, é incontestável que, devido a um fato antijurídico que interrompeu o processo em curso, houve uma lesão traduzida na perda de oportunidades de alcançar o resultado almejado — o que não deve ser confundido com a realização desse resultado, cuja incerteza invalida qualquer direito a indenização, tendo em vista que não é possível estabelecer um nexo causal entre a ação do terceiro e o dano final.

Não obstante, essa autonomia é relativa, considerando a interdependência entre os dois danos, já que a existência do dano da perda de chance deve necessariamente ser avaliada em função do resultado pretendido, visto que as chances sempre se relacionam a algum desfecho específico. Até porque, como veremos mais adiante, para efeitos de cálculo de indenização, parte-se de uma avaliação prévia do dano final a fim de quantificar<sup>42</sup> devidamente o dano intermediário decorrente da oportunidade perdida<sup>43</sup>.

Esse vínculo entre os dois danos faz com que parte da doutrina questione a autonomia do dano. Todavia, salientamos que essa relação, embora profunda, não prejudica a compreensão de que a perda de chance configura um autêntico tipo de dano. Em virtude dos avanços no estudo de probabilidades e estatísticas, é possível estimar, com uma precisão, o valor de um dano que, em momento anterior, parecia depender principalmente da sorte, a tal ponto que podemos considerá-lo como um valor razoavelmente consistente e com uma certa independência em relação ao resultado final. Assim, apesar de ambos os danos estarem interligados em um mesmo processo dinâmico, tal fato não nos impede de diferenciá-los e de tratá-los de forma independente<sup>44</sup>.

De modo a conferir autonomia ao dano decorrente da perda de chance, é fundamental considerar que as oportunidades são economicamente avaliáveis e merecedoras de proteção jurídica, isto é, que eram parte integrante do patrimônio do prejudicado e que foram aniquiladas por uma conduta negligente do causador do dano, levando à sua extinção. A perda de chance

---

Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument>. Acesso em: 19 set 2023.

<sup>42</sup> Conforme será explicado mais detalhadamente no próximo tópico, a abordagem predominante argumenta que o cálculo do valor da chance perdida deve se fundamentar em critérios de probabilidade matemática. Isso implica aplicar ao resultado esperado da oportunidade uma percentagem correspondente à probabilidade de sucesso que a vítima teria caso a oportunidade não tivesse sido frustrada.

<sup>43</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

<sup>44</sup> Idem

representa, assim, um detrimento patrimonial. A frustração desta é imediata ao fato antijurídico, a chance fica afastada no instante em que o ato ilícito acontece, sendo, portanto, um dano atual e não um dano futuro. Com a adoção da teoria da perda de chance, a chance perdida, portanto, reveste-se de valor jurídico.

Por fim, cabe ressaltar que o dano da perda de chance deve ser subsidiário<sup>45</sup>. A questão da perda de chance só se torna aparente quando o juiz, com base nas regras tradicionais que orientam a sua análise probatória, não consegue decidir que o terceiro causou o dano com base nas probabilidades apuradas. Se o magistrado tivesse conseguido formar a sua convicção, com um grau suficiente de probabilidade, acerca do nexos causal entre a conduta e o dano final, este último seria integralmente ressarcido, não abrindo espaço para a perda de chance.

Esta subsidiariedade significa que deve-se recorrer à perda de chance apenas quando não é possível ou é extremamente difícil conceder ao prejudicado a reparação pelo dano final. Em outras palavras, se a relação de causalidade entre a conduta ilícita e o dano final não pode ser estabelecida de acordo com as normas convencionais de ônus da prova, mas nota-se que a vítima sofreu uma desvantagem clara em relação à conduta culposa de terceiros, a perda de chance aparece como uma alternativa. Contudo, cabe ressaltar que não há espaço para a aplicação da teoria quando o lesado não fez uso dos meios de prova disponíveis, que poderiam ter ajudado a determinar de forma mais clara o nexos causal entre a conduta e o dano. Isso porque a falta de diligência do lesado na obtenção das provas não poderá ser usada a seu favor na busca por uma indenização<sup>46</sup>.

Incertezas com relação às evidências também não podem ser consideradas como chances. Essa ideia fica nítida a partir do exemplo trazido por Nils Jansen<sup>47</sup>. Nas palavras do autor, chances implicam uma expectativa necessariamente hipotética, que se materializa no ganho ou no dano final. Todavia, antes de sua materialização, a chance pressupõe sempre uma incerteza genuína. Desta forma, problemas de incerteza relacionados às evidências que surgem em momento posterior e em que, a princípio, a certeza é possível, não configurariam uma chance. Para clarificar a questão, o autor traz um interessante exemplo: em uma cidade com quatro táxis, sendo três deles azuis pertencentes a uma empresa e um amarelo pertencente a outra, se uma pessoa é atingida por um dos quatro táxis, mas não sabe qual a sua cor, isto não

---

<sup>45</sup> A este respeito, ver COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

<sup>46</sup> COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

<sup>47</sup> JANSEN, Nils, 1999.

se configura como uma chance perdida, nem como um risco, mas sim como um problema de evidência. Entretanto, questões sobre a sobrevivência de A após um ataque cardíaco só podem ser respondidas com base em probabilidade, sendo analisadas sob a perspectiva da chance e do risco<sup>48</sup>.

### 3.2 Perda de Chance: Dano Patrimonial ou Extrapatrimonial?

Entendemos que a perda de chance pode assumir tanto a vertente do dano patrimonial, como a do extrapatrimonial, a depender da oportunidade que foi perdida. Isso pode ser facilmente percebido ao analisar o conhecido caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que será detalhado mais à frente. Nas Olimpíadas de Atenas de 2004, o atleta brasileiro ocupava a primeira posição na corrida, quando foi empurrado por um terceiro que estava na torcida, fazendo com que ele perdesse preciosos segundos na prova. Não era garantido que Vanderlei permaneceria em primeiro lugar. No entanto, fato é que um comportamento alheio o fez perder a oportunidade de conquistá-lo. Neste caso, o brasileiro não só perdeu a chance de auferir patrocínios e o prêmio monetário concedido ao atleta que obtivesse o primeiro lugar (dano patrimonial) como também perdeu a oportunidade de ser agraciado com a medalha de ouro — o que traz efeitos imateriais, afetando o bom nome, o reconhecimento, a reputação, a realização e a alegria do atleta (dano extrapatrimonial). É verdade que o atleta poderia ter ficado frustrado e triste da mesma forma sem a ação do terceiro, pois poderia ter igualmente perdido a corrida por outras causas. Entretanto, não foi o que ocorreu no caso em comento. O atleta perdeu a chance de conquistar a medalha de ouro, o que trouxe impactos em bens materiais e em bens imateriais.

O entendimento de que a perda de chance pode ser vista quer como dano patrimonial, quer como dano não patrimonial, é reforçado pelo Enunciado 444, aprovado na V Jornada de Direito Civil Brasileiro, segundo o qual “a responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso

---

<sup>48</sup> *"Thus a chance always entails a necessarily hypothetical expectation. Clearly, chances and risks cease to exist in retrospect. They materialize into what will here be called a final gain or a final damage or loss. But, before it materializes, a chance always presupposes a genuine, unavoidable uncertainty, relative, of course, to standards of scientific knowledge. This means that the usual uncertainty problem of later evidence, where in principle, certainty is possible, does not constitute a chance. Thus, there might be a town, in which there are only four taxis, three blue, run by one company, and one yellow, run by another. If a person is struck by one of the four taxis without knowing its colour, that is not a case of a lost chance or of a risk. It is simply a problem of evidence. In our hypothetical case, however, the uncertainty is whether A will survive her cardiac arrest. This question can only be answered in probabilities and is therefore perceived in terms of chance and risk".* JANSSEN, Nils, 1999, p. 279.

concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial [...]”<sup>49</sup> e pelo acórdão do STJ, em que se concluiu que “a “perda de chance” enquanto perda de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente “danos não patrimoniais” indenizáveis, nos termos do disposto no art. 496.º do CC.”<sup>50</sup>

Júlio Gomes também entende desta forma. O autor afirma que muitos casos, como por exemplo da perda de chance de cura ou de sobrevivência, corresponderão fundamentalmente a danos não patrimoniais<sup>51</sup>.

### 3.3 Dano emergente ou lucro cessante?

Nas circunstâncias em que a perda de chance é categorizada como dano patrimonial, surge a seguinte indagação: tal prejuízo assume a forma de dano emergente ou de lucro cessante? De modo a diferenciar tais figuras, respectivamente, é interessante citar S. Tomás de Aquino ao afirmar que “o dano pode causar-se de dois modos: já privando alguém do que tem, já impedindo-o de adquirir o que estava a caminho de ter”<sup>52</sup>.

Alguns autores, como Nuno Santos Rocha<sup>53</sup>, entendem que a perda de chance pode ser classificada como dano emergente, que corresponde a uma subtração de utilidades que já existiam no patrimônio da vítima. Assim, um dos principais argumentos para aqueles que defendem essa classificação é que a possibilidade de obter vantagem ou evitar prejuízos já fazia parte do patrimônio do lesado no momento em que ocorreu o evento danoso. Evento esse que remove a chance de forma irremediável e definitiva. Isso, portanto, representaria um dano atual e certo, tendo em vista que a oportunidade foi efetivamente retirada do patrimônio do lesado no momento do fato antijurídico, já fazia parte deste. Dessa forma, a chance preexiste ao evento prejudicial. Essa remoção constituiria, assim, um dano emergente, pois, ao compararmos o patrimônio existente antes e depois do evento prejudicial, podemos observar que a pessoa está totalmente privada da oportunidade que anteriormente desfrutava, não podendo mais recupera-

<sup>49</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado número 444**. V Jornada de Direito Civil. Referência legislativa: Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002 – Art. 927.

<sup>50</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Secção). **Acórdão n. 9195/03.0TVLSB.L1.S1**. Advogado. Deveres funcionais. Patrocínio judiciário. Dever de diligência. Culpa. Erro. Responsabilidade contratual. Obrigação de indemnizar. Nexo de causalidade. Danos patrimoniais. Danos não patrimoniais. Perda de chance. Expectativa jurídica. Relator: Távora Victor. 03 out 2011. Lisboa: STJ, 2011.

<sup>51</sup> GOMES, Júlio, 2012.

<sup>52</sup> AQUINO, S. Tomás de *apud* DE CASTRO MENDES, João. Do conceito jurídico de prejuízo. Lisboa: Jornal do Foro, 1953, p. 29

<sup>53</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

la. Assim, é possível estabelecer qual foi o desfalque no patrimônio da vítima e essa subtração em seu patrimônio é um dano por si só indenizável.

Menezes Leitão<sup>54</sup> também entende que a perda de chance deva ser vista enquanto um dano emergente, por ser um benefício já adquirido pelo lesado, do qual ele é privado, devendo a indenização ser fixada de acordo com a probabilidade que a oportunidade tinha de se concretizar.

Por outro lado, parte da doutrina às vezes sugere que a perda de uma chance gera uma frustração à vítima devido à perda de uma possível melhoria ou ganho, o que a aproximaria dos chamados lucros cessantes. Nos lucros cessantes, pressupõe-se que o lesado era titular de uma situação jurídica que lhe traria um ganho que foi frustrado, pressupondo-se, portanto, que o lesado teria obtido esses ganhos não fosse a lesão.

Sabemos que um dos requisitos para o dano ser indenizado é que este seja certo. Assim como a perda de chance, os lucros cessantes são, por sua natureza, uma realidade hipotética, tendo em vista que nunca se concretizaram. Dessa forma, nos lucros cessantes, o que se tem é uma certeza relativa, isto é, uma expectativa razoável que leva em consideração as circunstâncias, as expectativas das partes e a normal evolução dos acontecimentos. Caso esses dependessem de uma certeza matemática, seria muito fácil negar a sua existência. Nos lucros cessantes, portanto, pode-se considerar que há certeza no que se refere à existência do dano, mas uma incerteza sobre a extensão deste. Nas palavras de Júlio Gomes, “a avaliação equitativa do dano exige a prova da existência de um dano, já que a incerteza deve estar limitada à determinação da sua grandeza. Deve ser impossível provar, ou pelo menos muito difícil provar, o montante do dano em relação aos meios probatórios que o lesado dispõe”<sup>55</sup>.

Tanto os lucros cessantes como a perda de chance regulam o dano a partir da perspectiva do que a vítima deixou de obter. O que, então, diferencia estas figuras? Ao falar de lucros cessantes, tem-se que a compensação envolve o resultado final que a parte tinha grande probabilidade de obter não fosse o incidente que deu origem à responsabilidade. Por seu turno, na perda de chance, a compensação diz respeito à própria oportunidade perdida, e não ao resultado final que essa oportunidade poderia ter propiciado. Nos lucros cessantes, o dano ressarcido é o dano final, não a chance perdida.

---

<sup>54</sup> MENEZES LEITÃO, Luís. A perda de oportunidade como dano no direito português. In: MIRANDA BARBOSA, Mafalda; MUNIZ, Francisco (Coords). **Responsabilidade Civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil – Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 141-152.

<sup>55</sup> GOMES, Júlio. Sobre o dano da perda de chance. *Direito e justiça*, v. 19, n. 2, p. 9-47, 2005, p. 13.

A concepção da perda de chance como uma forma de lucro cessante, embora tentadora, não é majoritária na doutrina. Isso porque existe uma clara diferença entre o lucro cessante e o dano resultante da perda de chance, pois no primeiro o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o prejuízo final é evidente. Ainda que este dano não tenha se concretizado quando o juiz proferiu sua sentença, ele decerto ocorreria, considerando o curso natural dos acontecimentos. Por sua vez, não existe certeza alguma entre a chance perdida e o resultado final, pois não é possível saber qual seria este resultado, não fosse a intervenção do terceiro. Na perda de chance, há apenas uma maior ou menor probabilidade de o evento ocorrer, mas a perda da vantagem final não pode ser atribuída à conduta do agente, já que o resultado poderia ter ocorrido da mesma forma sem a interferência deste. O paciente poderia ter morrido da doença, ainda que o médico o tivesse diagnosticado corretamente desde o princípio.

Quanto à classificação do dano resultante da perda de chance como dano emergente ou lucros cessantes, de acordo com Paulo Mota Pinto<sup>56</sup>, é importante observar que essa determinação depende da maneira como se qualificam juridicamente as chances de obter vantagem futura. Nas palavras do autor, a distinção entre lucro cessante e dano emergente é amplamente reconhecida como uma das mais complexas dentro da teoria geral do dano. Dessa forma, a teoria da diferença acaba por ser amplamente adotada, na medida em que unifica esses dois tipos de prejuízo em uma única noção. A nossa lei menciona a distinção entre dano emergente e lucros cessantes apenas no artigo 564.º, enfatizando que não considera essa distinção crucial para determinar a compensação pelo dano, com exceção dos artigos 899.º e 909.º. Assim, não seria estritamente necessário qualificar o dano decorrente da perda de oportunidades como dano emergente ou como lucro cessante. Entretanto, o autor considera que, ao contrário desses dois tipos de danos, que são prejuízos certos, no caso da perda de chance, sempre persiste uma incerteza sobre a relação de causalidade entre o evento e a ocorrência do dano, e, conseqüentemente, sobre este último, na medida em que não é possível ter certeza sobre como se desenrolariam os fatos não fosse o ato ilícito de terceiro.

Outro pensamento que vale a pena mencionar é o de Anderson Schreiber, ao diferenciar lucro cessante, perda de chance e dano hipotético. Para o autor, a diferença entre estas figuras baseia-se mais no grau de probabilidade do resultado final do que em uma distinção conceitual.

Ora, quem perde um resultado final extremamente provável (lucro cessante) perde, antes disso, a oportunidade de obtê-lo (perda da chance). Trata-se de uma necessidade lógica. O taxista que deixou de ganhar determinada quantia pela privação do veículo

---

<sup>56</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil Estudos**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018, p. 771

durante uma semana (quantia "razoavelmente" esperada e, portanto, lucro cessante) perde, antes da quantia em si, a chance de obtê-la. A verdade é que a diferença conceitual não é tão clara quanto faz parecer a maior parte dos autores: a distinção é, antes, de grau. Em algumas hipóteses, o resultado final é tão provável que o direito desconsidera a chance mínima de insucesso e concede a indenização pelo seu valor integral (lucro cessante). Em outras situações, o resultado final não é tão provável, de modo que o direito concede a indenização apenas pela perda de chance em si, à qual se atribui um valor necessariamente menor do que o do resultado final. Há ainda, aquelas situações em que a chance de sucesso é tão desprezível que fica privada de tutela jurídica: a jurisprudência desconsidera a chance ínfima de sucesso e qualifica a perda como dano hipotético. Em nenhuma das três situações examinadas, é possível afirmar, com certeza, que o resultado final aconteceria, ou deixaria de acontecer<sup>57</sup>.

É necessário também evitar a confusão entre a compensação de danos futuros, conforme previsto no artigo 564.º, parágrafo 2.º, da nossa lei, e a questão da compensação da "perda de chance". Aqueles que consideram a perda de chance como um dano pressupõem que este já ocorreu e, portanto, não é futuro. Além disso, no caso da perda de chance, diferentemente dos danos futuros que são indenizáveis desde que sejam previsíveis, a incerteza persiste mesmo no futuro. Desta forma, não é possível confundir os dois institutos<sup>58</sup>.

Se, por um lado, a chance é uma parte atual do patrimônio, o que a caracterizaria como um dano emergente, por outro, é revestida de incerteza, tendo em vista que não há certeza quanto à sua concretização, o que a aproximaria do lucro cessante.

### 3.4 Posição Adotada

No nosso entendimento, a perda de chance reveste-se de autonomia, devendo receber a tutela jurídica enquanto um dano ressarcível para que possamos alcançar uma aplicação mais justa do Direito. Concordamos, portanto, com Rute Teixeira Pedro<sup>59</sup>, Nuno Santos Rocha<sup>60</sup>, Menezes Leitão<sup>61</sup>, Patrícia Costa<sup>62</sup>, entre outros autores que defendem esta autonomia. Ainda que esteja relacionado com o dano final e que seja um dano intercalar, o dano da perda de

<sup>57</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013, p. 204.

<sup>58</sup> MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil Estudos**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

<sup>59</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434.

<sup>60</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

<sup>61</sup> MENEZES LEITÃO, Luís. A perda de oportunidade como dano no direito português. In: MIRANDA BARBOSA, Mafalda; MUNIZ, Francisco (Coords). **Responsabilidade Civil - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil – Volume II**. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 141-152.

<sup>62</sup> COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

chance possui uma autonomia, sendo um dano diferente do dano final, na medida em que se refere à perda de possibilidade de obter um resultado, não à perda do resultado em si. A chance, portanto, não constitui mera expectativa do lesado, devendo, desse modo, ser revestida de valor jurídico, tendo em vista que é uma manifestação de outros bens. Assim como Rute Teixeira Pedro<sup>63</sup>, entendemos ser um valor conexo a outro bem tutelado.

Entretanto, discordamos daqueles argumentos que afirmam que, em razão de sua autonomia, seria coerente que a chance fosse ressarcível independentemente do resultado final. Ora, não podemos concordar com tal entendimento. A perda de chance possui autonomia, mas ela é relativa e condicionada à presença de um dano final. Se o dano final não ocorreu, a chance não restou perdida, assim, não houve o dano da perda de chance. Para clarificar, podemos fazer uma analogia com as condições suspensivas. Assim como o ato jurídico não é válido enquanto não ocorrer determinado evento, o dano da perda de chance não existirá enquanto não ocorrer o evento danoso. Destarte, a perda de chance deve sim ser ressarcida, desde que verificados determinados elementos, entre eles a existência do dano final e a seriedade e consistência das chances. Permitir a reparação da chance sem a presença do dano final não faria sentido e seria contrário aos princípios da responsabilidade civil. Não há que se falar em perda de chance de sobrevivência se o paciente não morreu.

Entendemos também ser um dano que pode manifestar-se tanto como dano patrimonial, quanto como não patrimonial. Dentro da perspectiva patrimonial, é um dano emergente, pois a chance já existia no patrimônio da vítima e deste foi subtraída. Ainda que a chance não tenha valor transacional, ela era valorada pelo lesado que por meio dessa poderia alcançar uma posição mais favorável.

A nosso ver, não pode ser considerada como lucros cessantes pois nestes há uma expectativa razoável do que a vítima deixou de obter, havendo umnexo causal entre o comportamento do agente e o dano final experimentado pelo lesado, o que não ocorre no caso da perda de chance, pois não é possível saber qual seria o resultado se o curso natural não fosse interrompido. A controvérsia, portanto, reside exatamente na incerteza do dano final. Diferentemente do lucro cessante, a perda de chance não representa a perda de uma vantagem futura e certa. Em vez disso, trata-se da perda da possibilidade, da esperança, o que impediria que a perda de chance fosse classificada como lucros cessantes.

---

<sup>63</sup> PEDRO, Rute Teixeira *apud* COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020.

## 4 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA

Para que a teoria da perda de chance seja adequadamente aplicada, o operador do direito deve primeiro considerar e esclarecer algumas premissas fundamentais associadas a esse conceito, e uma série de requisitos precisam ser atendidos. Isso é essencial para evitar interpretações equivocadas ou menos precisas, especialmente devido à semelhança entre a perda de uma chance e outros conceitos jurídicos já estabelecidos no campo da responsabilidade civil.

Uma das primeiras premissas é comprovar que o ato ilícito ou negligente da outra parte foi a causa direta e efetiva da perda da oportunidade, devendo haver um nexo causal entre a ação do responsável e a chance perdida. Desse modo, é preciso verificar se essa chance realmente existiria não fosse a intervenção de um terceiro, isto é, que a pessoa tivesse a possibilidade de obter algo positivo no futuro.

### 4.1 Chances sérias e reais

O desenvolvimento dessa teoria está intimamente ligado ao conceito de "chance séria", que implica que a oportunidade perdida pela vítima deve ter uma probabilidade real, séria e substancial de se concretizar, caso não tivesse ocorrido a conduta ilícita ou negligente da outra parte. Isso significa que a mera expectativa ou possibilidade hipotética de um benefício não é suficiente para sustentar um pedido de perda de chance; seria necessário que houvesse uma perspectiva real e concreta de sucesso, que foi prejudicada por ação ou omissão de outra pessoa.

Para que um pedido de indenização seja procedente e tenha relevância jurídica a nível ressarcitório, a parte prejudicada deve demonstrar de forma convincente que a oportunidade perdida era real, viável e que tinha verdadeira possibilidade de ser concretizada, quando comparada com o resultado almejado pelo lesado, caso não tivesse ocorrido a conduta negligente ou ilícita. Dessa forma, é necessário verificar se as chances perdidas tinham grau significativo de consistência e probabilidade, para serem consideradas relevantes do ponto de vista ressarcitório. Afinal, meras esperanças subjetivas e aleatórias não justificam qualquer forma de reparação e o Direito não deve acobertá-las. Desse modo, se a possibilidade for puramente hipotética, a conclusão será de que não houve oportunidade perdida.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

Ou seja, a oportunidade perdida deve ser mais do que uma mera esperança subjetiva. As jurisprudências nacional e estrangeira apresentam diversos exemplos de decisões em que a compensação foi rejeitada justamente devido à falta de concretude e seriedade nas oportunidades perdidas, elementos essenciais para a sua proteção legal. Nas palavras da autora Patrícia Cordeiro da Costa, “chances sérias e reais, expressando probabilidades consideráveis, malgrado serem insuficientes para efeito de afirmação do nexo causal com o dano final”<sup>65</sup>.

O juiz deverá, assim, utilizando-se da devida cautela, avaliar de forma minuciosa se há um grau razoável de probabilidade para que não haja interpretações equivocadas e abusivas do conceito, abrindo as portas do judiciário para reles expectativas subjetivas e alegações infundadas. A flexibilidade do termo "chance" não deve acobertar devaneios e demandas oportunistas. É necessário, portanto, impor limites para que a teoria não seja aplicada de forma desenfreada. Assim, os juízes devem analisar o caso concreto de forma a averiguar se aquela oportunidade perdida era estimada pela vítima, descartando os falsos interesses descobertos por ela apenas no momento de propositura da ação<sup>66</sup>.

Tal ideia é reforçada em diversos julgados, como por exemplo, no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, que estabeleceu: "O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade."<sup>67</sup>

Com o objetivo de distinguir as chances reais das meras expectativas subjetivas, os tribunais italianos adotaram uma abordagem que condiciona a reparação das chances a um limiar mínimo de percentagem. Abaixo desse limite, a chance não seria considerada um interesse juridicamente relevante e, assim, não seria reparada. Em algumas ocasiões, as decisões dos tribunais italianos se orientaram no sentido de não conceder indenização nos casos em que a oportunidade perdida representasse menos de 50% de probabilidade de alcançar o resultado almejado. Vários autores também estabeleceram limites percentuais mínimos para que a chance seja considerada séria e substancial. Em concordância com a abordagem da doutrina italiana,

---

<sup>65</sup> COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020, p. 164.

<sup>66</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, v. 922, 2012

<sup>67</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Acórdão n. 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A**. ACÓRDÃO. Uniformizador de jurisprudência. Mandatário judicial. Perda de chance. Contrato de mandato. Mandato forense. Direito à indemnização. Dano. Nexos de causalidade. Juízo de probabilidade princípio da justiça. Ónus da prova. Oposição de julgados. Admissibilidade de recurso. Relator: António Barateiro Martins. 07 maio 2021. STJ: Lisboa, 2021.

Sérgio Savi<sup>68</sup>, por exemplo, sustenta que, para que a chance perdida seja levada em consideração para fins de indenização, deve ser possível comprovar uma probabilidade de pelo menos 50% de obter o resultado desejado. Menezes Leitão também se mostra favorável ao estabelecimento de um percentual mínimo para que o ressarcimento da chance seja admitido. Segundo o autor deverá “exigir-se sempre que essa oportunidade tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%, não se admitindo que oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior sejam indenizáveis”<sup>69</sup>.

Tal posicionamento baseado em probabilidades matemáticas enfrenta resistências na doutrina. Isso porque a adoção de um limite mínimo de probabilidade é uma saída simplista e desacertada, tendo em vista que pode levar a soluções injustas<sup>70</sup>.

Será necessário que a probabilidade do evento ocorrer seja maior do que a probabilidade de sua não ocorrência? Parece-nos que a resposta seja negativa, como pode ser facilmente percebido em diversas situações, sobretudo, as de concursos esportivos, de beleza ou candidaturas a vagas de emprego. Imagine uma situação de competição com três participantes em igualdade de condições e algum deles é indevidamente excluído, como em um concurso. Na maioria dos casos, os candidatos estão enfrentando chances desfavoráveis - suas probabilidades de serem aprovados são muito menores do que as chances de reprovação. Deveríamos, por isso, negar a reparação desse interesse? Essa abordagem nos parece injusta. Não podemos ignorar que algumas oportunidades, embora com probabilidades inferiores a 50%, podem representar interesses particularmente significativos para aqueles que as possuem. Nessa hipótese, o candidato excluído não teria embasamento para intentar uma ação de indenização, uma vez que sua chance seria inferior a 50%. Apesar disso, não podemos concordar que as suas chances não sejam sérias nem reais. Afinal, o candidato tem a probabilidade de um terço de ser aprovado para a vaga.

Na V Jornada de Direito Civil Brasileiro, foi aprovado o Enunciado 444, que se refere à aceitação da perda de chance e que corrobora esse entendimento: “[...] A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> SAVI, Sérgio *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book.

<sup>69</sup> MENEZES LEITÃO, Luís. A perda de oportunidade como dano no direito português. In: MIRANDA BARBOSA, Mafalda; MUNIZ, Francisco (Coords). **Responsabilidade Civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil – Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 141-152.

<sup>70</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a técnica na jurisprudência francesa. Revista dos Tribunais, v. 922, 2012

<sup>71</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado número 444**. V Jornada de Direito Civil. Referência legislativa: Norma: Código Civil 2002 - Lei n. 10.406/2002 – Art. 927.

Vejamos também o exemplo trazido por Nils Jansen em seu artigo sobre o assunto<sup>72</sup>. No caso em questão, A sofrera uma parada cardíaca. Se tratada imediatamente, teria uma chance de sobrevivência de 80%. Todavia, durante o transporte para o hospital, B causa um acidente com a ambulância, atrasando a chegada de A ao hospital em 10 minutos, fato que reduziu sua chance de sobrevivência para 40%. Já no hospital, em razão da negligência do médico C, A não foi tratada por mais 10 minutos, eliminando sua chance de sobrevivência. Em função da parada cardíaca e das ações negligentes de B e C, A acaba por falecer. No entanto, não é possível afirmar que a ação de B ou de C tenha sido uma *conditio sine qua non* para a morte de A, já que apenas com a conduta de um deles, A ainda teria 40% de chance de sobrevivência. Assim, se estabelecêssemos um percentual mínimo de 50%, B e C não seriam responsabilizados, pois cada um reduziu apenas em 40% a chance de sobrevivência. Apesar disso, pode-se dizer que as chances de A sobreviver não eram consistentes? Não concordamos com tal abordagem. Estabelecer um percentual mínimo pode potencialmente gerar a recusa de indenização, ferindo a ideia de Justiça, pois não haveria o acolhimento de determinadas situações concretas, com probabilidades substanciais, como as demonstradas no caso supracitado.

É difícil estabelecer um percentual a partir do qual a chance deva ser considerada real. A seriedade da oportunidade perdida deve ser avaliada no contexto específico, por meio de uma ponderação casuística, sendo crucial que essa avaliação seja fundamentada e justificada. Cabe à vítima demonstrar um nível significativo de probabilidade de que, não fosse pela conduta prejudicial de terceiros, poderia ter alcançado o resultado desejado. Por sua vez, cabe à jurisprudência e à doutrina densificar os critérios de aplicabilidade da teoria, de modo a proporcionar maior segurança jurídica.

Portanto, no nosso entendimento, a definição de um limiar mínimo para considerar a chance como consistente não se mostra adequada. A teoria da perda de chance foi concebida com o intuito de proporcionar maior Justiça, direcionando o foco para a vítima, alocando melhor as perdas e salvaguardando oportunidades merecedoras de proteção. Com isso, seriam abarcados casos em que não é possível estabelecer um nexo causal entre a conduta e o dano final, apesar do evidente prejuízo sofrido por parte da vítima. Pela abordagem “tudo ou nada”, tais pleitos seriam negados pela falta de um dos requisitos da responsabilidade civil, qual seja, o nexo causal entre a conduta e o dano. A instituição de um limite percentual mínimo, sobretudo em 50%, teria, na prática, o mesmo impacto, pois excluiria demandas dignas de análise, com

---

<sup>72</sup> JANSEN, Nils, 1999.

base em um percentual discricionário. Por que uma chance de 49,9% deve ser descartada, enquanto uma de 50,1% é acolhida? Isso manteria a abordagem tradicional “tudo ou nada”<sup>73</sup>, direcionando-a agora para o dano da perda de chance, ao invés do dano final.

Essa probabilidade diminuta será refletida no montante indenizatório, resultando em uma compensação de menor valor. Todavia, não deve constituir um obstáculo à admissibilidade do ressarcimento, desde que a vítima possa estabelecer e evidenciar a existência dessa chance perdida.

De acordo com Anderson Schreiber<sup>74</sup>, para uma compreensão completa da perda de chance, é imperativo entendê-la a partir de dois planos distintos: o da existência e o da quantificação desta perda. Primeiramente, no âmbito da existência, examina-se se houve de fato uma oportunidade séria e real que foi perdida. Logo após, no momento de quantificar a perda, é feita uma estimativa a respeito da probabilidade de se alcançar o resultado esperado, associando-lhe um valor correspondente à perda da oportunidade de atingi-lo. Essa divisão em dois planos, isto é, o plano da existência e o da quantificação, é fundamental para compreender que a perda de chance pode verificar-se mesmo quando o resultado não apresentar uma probabilidade extremamente elevada. Ou seja, a existência da perda de chance independe de esta ser alta ou não. Entretanto, é importante reforçar que as chances insignificantes não devem ser indenizadas.

Perder um bilhete de loteria em que a chance de ganhar é de 1 em 100 milhões é bem diferente de perder o bilhete de um sorteio que tem apenas 5 participantes. No primeiro caso, a chance, apesar de existir, pode ser considerada irrisória. Assim, a probabilidade de ganhar é tão desprezível que não merece a tutela jurídica conferida a outras situações. No segundo caso, por sua vez, apesar da probabilidade de ganhar ser apenas 20%, é uma chance razoável de adquirir

---

<sup>73</sup> Com relação à perda de chance e à abordagem tradicional, interessante trecho extraído de David A. Fischer: “*Tort lawyers in the United States often think of “loss of a chance” as a theory of “probabilistic causation” that only applies to medical malpractice misdiagnosis cases. The theory is that if a physician negligently fails to diagnose a curable disease, and the patient is harmed by the disease, the physician should be liable for causing the “loss of a chance” of a cure. We shall see that if the chance of a cure is less than 50 percent, the plaintiff cannot prove by a preponderance of evidence that the negligence caused the harm, and would recover no damages under the traditional “all or nothing” rule. Loss of a chance becomes a theory of “probabilistic causation” if we use it to hold the physician liable for the patient’s harm but reduce any award by the chance that the harm would have occurred even with proper diagnosis and treatment. If, for example, the chance of a cure was 40 percent, under a “probabilistic causation” rule, the physician would be liable for 40 percent of the patient’s harm because the physician deprived the patient of a 40 percent “chance” of avoiding the harm.*”. FISCHER, David A. Tort recovery for loss of a chance. **Wake Forest Law Review**, v. 36, 2001, p. 605.

<sup>74</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013, p. 196.

o prêmio. A perda do bilhete em razão de ato de terceiro priva a vítima de concorrer a um prêmio que ela teria boas chances de ganhar.

Além da seriedade de que a chance deve se revestir, o resultado não pode ter sido obtido por outros meios. É essencial que o resultado útil almejado — seja obter vantagem esperada, seja evitar o prejuízo — não tenha sido alcançado. Sem a ocorrência desse último dano, essas oportunidades não podem ser consideradas perdidas; caso contrário, estaríamos diante de uma situação de mera criação de risco. Assim, as oportunidades devem ter sido irremediavelmente destruídas.

#### 4.2 Certeza e Irreversibilidade do Dano

Tradicionalmente, a certeza do dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil para que o dano seja reparável. Entretanto, é fundamental não confundir o caráter imediato do dano com a certeza deste. A certeza pode ser caracterizada ou pela ocorrência do dano, ou por circunstâncias que o tornam altamente provável ou inevitável. Nesta última perspectiva, é preciso diferenciar os danos certos, ainda que ocorram no futuro, daqueles meramente eventuais, tendo em vista que os danos eventuais não são passíveis de indenização, justamente por faltar o pressuposto da certeza. Essa certeza é relativa, como é possível perceber no caso dos lucros cessantes, tendo em vista que esses nunca existiram e nem existirão<sup>75</sup>, representam apenas o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar.

A perda de oportunidade sempre foi tratada de forma doutrinária como uma questão de certeza. Quer dizer, da falta de certeza do resultado ou de que o dano final seria evitado, posto que o desenrolar dos fatos não é conhecido. A oportunidade representa uma expectativa intrinsecamente hipotética, que depende do desfecho de um processo aleatório. Todavia, quando esse processo aleatório é interrompido por ato imputável a terceiros, a vítima vivencia a privação de uma probabilidade relacionada a um resultado favorável. Essa probabilidade pode ser calculada por meio de análises estatísticas, o que lhe garantiria um caráter de certeza<sup>76</sup>.

Cabe ressaltar que o que a responsabilidade civil busca não é alcançar uma certeza absoluta, visto que tal grau de certeza não é alcançável. Em geral, o termo "dano certo" refere-se àquele que possui uma alta probabilidade, uma probabilidade tão substancial que merece ser levado em consideração<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. **Direito e justiça**, v. 19, n. 2, p. 9-47, 2005.

<sup>76</sup> SILVA, Rafael Peteffi da, 2013.

<sup>77</sup> LE TOURNEAU, Philippe *apud* SCHREIBER, Anderson, 2013, p. 195.

O dano, portanto, deve se fundamentar em fato preciso, não em mera hipótese. Vejamos o seguinte exemplo: um atleta é acusado injustamente de *doping*, levando à sua suspensão de competições esportivas. Posteriormente, as alegações se mostraram infundadas, mas o atleta já havia perdido a oportunidade de participar de competições importantes durante o período de suspensão. Nada garante que o atleta se consagraria campeão do torneio, mas o fato é que este perdeu a oportunidade de tentar. Aqui, a acusação errônea e subsequente suspensão injusta resultaram na perda real de chances de competição e sucesso. O que a teoria em comento faz é atribuir relevância jurídica a essa chance perdida, independente do resultado que seria alcançado se as circunstâncias seguissem seu curso normal. Essas oportunidades perdidas não configuram um dano hipotético. Hipotético é o resultado final, não a perda da possibilidade de obtê-lo. Ao tratar da perda de chance, essa certeza diz respeito ao dano intermediário, isto é, às chances perdidas, não ao dano final. Logo, a chance em si mesma é um dano certo, cumprindo a exigência da certeza enquanto pressuposto do dever de indenizar.

Nas palavras de Nuno Santos Rocha:

A teoria da perda de chance trabalha assim com critérios de certeza e de incerteza: exige-se certeza em relação à possibilidade séria e real de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo, mas deparamo-nos com a incerteza sobre se a vantagem teria efectivamente ocorrido ou se o prejuízo teria sido evitado, não fora a actuação culposa do lesante. "Há incerteza no dano mas certeza na probabilidade".<sup>78</sup>

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro também tem ressaltado esse entendimento de que o prejuízo deve ser e é certo, conforme excerto extraído do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: "na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. Repara-se a chance perdida, e não o dano final"<sup>79</sup>.

Entretanto, frequentemente, a vítima busca compensação com base no dano final sofrido, para o qual é difícil estabelecer um nexo causal. A ação deveria ser baseada na oportunidade que lhe foi tolhida; esta sim é um dano certo, para o qual é possível estabelecer um nexo causal.

---

<sup>78</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014, p. 59.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém-nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 10 ago 2014. STJ: Brasília, 2014.

Por último, é imperativo destacar que, além da necessidade de ocorrência do dano, este terá que ser definitivo. Isso significa que não pode haver a possibilidade de a chance voltar a existir, essa perda de chances tem que ser irreversível. É justamente essa destruição de possibilidades que será reparada.

A fim de ilustrar esse ponto, considere os seguintes exemplos: um indivíduo é privado de um bilhete de loteria com uma chance de ganho de 1 em 10, mas posteriormente consegue obter uma segunda via desse bilhete. Neste caso, a oportunidade não pode ser considerada definitivamente perdida. Um transportador atrasa a entrega de um cavalo destinado a uma competição, porém esta é adiada por outros motivos, permitindo que o cavalo chegue em tempo oportuno. Do mesmo modo, não podemos sustentar que houve uma efetiva perda de chance, pois o cavalo não deixou de participar da corrida. Assim, a alegação da perda de chance não será procedente se o resultado esperado puder ser obtido de outra forma, tendo em vista que não há perda de chance se a chance não foi perdida.

A perda de chance, portanto, precisa ser definitiva. A este respeito, é interessante citar novamente Nils Jansen<sup>80</sup>. Ao diferenciar a perda de chance do aumento de risco, o autor retoma o exemplo, já trazido anteriormente, da parada cardíaca de A. Nem o acidente gerado por B, nem a negligência médica de C, por si só, teriam ocasionado a morte de A. E, apesar de B ter causado o atraso no tratamento, B apenas diminuiu a chance de A ou aumentou o risco de morte, pois ainda havia uma chance de 40% restante para A. Assim, nas palavras do autor, é importante distinguir se houve a perda ou apenas uma diminuição da chance, ainda que traçar esta linha seja uma tarefa difícil. Isso seria possível a partir do conceito de chance substancial. Assim, para Nils Jansen, a perda significa que não restou nenhuma chance substancial<sup>81</sup>.

É possível perceber, portanto, que as chances precisam ser sérias e reais e o dano deve ser certo, irreversível e definitivo.

---

<sup>80</sup> JANSEN, Nils, 1999.

<sup>81</sup> “Finally, it should also be made clear that B’s causing the accident and the delay of treatment in our hypothetical case did not lead to a loss of a chance. Although statistically she contributed as much as C to the death of A there was some chance left for A, since A’s heart attack and B’s fault alone were not sufficient causes for A’s death. We cannot know whether she would have died without C’s fault. Therefore, B merely caused a decrease of A’s chance, or an increase of her risk. This distinction is important; but whether a decrease of a chance should also lead to legal liability in tort will not be considered at this more conceptual part of the discussion. Clearly, drawing the borderline between the loss and the mere decrease of a chance can in some cases be difficult. This becomes a problem if the remaining chance is very small. However, the law can deal with such problems. It is perfectly understandable to distinguish cases of a loss from cases of a decrease by the concept of a substantial chance. Thus, ‘loss’ means that no substantial chance is left.” JANSEN, Nils, 1999, p. 282.

Vejam os Acórdãos do STJ de 11 de julho de 2023 para elucidar ainda mais a questão. AA e BB entraram com uma ação contra a MAFRE-SEGUROS GERAIS, SA argumentando, entre outras alegações, que a omissão do advogado em informar o patrimônio da Autora resultou no indeferimento da concessão de exoneração do passivo restante à Autora no processo de insolvência. Após o julgamento, foi proferida sentença procedente à ação intentada pela Autora BB contra Mafre, que interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal da Relação de Lisboa julgado procedente o recurso, revogando a decisão recorrida. Inconformada, a Autora interpôs recurso ao STJ, que negou a revista, confirmando o acórdão recorrido. Essa decisão é interessante, pois um dos argumentos para a decisão do STJ foi justamente a possibilidade de a Autora se apresentar novamente à insolvência, pedindo a exoneração do passivo restante, uma vez que não há nenhum impedimento legal para isto. Assim, “não assumem tal natureza de impossibilidade definitiva, passível de levar a ponderar a existência de um dano de perda de chance”<sup>82</sup>. Na análise do Direito, ainda é pontuado que: “conforme se aludiu, para o comportamento de terceiro, no caso o então Mandatário da Autora fosse suscetível de gerar a responsabilidade, a título de perda de chance, **teria que eliminar, de forma definitiva, as possibilidades do resultado vantajoso se vir a produzir** (grifo nosso)”. Portanto, vemos que a chance deve ser irremediavelmente perdida, não havendo outra possibilidade de o resultado benéfico vir a se produzir.

Vera Lúcia Raposo sumariza bem as características que vimos até então, indispensáveis para a configuração da perda de chance. Segundo a autora, que se passa a citar, “eis aqui os dois elementos básicos da perda de chance: uma perda actual e efectiva, por um lado, uma possibilidade favorável real e séria, por outro lado”<sup>83</sup>.

É fundamental que todos esses requisitos sejam atendidos de modo a haver uma aplicação criteriosa da teoria, evitando exageros e diferenciando a perda de chance de outras figuras semelhantes.

---

<sup>82</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Acórdão n. 11733/19.8T8LSB.L1.S1**. Responsabilidade contratual. Perda de chance. Dano. Pressupostos. Contrato de mandato. Mandato forense. Cálculo da indemnização. Obrigações de meios e de resultado. Advogado. Exoneração do passivo restante. Insolvência. Relatora: Ana Resende. 11 jul 2023. STJ: Lisboa, 2023.

<sup>83</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica). **Revista do Ministério Público**, v. 138, p. 09-61, 2014. P. 10.

### 4.3 Quantificação

Uma das principais barreiras que se impõem à implementação da teoria da perda de chance reside nas complexidades enfrentadas pelos juízes ao avaliar o valor econômico das oportunidades que foram perdidas, a fim de viabilizar a devida compensação. Há uma discussão a respeito de quais deveriam ser os critérios utilizados quando da avaliação do dano, tendo em vista a falta de diretrizes específicas.

Enquanto a causalidade se refere à relação de causa e efeito que deve ser estabelecida entre uma conduta ilícita e um prejuízo antes que a responsabilidade por esse possa ser imputada a alguém, a quantificação é o processo de identificação e mensuração do prejuízo causado pela conduta ilícita<sup>84</sup>. É importante ressaltar que, tendo em vista que a função primordial da responsabilidade civil é reparatória, o dano é tanto o requisito, como o limite para a reparação, não podendo a indenização ultrapassar o valor do dano final, sob o risco de enriquecimento ilícito. Na responsabilidade civil não há espaço para este enriquecimento.

De fato, avaliar o valor da oportunidade perdida nem sempre é uma tarefa simples, mas tal complexidade não pode servir de justificativa para que a compensação de um dano existente seja negada, posto que mesmo em situações mais intrincadas é evidente o valor financeiro das chances perdidas. Para que seja possível avaliar o valor da indenização, deverá ser levado em consideração o grau de aleatoriedade presente nas oportunidades que foram perdidas<sup>85</sup>. Em geral, tais análises são feitas com base em cálculos probabilísticos e em opiniões de especialistas, se disponíveis.

Valiosa é a lição trazida por Schreiber, ao dizer que:

A reparação do dano é, por definição, o fruto de um exercício de imaginação. Como já advertia a melhor doutrina alemã, "o acontecimento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos", de modo que se torna dever do responsável "provocar um novo estado de coisas que se aproxime o mais possível da situação frustrada", isto é, daquela situação que "segundo os cálculos da experiência humana e as leis da probabilidade, seria a existente (e que é, portanto, irreal). **Todo o esforço da responsabilidade civil consiste em tentar colocar a vítima numa situação em que ela não mais se encontra, mas na qual presumidamente se encontraria não fosse o evento danoso**". (grifo nosso)<sup>86</sup>

Contudo, tais desafios não parecem ser substancialmente maiores, se comparados, por exemplo, às dificuldades inerentes ao cálculo dos danos não patrimoniais. Assim sendo, essas

<sup>84</sup>KING JR, Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *Yale Lj*, v. 90, p. 1353, 1980.

<sup>85</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

<sup>86</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013, p. 194-195.

dificuldades não devem servir como um argumento definitivo para a recusa da aplicação dessa teoria em nosso sistema jurídico<sup>87</sup>.

Como observado, o dano decorrente da perda de chance mantém uma estreita conexão com o resultado desejado que se buscava alcançar. A ação de reparação compreenderá dois momentos diferentes. O primeiro deles é provar o nexó de causalidade entre a conduta antijurídica e a interrupção do processo aleatório que estava em curso, provando que a conduta imputável ao réu subtraiu irremediavelmente as chances de obter a vantagem futura esperada. Por sua vez, o segundo momento consiste na avaliação do montante a ser indenizado.

Tendo em vista a interligação entre o resultado final e o dano da perda de chance, a avaliação do valor desse último deve ser efetuada considerando a probabilidade de concretização do referido resultado. Nesse sentido, a quantificação do dano proveniente da perda de chance estará diretamente ligada ao grau de probabilidade de sucesso que o indivíduo possuía, não fosse o evento antijurídico que subtraiu suas chances de alcançar a vantagem esperada.

Por sua vez, no momento de avaliação do *quantum debeat*, são necessárias três etapas distintas. Primeiramente, deve-se avaliar o valor econômico do resultado esperado — resultado que não é conhecido em função da interrupção do processo aleatório. Em seguida, é necessário determinar a probabilidade que esse resultado teria de se materializar, caso o ato ilícito não tivesse ocorrido. Esse segundo valor, expresso em uma expectativa probabilística que reflète consistência e a seriedade das chances, deve ser então aplicado ao valor do resultado esperado. Isso possibilitará a obtenção do montante financeiro relativo ao dano resultante da perda de chance.

O valor da indenização resultará, assim, do valor do ganho a ser auferido ou do prejuízo a ser evitado, reduzidos por um coeficiente proporcional ao grau de possibilidade de obtenção do resultado esperado<sup>88</sup>. Caso essa operação não seja viável, o Tribunal decidirá por meio do uso da equidade. Para que isso seja possível, o Tribunal já deve ter demonstrado que a chance era real, séria e ressarcível, pois o artigo 566.º n.º 3 do CC não serve para acobertar problemas

---

<sup>87</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014

<sup>88</sup> É importante ressaltar que esta forma de cálculo é simplificada, pois baseia-se na premissa de que há apenas dois resultados possíveis: a obtenção ou não da vantagem almejada. Entretanto, no cotidiano, estão presentes diversas situações em que há uma série de resultados possíveis. Em uma corrida com 8 participantes, por exemplo, não existe apenas a dicotomia "ganhar ou perder". O atleta pode ficar em primeiro lugar, em segundo lugar, assim por diante. Dessa forma, para o cálculo do valor da chance, será preciso efetuar uma média ponderada dos possíveis resultados.

relacionados à falta de prova<sup>89</sup>. O objetivo do artigo em questão é estabelecer um critério para a quantificação do valor a ser indenizado quando não puder ser averiguado o valor exato dos danos<sup>90</sup>.

Esse cálculo também pode ser utilizado ainda que a chance perdida tenha natureza moral. Nesse caso, na primeira etapa será calculado o valor do dano moral, para, no segundo momento, ser feita a redução proporcional com base nas expectativas matemáticas do caso concreto.

O valor a ser concedido como indenização somente pode ser determinado após a realização destas. Vemos, portanto, que a relação de probabilidade entre a oportunidade e o êxito acaba por estabelecer o valor da chance perdida. Tendo em vista que a indenização visa reparar as chances perdidas de se obter determinado resultado ou de evitar um prejuízo, o valor da indenização das chances perdidas será sempre menor do que o valor que seria obtido ao se indenizar pelo dano final<sup>91</sup>. É uma distinção facilmente compreensível uma vez que se repara a possibilidade de um resultado e não o resultado em si. A reparação da possibilidade jamais poderia ser igual ao da vantagem esperada. Se o valor fosse igual ao do resultado esperado ou ao do prejuízo final, faltaria o pressuposto do nexos de causalidade, pois, como visto, esse dano não pode ser remunerado, já que não é possível ter certeza de que a pessoa obteria o resultado desejado. Dessa forma, a indenização não corresponderá à extensão do resultado final, mas sim à exata extensão do dano intermédio, qual seja, a chance que foi perdida. Assim, o valor da indenização deverá manter-se dentro dos limites do dano. Vemos, portanto, que, no caso da perda de chance, o dano final aparece também como requisito e limite para a indenização. Requisito porque sem o dano final, a chance não foi perdida, então não há que se falar em perda de chance. Limite, porque o dano intermédio não poderá ter valor igual ou superior ao dano final. É também o entendimento de Menezes Leitão, segundo o qual a indenização deverá sempre ser “fixada em montante inferior ao dano final, a graduar pelo juiz nos termos do artigo 566.º n.º 3, consoante o maior ou menor grau de probabilidade de verificação da oportunidade”<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> COSTA, Patrícia Cordeiro, 2020.

<sup>90</sup> PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344**. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Lisboa: diário do governo, 1966.

<sup>91</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral, 2012.

<sup>92</sup> MENEZES LEITÃO, Luís. A perda de oportunidade como dano no direito português. In: MIRANDA BARBOSA, Mafalda; MUNIZ, Francisco (Coords). **Responsabilidade Civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil – Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 141-152.

O valor total do resultado final pretendido, por conseguinte, será usado como parâmetro para determinar a compensação apropriada. Mas, como visto, essa não é uma tarefa fácil, é um problema com o qual os magistrados, juízes e doutrina se deparam constantemente<sup>93</sup>.

Quanto maior a probabilidade de sucesso, mais próxima do valor do resultado final será a indenização. Em contrapartida, quanto menor a probabilidade de sucesso, mais distante do valor do resultado final será a indenização, podendo até ser inexistente, se a chance for considerada ínfima, pois, neste caso, faltará a relevância jurídica para que esta seja indenizada.

Parte da doutrina afirma que o fato de o dano resultante da perda de chance não coincidir com o dano final fere o princípio da reparação integral. Contudo, tal argumento não deve prevalecer, tendo em vista que, uma vez assentada a possibilidade de compensação do dano decorrente da perda de chance, a indenização a ser concedida segue o princípio da reparação integral. Isso implica que o dano causado pela perda da oportunidade — não o dano final — é compensado integralmente. O juiz deve considerar não só a existência, mas também o nível de incerteza que afeta a concretização da oportunidade perdida ao determinar a quantia a ser concedida como reparação<sup>94</sup>.

Certamente, no contexto da responsabilidade civil, é amplamente conhecido que o desafio mais complexo que se apresenta ao magistrado é assegurar que a compensação concedida à vítima corresponda ao dano experimentado. Embora os dados estatísticos forneçam

---

<sup>93</sup> Acórdão do STJ proferido em 05.02.2013 (proc. n.º 488/09.4TbESP.P1.S1):

“O dano da «perda de chance» deve ser avaliado, em termos hábeis, de verosimilhança e não segundo critérios matemáticos, fixando-se o quantum indemnizatório, atendendo às probabilidades de o lesado obter o benefício que poderia resultar da chance perdida, sendo, precisamente, o grau de probabilidade de obtenção da vantagem (perdida) que será decisivo para a determinação da indemnização.

Por outro lado, uma vez que o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante, inexistente violação das regras gerais da responsabilidade civil que vigoram no nosso ordenamento jurídico, devendo a indemnização refletir essa diferença, cuja expressão é dada pela repercussão do grau de probabilidade no montante da indemnização a atribuir ao lesado.

Assim sendo, a reparação da perda de uma chance deve ser medida, em relação à chance perdida, e não pode ser igual à vantagem que se procurava.

Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse onexo causal entre o facto e o dano final, devendo, assim, corresponder ao valor da chance perdida.

Para tanto, importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realizar a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzido num valor percentual.

Uma vez obtidos tais valores, aplica-se o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado de tal operação o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance.”

<sup>94</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434.

parâmetros para que o magistrado estipule o valor da oportunidade perdida, esses refletem sempre uma média extraída de situações semelhantes. Assim, o juiz deve observar as peculiaridades do caso concreto em análise, pois este é composto por circunstâncias que o tornam singular em relação aos casos semelhantes. Em termos estatísticos, por exemplo, em uma corrida com dez cavalos, cada cavalo possui uma probabilidade de dez por cento de vencer a corrida. Todavia, é inegável que o atraso no transporte dos animais impactará muito mais o proprietário do cavalo amplamente reconhecido e tido como favorito do que aquele que é dono do cavalo azarão. A estatística, por sua própria natureza, estará sempre um passo atrás da realidade, tendo em vista que a complexidade da vida social traz aspectos e fatores adicionais que não foram incorporados no cálculo original e que não podem ser ignorados pelo magistrado quando possuírem relevância para o contexto em apreço. Ainda que os dados estatísticos sejam fundamentais, o cálculo da probabilidade deverá se basear na situação particular da vítima<sup>95</sup>.

Independentemente das particularidades de cada caso específico, é imperativo exercer um juízo de razoabilidade. As decisões judiciais devem ser guiadas pelo bom senso, a fim de evitar o enriquecimento ilícito, uma prática estritamente proibida pelo sistema legal em vigor. Uma interpretação inadequada das premissas da teoria da perda de chance pode levar a uma aplicação equivocada, resultando na negação de uma indenização que a vítima teria por direito ou, em alguns casos, concedendo uma compensação superior à devida, com base nas probabilidades e no ganho final a ser auferido ou no prejuízo a ser evitado.

---

<sup>95</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013, p. 202.

## 5 PERDA DE CHANCE NOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

Nesta seção, iremos percorrer, ainda que brevemente, a principal jurisprudência portuguesa sobre a matéria, para, a partir desta, refletir acerca da figura e aprofundar o nosso estudo na problemática que está em questão.

Em Portugal, o primeiro caso do STJ do qual temos conhecimento é o Acórdão de 09 de fevereiro de 2006<sup>96</sup>, que tratava da resolução de um contrato promessa em razão de uma penhora indevida. No referido caso, a Autora "A" Ltda. ingressou com ação em desfavor do Banco B, S.A (agora Banco C, S.A.) alegando que este registrou indevidamente uma penhora em um imóvel de sua propriedade, impedindo-a de cumprir um contrato promessa de compra e venda de imóvel. Isso fez com que tivesse que pagar uma quantia ao promitente comprador. A Autora alegou também que a frustração do negócio fez com que deixasse de receber o montante de Esc.31.000.000\$00. O tribunal de primeira instância julgou a ação parcialmente procedente, condenando o Réu a pagar € 154.627,35 à Autora. A Relação do Porto anulou a decisão sobre a matéria de fato e, após um novo julgamento, o Réu foi condenado nos mesmos termos.

O Banco C, S.A. recorreu para o STJ alegando que, diferentemente do que o Acórdão recorrido entendeu, a Autora não teria provado qualquer dano indenizável, visto que a diferença entre o preço de compra e o preço acordado no contrato promessa só se traduziria em um prejuízo se alegado que o terreno não poderia ser vendido a um terceiro pelo mesmo preço. Ademais, argumentou que a Autora continuou sendo a proprietária do imóvel, não provando a desvalorização do bem em razão da desistência da compra. Argumentou também que a perda de chance não é indenizável à luz da ordem jurídica vigente e que a decisão da Relação do Porto violou os artigos 562º, 564º, nº1 e 566º, nº2 do Código Civil.

Entretanto, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que “a perda da oportunidade de venda do imóvel nas condições estipuladas no contrato promessa traduz-se num prejuízo cujo ressarcimento se impõe”<sup>97</sup>. Embora a Autora continuasse a ser a proprietária do imóvel, podendo vendê-lo posteriormente, a oportunidade de negócio e o lucro que se esperava haviam sido perdidos, nada garantindo que a oportunidade viesse a se repetir. Todavia, o valor do prejuízo foi fixado equitativamente em € 50.000,00, pois o Tribunal entendeu que o prejuízo

---

<sup>96</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 06B016**. Contrato-promessa. Penhora. Prejuízo. Indemnização. Cálculo da indemnização. Relator: Moitinho de Almeida. 14 jun 2006. STJ: Lisboa, 2006.

<sup>97</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 06B016**. Contrato-promessa. Penhora. Prejuízo. Indemnização. Cálculo da indemnização. Relator: Moitinho de Almeida. 14 jun 2006. STJ: Lisboa, 2006.

não deveria necessariamente coincidir com a diferença entre os preços de aquisição e o acordado no contrato promessa. Vemos, assim, que a decisão do Tribunal foi favorável, considerando a perda da oportunidade de vender o imóvel como um prejuízo gerado à Autora.

Passemos nossa análise ao acórdão do STJ de 2009<sup>98</sup>. No Acórdão do STJ datado de 22 de outubro de 2009, o tribunal argumentou que, ao aplicar a figura legal da "perda de chance", é necessário fazer uma distinção clara entre a análise da questão sob uma vertente jurídica e uma vertente factual. O tribunal sustentou que a aplicação desta figura vai contra o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada. Portanto, à luz da lei nacional, não se justificaria nem a redução da compensação, como é adotado em alguns outros países, nem a inversão do ônus da prova. No entanto, no contexto dos fatos específicos de um caso, se as provas apresentadas durante o processo justificarem, o juiz pode fixar os fatos relacionados ao resultado da chance perdida<sup>99</sup>. Vejamos o caso em questão.

No Tribunal Judicial de Loures, a autora, que é professora do quadro de nomeação definitiva da Escola Secundária Braamcamp Freire, na Pontinha, alegou que, em 11 de janeiro de 1997, apresentou uma candidatura à avaliação extraordinária para reconhecimento de mérito excepcional, mas seu pedido foi indeferido devido à falta de informação fundamentada do órgão de administração e gestão da escola. Essa omissão foi atribuída ao réu, que era o Presidente do Conselho Diretivo, alegando que sua atitude prejudicou a progressão na carreira da autora e resultou em perdas financeiras detalhadas. Isso teria causado angústia, ansiedade, tristeza, frustração e grande desgosto à autora, afetando negativamente sua estabilidade emocional e vida familiar. Os autores buscaram uma condenação do réu no pagamento de € 33.773,95, abrangendo danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, acrescidos de juros desde a data da citação até o integral pagamento. O réu contestou alegando que não se verificavam os requisitos da responsabilidade civil extracontratual conforme definidos no artigo 483.º do Código Civil, argumentando que não existia, por conseguinte, obrigação de indenizar.

A ação seguiu seu curso e foi proferida sentença de improcedência, absolvendo o réu do pedido. A autora recorreu, e o Tribunal da Relação de Lisboa condenou o réu a pagar €10.000 euros como compensação pelos danos não patrimoniais, acrescidos dos juros de mora. Também foi determinado o pagamento de uma indenização por danos patrimoniais, referente às

---

<sup>98</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo: 409/09.4YFLSB**. Perda de chance. Caso julgado. Expectativa jurídica. Danos não patrimoniais. Relator: João Bernardo. 22 out 2009. STJ: Lisboa, 2009.

<sup>99</sup> CASTANHEIRA, Sérgio. Portugal: Uma chance perdida. In: AA. VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013.

diferenças salariais que a autora receberia caso fosse classificada como "Excelente" no processo de avaliação, a ser calculada posteriormente e atualizada com base nos índices de variação geral de preços desde o início da ação, acrescida de juros de mora desde a citação.

Ambas as partes, insatisfeitas, recorreram ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Após verificar que todos os requisitos da responsabilidade civil extracontratual estavam preenchidos, passou-se à análise do dano e do nexo causal entre este e a conduta do réu, que não emitiu parecer legalmente obrigatório. Inicialmente, considerou, com base nos fatos comprovados, que não era possível concluir que a autora seria classificada como "Excelente", especialmente porque não era possível saber qual seria o conteúdo do parecer. Concluiu-se que a pretensão da autora só poderia ser protegida legalmente se fosse aplicada a figura da "perda de chance". Essa tese, entretanto, não foi aceita no final.

O acórdão<sup>100</sup>, ao decidir que a figura da "perda de chance" não se aplica, realiza uma análise abrangente da doutrina e jurisprudência nacionais. Inicia citando o professor Júlio Gomes<sup>101</sup>, em seu estudo detalhado sobre a perda de chance, em que o autor conclui que, em geral, a simples perda de uma chance não tem mérito para sustentar a reivindicação de indenização. De acordo com o autor, a doutrina da perda de chance, quando invocada para introduzir uma concepção de causalidade probabilística, deve ser rejeitada, pelo menos no atual contexto legal em Portugal. No entanto, o autor reconhece a existência de situações específicas, em que as chances se densificam o suficiente e a teoria da perda de chance pode ser aplicada, como quando alguém perde um bilhete de loteria ou é injustamente excluído de um concurso.

Outro autor português mencionado é Paulo Mota Pinto<sup>102</sup>, segundo o qual não há uma base jurídica sólida em Portugal para apoiar a reparação por perda de chances. Para o autor, seria mais viável recorrer à inversão do ônus da prova, facilitar a prova da causalidade e do dano, com subsequente redução da indenização, do que estabelecer a "perda de chance" como um tipo autônomo de dano.

O acórdão cita também o autor Carneiro da Frada<sup>103</sup>, que em "O Método do Caso" menciona o exemplo da "perda de chance" como um tipo de dano relativamente pouco explorado em Portugal. O autor destaca a relevância desta teoria em casos de responsabilidade médica, como quando o atraso no diagnóstico em decorrência de erro médico reduz as chances

---

<sup>100</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo: 409/09.4YFLSB**. Perda de chance. Caso julgado. Expectativa jurídica. Danos não patrimoniais. Relator: João Bernardo. 22 out 2009. STJ: Lisboa, 2009.

<sup>101</sup> GOMES, Júlio, 2005 *apud* PORTUGAL, 2009.

<sup>102</sup> MOTA PINTO, Paulo, 2008 *apud* PORTUGAL, 2009.

<sup>103</sup> CARNEIRO DA FRADA, 2006 *apud* PORTUGAL, 2009.

de cura de determinado paciente. Segundo o autor, uma das opções para resolução deste tipo de problema é a perda de oportunidade em si ser considerada um dano, antecipando o prejuízo em relação ao dano final. Nessa perspectiva, seria necessário considerar a possibilidade da pessoa se curar como um bem jurídico tutelável. Enquanto no âmbito contratual, a perda de oportunidade pode levar à responsabilidade com base na vontade das partes ao estipularem a "chance" como um interesse juridicamente protegido pelo contrato, no domínio extracontratual essa abordagem é mais complexa, tendo em vista a redação do artigo 483.º, n.º1, que não abre espaço para isso. Segundo o autor, fora desse contexto, tudo dependeria da capacidade de identificar a violação de uma norma cujo objetivo seja precisamente proteger uma oportunidade. Mesmo que isso seja feito, quantificar esse dano é problemático, requerendo um julgamento de probabilidade. Não sendo possível averiguar o valor exato dos danos, o Tribunal recorrerá à equidade.

Finalmente, Armando Braga<sup>104</sup>, citando doutrina francesa e italiana, considera o dano denominado como "perda de chance" como um dano presente. O autor argumenta que apesar deste tipo de dano consistir na perda de probabilidade de obter alguma vantagem futura, a chance em si é uma realidade atual. Argumenta ainda que a chance de obter um ganho futuro é um bem jurídico que merece proteção, sendo a compensação baseada na probabilidade estatisticamente comprovável da vantagem perdida, e não no benefício esperado. A quantificação da indenização, portanto, depende do grau de probabilidade de obter a vantagem perdida.

Com o intuito de chegar a uma decisão para o recurso em questão, o Tribunal dividiu a análise em duas vertentes: a factual e a jurídica. No que diz respeito à vertente jurídica, afirma-se que no sistema jurídico português, a figura da perda de chance não tem sido abordada de forma a permitir que seja tratada como uma categoria autônoma de danos, nem do ponto de vista doutrinário, nem do ponto de vista jurisprudencial. O Tribunal ainda diferencia a perda de chance do dano futuro, tendo em vista que a perda de chance já havia ocorrido quando da decisão judicial de primeira instância. Dessa forma, o critério de previsão do art. 564.º, n.º 2, do Código Civil, e a insegurança que o reveste, não se aplicariam aqui. No que se refere aos danos, o que importa é a certeza, conforme previsão do art. 483.º. Essa certeza cede apenas no caso do artigo 564.º, que se refere à "previsibilidade", o que não se aplica aos casos de perda de

---

<sup>104</sup> BRAGA, Armando *apud* PORTUGAL, 2009.

chance, dado que, quando o julgamento ocorre, não são feitas previsões, pois tudo já aconteceu. Desse modo, o artigo apenas poderia ser aplicado por analogia se se referisse à "probabilidade".

Além disso, em consonância com a necessidade de certeza do dano, as regras da causalidade adequada continuariam sendo aplicadas, devendo o intérprete verificar não só se a causa foi *condition sine qua non* do dano, como se foi adequada a causá-lo. Afirma ainda que em Portugal segue-se o princípio da reparação integral consoante ao artigo 562.º do Código Civil. Assim, com relação ao *quantum* indenizatório, a redução do valor da indenização praticada em outros países, como por exemplo a França, não tem cabimento no caso em apreço, pois o artigo 494.º não parece ser aplicável em casos de incerteza em relação ao dano ou à causalidade.

Com relação ao ônus da prova, com base nos artigos 342.º e seguintes do Código Civil, não parece haver uma inversão do ônus da prova e a dificuldade de provar o fato não muda tal critério. Desse modo, não há nada que obrigue o agente que causou a perda a provar que a chance não teria levado à vantagem alegada. Assim, a conclusão foi a de que, do ponto de vista jurídico, a perda de chance não enseja o direito à indenização pelos benefícios que poderiam ser obtidos pelo resultado alcançado não fosse a intervenção do terceiro.

O relator esclarece ainda que o Tribunal deve decidir sobre os fatos, mas que isto não significa que apenas os fatos absolutamente certos devem ser considerados, pois, em geral, a decisão se baseia em certezas relativas, ponderadas pelo juiz de modo a formar sua convicção. No caso em questão<sup>105</sup>, o ponto principal é saber se a autora teria recebido a classificação de "Excelente" — o que não foi considerado provado, não podendo, assim, determinar se ela teria ou não recebido tal classificação; não há informações suficientes que permitam essa suposição. Todavia, nada impede que a não apresentação da candidatura possa ser considerada um dano não patrimonial, em razão da frustração e da angústia de não ter a candidatura contemplada. Com base em tais fatos, o entendimento foi de que a autora merecia uma indenização nos termos do artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, devendo o montante da indemnização ser determinado com base no grau de culpabilidade do agente, que, no caso em comento, agiu de forma dolosa, prejudicando a autora. Por fim, afirmou-se que isso reflete a função sancionatória da responsabilidade civil, que caminha ao lado da função reparadora, e que este tem sido o entendimento do Tribunal.

---

<sup>105</sup> PORTUGAL, 2009.

O acórdão do STJ de 29 de abril de 2010, por sua vez, que tratava da responsabilidade civil do mandatário forense, negou o dano patrimonial por meio da figura de perda de chance sob o argumento de que isso implicaria conferir à indenização uma função punitiva e não meramente reparatória, concluindo que “a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva”<sup>106</sup>. Entretanto, em 28 de setembro de 2010, no âmbito do processo 171/2002.S1, o Tribunal considerou que a perda de chance não só é um dano autónomo, como também está dentro dos princípios orientadores do ordenamento jurídico português: “bem andou o acórdão recorrido ao ter em conta o dano conhecido por “perda de chance” que, na nossa modesta opinião, cabe claramente, dentro dos princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico-civil”<sup>107</sup>, adotando entendimento distinto dos anteriores. Afirmou ainda que, ao privar o cliente de um direito processual fundamental por meio da omissão que determinou a imediata confissão dos fatos constitui por si só um dano autónomo, independentemente do resultado da ação ao seguir o seu curso normal.

Em 10 de março de 2011<sup>108</sup>, o mesmo STJ, em outro julgado, relatado pelo Exm.º Juiz Conselheiro Távora Victor, no processo 9195/03.0TVLSB.L1.S1, concluiu que a chance tem um valor por si mesma, sendo passível de indenização<sup>109</sup>. Todavia, em acórdãos de 29 de maio<sup>110</sup> e de 18 de outubro de 2012<sup>111</sup> a respeito da perda de chance no mandato forense, o STJ concluiu que a teoria da perda de chance não tem apoio expresso na lei civil portuguesa, não podendo fundamentar pretensão indemnizatória<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 2622/07.0TBPNF.P1.S1**. Perda de chance. Expectativa jurídica. Mandato forense. Advogado. Dano não patrimonial. Relator: Sebastião Póvoas. 29 abr 2010. STJ: Lisboa, 2010.

<sup>107</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 171/2002.S1**. Advogado. Mandato forense. Responsabilidade contratual. Presunção de culpa. Obrigações de meios e de resultado. Falta de contestação. Direito de defesa. Relator: Moreira Alves. 28 set 2010. STJ: Lisboa, 2010a.

<sup>108</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Secção). **Acórdão n. 9195/03.0TVLSB.L1.S1**. Advogado. Deveres funcionais. Patrocínio judiciário. Dever de diligência. Culpa. Erro. Responsabilidade contratual. Obrigação de indemnizar. Nexos de causalidade. Danos patrimoniais. Danos não patrimoniais. Perda de chance. Expectativa jurídica. Relator: Távora Victor. 03 out 2011. Lisboa: STJ, 2011.

<sup>109</sup> FERREIRA, Rui Cardona. A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). **Revista da Ordem dos Advogados**, s.d., v. 73, p. 1301-1329.

<sup>110</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Processo n. 8972/06.5TBRRG.G1.S1**. Advogado. Responsabilidade civil. Nexos de causalidade. Relator: João Camilo. 29 maio 2012. STJ: Lisboa, 2012.

<sup>111</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 5817/09.8TVLSB.L1S1**. Advogado. Mandato forense. Responsabilidade contratual. Culpa. Obrigação de indemnizar. Nexos de causalidade. Teoria da causalidade adequada. Perda de chance. Relator: Serra Baptista. 18 out 2012. STJ: Lisboa, 2012.

<sup>112</sup> A doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Pelo que só em situações pontuais poderá ser atendida.

Vemos, portanto, que o entendimento acerca da perda de chance oscilava bastante entre as decisões do Tribunal.

O próximo acórdão a ser narrado diz respeito a um caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no ano de 2014<sup>113</sup>. Narram os autos que AA ingressou com uma ação em desfavor de “BB e Associados, Sociedade de Advogados”, pugnando a condenação da ré na quantia de 83.798,00 euros, acrescida de juros, desde a citação e até integral pagamento.

Alega, em síntese, ter procurado os serviços de advocacia da ré para ingressarem com uma ação por despedimento ilícito contra “CC – CC. Radiotelevisão Portuguesa, SA”, ação que foi proposta, terminando com a sentença proferida em 27 de agosto de 2007, cujo resultado não correspondia ao esperado. Afirma que na petição inicial constava que o demandante não recebia remuneração desde julho de 1998 e que essa alegação ficou provada ao longo do processo. Contudo, na sentença não constava a condenação dessa quantia devido a um erro na elaboração da petição inicial, que não continha tal pedido. Concluiu afirmando que por conta deste erro deixou de receber a quantia de 83.798,00 euros, correspondente a 40 meses de trabalho prestado, devendo a ré ser responsabilizada por tal dano.

A parte ré impugnou os fatos, alegando que desde o início o autor optou por receber indenização de antiguidade ao invés de reintegração na sociedade. Ademais, afirma também que AA optou por não interpor recurso de apelação, além de ter inviabilizado a inclusão das quantias a liquidar na execução da sentença por não ter entregado a documentação necessária.

A 1ª Vara Cível da Comarca de Lisboa julgou o pedido de AA parcialmente procedente, condenando a parte ré a pagar o montante indenizatório. Inconformadas, interpuseram recursos para o STJ, oportunidade em que a decisão foi subdividida em cinco tópicos, nos interessando o mandato forense, obrigações de meios e de resultados, perda de chance e as conclusões, motivo pelo qual passamos a discorrer sobre eles.

O mandato conferido ao advogado para ingressar com uma ação, naturalmente, impõe ao mandatário uma série de deveres, entre eles a necessidade de acompanhar o processo, informar a parte sobre o andamento das questões que lhe forem confiadas, estudar e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, questões dispostas no art. 1161.º do Código Civil e nos artigos 93.º a 95.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

---

<sup>113</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 1378/11.6TVLSB.L1.S1**. Contrato de mandato. Mandato forense. Perda de chance. Perda de expectativa. Dano. Prejuízo. Relator: Sebastião Póvoas. 09 dez 2014. STJ: Lisboa, 2014.

Em seguida, é feita a distinção entre as obrigações de meio, de resultado e de garantia. Aponta que um cidadão médio que recorre ao serviço de um advogado procura um especialista dotado de conhecimentos inacessíveis ao senso comum e embora o advogado goze de autonomia técnica, suas diligências no exercício da atividade advocatícia são, em si, uma obrigação que transita entre a de meios e de resultados. Assim, o descumprimento do contrato pelo causídico, seja dos deveres expressos ou acessórios, gera, a princípio, uma responsabilidade. No caso do descumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações descritas no exercício do mandato, incorre o causídico na responsabilidade civil contratual. Por outro lado, se o advogado praticar um ato ilícito lesivo aos interesses do seu constituinte, configura-se a responsabilidade extracontratual.

Ao abordar a perda de chance neste julgado, o relator afirma que esta não possui fundamento expresso em lei, decorrendo de uma criação doutrinária e jurisprudencial em que há uma conexão com a responsabilidade civil, seja ela contratual ou aquiliana, em que se pressupõe a existência de uma conduta causal de um dano resultante da violação de um direito lesado.

O acórdão cita os ensinamentos do professor Vaz Serra, para conceituar o dano como “todo prejuízo, desvantagem ou perda que é causada nos bens jurídicos, de carácter patrimonial ou não”<sup>114</sup>. Retomando a perda de chance, o acórdão aponta que este conceito se difere dogmaticamente da perda de expectativa, embora ambas tenham pontos que se tocam. Destaca que a perda de expectativa possui um componente subjetivo, sendo uma situação tratada a nível pré-contratual, pois está embasada na esperança do agente em ser beneficiado, já que em sua ótica ele possui uma probabilidade de obter uma benesse.

Noutro giro, a perda de chance é definida com base nos ensinamentos de Carneiro da Frada<sup>115</sup>, que afirma que esta tem um componente essencialmente objetivo, porquanto parte do pressuposto que o lesado foi privado de obter uma vantagem jurídica após conduta omissiva que afastou essa vantagem. Em outras palavras, significa imaginar ou prever uma situação que ocorreria não fora o ilícito.

O relator retoma o ponto principal da lide, qual seja, a relação entre o autor e a RTP – Radiotelevisão Portuguesa, S.A., analisando o desenvolvimento dos autos, cuja petição inicial foi subscrita por BB e conclui que a não obtenção da quantia por AA não ocorreu por

---

<sup>114</sup> VAZ SERRA *apud* PORTUGAL, 2014.

<sup>115</sup> CARNEIRO DA FRADA *apud* PORTUGAL, 2014.

incumprimento das disciplinas gerais do mandato ou das normas especiais do mandato forense, ou seja, que o advogado não foi menos diligente.

O acórdão dispõe, ainda, que foi o autor quem tomou a decisão de não recorrer da sentença proferida na lide laboral, não tendo ainda, apesar de instado para tal, entregue a BB os documentos que comprovassem que ele auferia rendimentos do trabalho entre a data da sentença e do despedimento, o que comprometeu o sucesso das negociações. Assim, mesmo que estivesse provado o dano, não há prova do nexo causal.

O voto se encerra com a conclusão que na perda de chance não se deve buscar a indenização pela perda do resultado pretendido, mas sim da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo, motivo pelo qual foi negado provimento ao recurso.

Interessante notar que o relator do acórdão, embora discuta os elementos da perda de chance, parece não coadunar com o instituto, pois cita a opinião do professor Paulo Mota Pinto<sup>116</sup>, autor que acredita não existir suporte legal para a admissibilidade da figura da perda de chance no ordenamento jurídico. Ou seja, referido acórdão parece estar de acordo com a posição restritiva tomada pela jurisprudência, que, em suma, considera que a perda de chance não tem base jurídico-positiva, salvo quando o lesado prove, com forte probabilidade, que obteria o direito caso não tivesse perdido a chance. Somente nessas situações para a posição restritiva é que se pode fundamentar a indenização pelo dano, focando o problema no tema da causalidade.

O acórdão do STJ de 09 de julho de 2015<sup>117</sup> também merece destaque. No decorrer do acórdão, afirma-se que a problemática da questão da ressarcibilidade do dano pela perda de chance está na dificuldade de saber se o dano é tutelado pela nossa ordem jurídica, surgindo cinco questões à este respeito: (i) se o dano por perda de chance constitui um dano autónomo que mereça tutela na nossa ordem jurídica; (ii) em caso afirmativo, que pressupostos deve reunir para assim ser considerado; (iii) depois, como estabelecer o respectivo nexo de causalidade com o facto ilícito em causa; (iv) face ao quadro traçado, se o caso dos autos suporta um tal enquadramento; (v) qual o critério a adotar na determinação do montante indemnizatório. Ressalta ainda que a orientação dominante do Supremo Tribunal de Justiça tem sido restritiva neste domínio, “ancorando-se na ideia de que ‘a mera perda de chance não tem, em geral,

---

<sup>116</sup> MOTA PINTO, Paulo *apud* PORTUGAL, 2014.

<sup>117</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 5105/12.2TBXL.L1.S1**. Responsabilidade contratual. Advogado. Presunção de culpa. Ilicitude. Perda de chance. Dano emergente. Matéria de facto. Poderes do supremo tribunal de justiça. Relator: Tomé Gomes. 09 jul 2015. Lisboa: STJ, 2015..

virtualidade jurídico-positiva para fundamentar uma pretensão indemnizatória, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada”<sup>118</sup>. Assim, só poderia ser atendida em situações pontuais. No caso em questão, apesar de o Tribunal ter recusado a revista, não negou a autonomia do dano da perda de chance, não se mostrando contrário a essa tese. Afirmou-se que na definição de qualquer dano existe, ainda que em diferentes graus, um apelo ao juízo de probabilidade, como no caso dos lucros cessantes ou dos danos futuros previsíveis, declarando não ver obstáculo na qualificação da perda de chance como um dano em si:

Na mesma linha de raciocínio, não vemos que exista obstáculo a que a perda de chance ou de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilitada definitivamente por um ato ilícito, não possa ser qualificada como um dano em si, posto que sustentado num juízo de probabilidade tido por suficiente em função dos indícios factualmente provados. Com efeito, desde que se prove, desse modo indiciário, a consistência de tal vantagem ou prejuízo, ainda que de feição hipotética mas não puramente abstrata, terá de se reconhecer que ela constitui uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda definitiva se traduz num dano certo contemporâneo do próprio evento lesivo. [...] Posto isto, afigura-se equilibrada a posição doutrinária de Carlos Cadilha acima exposta, aceitando que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado.<sup>119</sup>

Em seguida, passemos à análise do acórdão de 11 de janeiro 2017, que diz respeito a uma ação proposta por AA em desfavor de BB<sup>120</sup>, pugnando que a ré seja condenada a lhe pagar a quantia de € 31.508,00, os rendimentos mensais futuros até a data da sua saída do estabelecimento prisional e juros de mora. Alega para tanto que a advogada contratada por ele interpôs recurso contra a decisão que o condenou às penas de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de prisão de forma extemporânea. Segundo AA, os demais coarguidos, condenados por crime semelhantes ao que ele foi, obtiveram a suspensão da execução de suas penas de prisão após apresentação do recurso. A ré contestou o pedido, sustentando que as chances de sucesso da pretensão de A eram reduzidas.

Proferida a sentença de mérito, BB foi condenada a pagar a AA as quantias de € 10.800 e de € 15.000, acrescidas de juros de mora, a título de danos patrimoniais e não patrimoniais, respectivamente. Posteriormente, foi interposta apelação por BB, sendo julgado parcialmente procedente o seu pedido, condenando a ré a pagar somente as quantias de € 5.432 e de € 6.000,

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 540/13.1T2AVR.P1**. Responsabilidade extracontratual. Responsabilidade contratual. Advogado. Perda de chance. Interposição de recurso. Extemporaneidade. Negligência. Suspensão da execução da pena. Nexo de causalidade. Questão de facto. Poderes do supremo tribunal de justiça. Indemnização. Equidade. Relator: Alexandre Reis. 11 jan 2017. STJ: Lisboa, 2017.

acrescidas de juros de mora, para ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais, respectivamente. Em seguida, o autor interpôs recurso de revista desse acórdão, cujo objeto delimitou somente aos montantes a serem percebidos.

Para análise da questão suscitada, cumpre averiguar o preenchimento dos pressupostos do direito que A exerce nesta ação e da obrigação de BB em indenizar os danos que AA alegadamente suportou devido à falta de diligência da causídica na execução da prestação à qual se encontrava adstrita, qual seja, a interposição de recurso. O acórdão reputa ser incontroverso que a conduta de BB é ilícita e culposa. Tratava-se, então, de entender se a alegada perda de chance sofrida por AA em obter a situação penal mais vantajosa, em consequência da atuação de BB, confere àquele o direito à totalidade dos créditos correspondentes ao salário que ele eventualmente teria mantido caso não tivesse sido privado de sua liberdade.

O relator passou, então, a utilizar de juízo de ponderação para averiguar a chance de sucesso do autor, na hipótese em que o recurso fosse interposto e, nesse ponto, a conclusão a que o jurista chega é que a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão ou ampliação do conceito de dano, mas sim uma ruptura com a concepção clássica da causalidade que, segundo ele, não seria totalmente vedada pelas disposições do art. 563 do Código Civil se for aplicada com base em pressupostos e limites bem definidos.

O acórdão destaca a doutrina de Patrícia Costa<sup>121</sup>, salientando que o juízo de prova do nexo de causalidade não depende de um limiar mínimo de probabilidade, sendo necessário o apelo a conceitos de outras naturezas, como a verdade dos fatos e o estado de convicção assente em um grau de probabilidade elevado. Isso significa dizer que não é necessário que seja altamente provável, mas, por outro lado, não é suficiente demonstrar apenas a existência de uma possível relação causal entre o fato e a lesão.

Assim, o acórdão invoca a síntese conclusiva de outro julgado do STJ, proferido em 05 de fevereiro de 2013, que aponta:

O ordenamento jurídico nacional consagra a doutrina da causalidade adequada, ou da imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, produzida por ele, mas na sua formulação negativa, porquanto não pressupõe a exclusividade da condição como, só por si, determinante do dano, aceitando que na sua produção possam ter intervindo outros factos concomitantes ou posteriores.

**Enquanto a teoria geral da causalidade, no âmbito da responsabilidade**

---

<sup>121</sup> COSTA, Patrícia *apud* PORTUGAL, 2017.

**contratual, tem subjacente o princípio do “tudo ou nada”, porquanto obriga a que o risco de incerteza da prova recaia em conjunto sobre um único sujeito, a teoria da “perda de chance” distribui o risco da incerteza causal entre as partes envolvidas, pelo que o lesante responde, apenas, na proporção e na medida em que foi autor do ilícito.** Ao ver desentranhado o requerimento probatório do autor, a ré fê-lo, desde logo, perder toda e qualquer expectativa de ganho de causa na acção, independentemente das vicissitudes processuais que a mesma conheceria, na hipótese de tal não haver sucedido, o que, por si só, representa um dano ou prejuízo autónomo para aquele. A doutrina da “perda de chance”, ou da perda de oportunidade, diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou de imputação objectiva, mas antes à teoria da causalidade física, pelo que a perda de oportunidade apenas pode colocar-se, verdadeiramente, quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios positivos que orientam e limitam a sua capacidade de valoração, não obtém a prova de que um determinado facto foi causa física de um determinado dano final. **O dano da “perda de chance” que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexó causal entre o facto e o dano final.** Para o que importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se aplica o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela perda da chance. (grifo nosso)<sup>122</sup>

Desse modo, a doutrina da perda de chance, segundo o relator, defende que a chance, quando credível, possui valor em si, e a compensação deve ser realizada quando ficar demonstrado que foram perdidas probabilidades sérias, reais e consideráveis em obter uma vantagem ou de impedir a concretização de um prejuízo. A referida doutrina distribui o risco da incerteza causal entre as partes envolvidas, motivo pelo qual o lesante responde apenas na proporção e na medida em que foi autor do ato ilícito.

Ao final, conclui que, para obter a pretensão, o autor deveria ter demonstrado ao STJ fatos idôneos ao reconhecimento das probabilidades reais e consideráveis em obter a decisão mais favorável. Em outras palavras, para o relator, somente seria o caso de reconhecer a perda de chance na hipótese em que o autor conseguisse demonstrar que o Tribunal responsável por julgar o recurso penal decidiria com o resultado benéfico apontado por ele, ou seja, somente através de um julgamento virtual, mediante uma prognose póstuma sobre o resultado de tal procedimento é que poderia decidir sobre a perda de chance. Todavia, essa apreciação se traduziria em uma questão de fato, que não se submete a cognoscibilidade do STJ, de forma

---

<sup>122</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 540/13.1T2AVR.P1**. Responsabilidade extracontratual. Responsabilidade contratual. Advogado. Perda de chance. Interposição de recurso. Extemporaneidade. Negligência. Suspensão da execução da pena. Nexó de causalidade. Questão de facto. Poderes do supremo tribunal de justiça. Indemnização. Equidade. Relator: Alexandre Reis. 11 jan 2017. STJ: Lisboa, 2017.

que foi negada a revista interposta, para manter o que foi decidido pelas instâncias inferiores em aplicar juízos de equidade.

O acórdão n.º 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A do STJ, de 05 de julho de 2021<sup>123</sup>, é uma decisão que merece destaque em nome do princípio da segurança jurídica, sobretudo em face das flutuações observadas ao longo dos anos, vistas anteriormente. Isso porque o referido julgado uniformizou a jurisprudência no sentido de que o dano da perda de chance processual – fundamento da obrigação de indenizar – deve ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ônus da prova da referida consistência e seriedade. Ou seja, definiu em que termos pode o dano da perda de chance servir como fundamento à obrigação de indenizar e mais, se pode indenizar toda e qualquer perda de chance, ou somente a perda de chance consistente e séria.

A esse respeito, destaca-se que estavam em causa dois processos em contradição jurisprudencial, que versavam sobre a falta de cumprimento de deveres profissionais por parte de um mandatário forense. No caso do Acórdão recorrido, o advogado não apresentou o recurso. Já o Acórdão fundamento<sup>124</sup> (n.º 488/09.4TBESP.P1.S1) versava sobre um caso em que o advogado não apresentou o rol de testemunhas e, em ambos os casos, o resultado final dos processos foram desfavoráveis aos respectivos mandantes.

Ambos os acórdãos convergem em considerar o dano da perda de chance como um dano indenizável, autônomo, específico e diferente do dano final, desde que, para tanto, a chance perdida seja consistente e séria.

O acórdão-fundamento considerou que em uma ação de responsabilidade civil por perda de chance processual, além da prova da violação dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito, qualquer grau de probabilidade de sucesso da ação patrocinada atribui ao autor o direito a ser indenizado.

Por outro lado, o acórdão-recorrido considerava que em uma ação de responsabilidade civil por perda de chance processual, além da prova da violação dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito, “é necessária a prova de uma probabilidade consistente e

---

<sup>123</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Processo n. 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A**. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Mandatário judicial. Perda de chance. Contrato de mandato. Mandato forense. Direito à indemnização. Dano. Nexo de causalidade. Juízo de probabilidade. Princípio da justiça. Ónus da prova. Oposição de julgados. Admissibilidade de recurso. Relator: António Barateiro Martins. 05 jul 2021. STJ: Lisboa, 2021.

<sup>124</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção) **Processo n. 488/09.4TBESP.P1.S1**. Perda de chance. Dano. Responsabilidade contratual. Pressupostos. Contrato de mandato. Cálculo da indemnização. Princípio da diferença. Equidade. Rejeição de recurso. Tempestividade. Mandato forense. Relatora: Rosa Tching. 15 nov 2018. STJ: Lisboa, 2018.

séria de sucesso da ação patrocinada por este mandatário, cabendo a realização desta prova ao autor que invoca o direito de indenização”<sup>125</sup>.

Assim, a divergência entre ambos os acórdãos estaria configurada, na medida em que, se a solução aplicada no acórdão-recorrido fosse aplicada ao caso apreciado no acórdão-fundamento, o resultado teria sido a improcedência total da ação. Já no caso contrário, se a solução aplicada no acórdão-fundamento tivesse sido adotada no acórdão-recorrido, o resultado teria sido a procedência parcial da ação, uma vez que, no caso concreto dos autos, não foi produzida prova no sentido que a ação na qual o advogado incumpriu os seus deveres contratuais estaria condenada ao insucesso.

Não é possível afirmar que sem as faltas imputáveis aos mandatários os resultados seriam favoráveis aos mandantes, mas fato é que estes perderam a chance de ganhar o processo. Diante da incerteza sobre o desfecho dos processos na ausência das falhas dos mandatários, tanto a doutrina quanto a jurisprudência inicialmente se inclinaram a rejeitar o ressarcimento pela perda de chance, devido à necessidade de o dano ser certo. A perda de chance é caracterizada justamente pela incerteza perante um evento aleatório em que não é possível determinar com segurança qual seria a situação hipotética do lesado caso o evento prejudicial não tivesse ocorrido. Tal incerteza também impede que se afirme a existência de um nexo causal entre o comportamento do agente e o desfecho desfavorável do processo. Em razão disso, surgiram novas abordagens para evitar que eventos lesivos — como a conduta negligente do mandatário — escapem de todo “às malhas da responsabilidade civil”, sendo a abordagem mais difundida aquela que autonomiza a perda de chance. Nesses casos, o dano não reside no resultado final desfavorável do processo, mas sim na própria perda de chance de obter um resultado favorável.

O Acórdão expõe ainda a divisão presente dentro da abordagem, em que alguns autores consideram a perda de chance como lucros cessantes, outros como dano emergente, não sendo pacífico o seu enquadramento. A nossa lei civil afirma que ambos são ressarcíveis, não sendo, portanto, estritamente necessário tomar partido. É imprescindível, entretanto, que haja dano, tendo em vista o papel central que este desempenha na responsabilidade civil, sendo requisito e limite da obrigação de indenizar. Fato é que, ainda que as chances não existam empiricamente, não podendo ser alienadas e terem sua utilidade atrelada a um desfecho final favorável, são, em determinados casos, uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, possuindo um valor.

---

<sup>125</sup> PORTUGAL, 2021.

Uma vez que ambos os acórdãos convergiram no sentido da existência do dano da perda de chance enquanto autônomo e indenizável, a questão contraditória entre os acórdãos reside justamente em saber se toda e qualquer perda de chance deve ser reconhecida como tal ou apenas aquela consistente e séria, entendendo-se que “à luz das regras e princípios vigentes de responsabilidade civil, só uma “chance” com um mínimo de consistência pode aspirar a exprimir a certeza (“relativa”) do resultado comprometido (pelo ato lesivo) ser considerado provável”.

A decisão de uniformização jurisprudencial se fundamentou, basicamente, nos pontos que serão abordados a seguir. No que se refere à consistência das chances, entendeu-se que o sucesso da chance terá que ser superior ao seu insucesso. Veja-se o trecho da referida decisão que concretiza essa alegação:

Para estarmos perante uma chance com probabilidade de sucesso suficiente terá, em princípio e no mínimo, o sucesso da chance (o sucesso da provável ação comprometida) que ser considerado como superior ao seu insucesso, uma vez que só a partir de tal limiar mínimo se poderá dizer que a não ocorrência do dano, sem o ato lesivo, seria mais provável que a sua ocorrência.<sup>126</sup>

Essa probabilidade deve ser sempre provada, caso contrário não é possível falar em dano certo e em indenização. A probabilidade de ganho da causa deverá, portanto, ser aferida por meio de um juízo de prognose póstuma, cabendo ao tribunal que aprecia a ação de responsabilidade civil adotar a perspectiva do tribunal que teria de decidir o processo; esse procedimento é denominado “julgamento dentro do julgamento”.

O STJ ainda salientou que é ônus do lesado provar a verificação do dano, ou seja, cabe ao lesado demonstrar a probabilidade de obtenção de ganho de causa no processo em que foi cometida a falta pelo mandatário forense. Assim, no entendimento do Tribunal, a responsabilização dos mandatários forenses não pode passar sempre incólume. Por outro lado, a responsabilização deve respeitar a segurança jurídica e ser rodeada dos cuidados necessários, para não abrir margem para todo e qualquer cliente que se sentir lesado frente ao insucesso do seu caso peticionar a responsabilização do mandatário forense que o patrocinou. Não basta, portanto, a prova do ato ilícito, também devendo estar provada a existência do dano causado por tal ato. No tocante à fixação do *quantum* indenizatório, o STJ concluiu que a fixação deve ser equitativa do montante indenizatório, com base nas disposições do art. 566, n.º 3, do Código Civil.

---

<sup>126</sup> PORTUGAL, 2021.

Como pode ser visto nos acórdãos mencionados, a jurisprudência do STJ apresentava uma grande oscilação entre as decisões, ora considerando a perda de chance como um dano autônomo e indenizável, ora descartando a sua aplicação por entender não haver base no ordenamento jurídico português. Pode-se afirmar também que, inicialmente, a posição do STJ era mais restritiva de um modo geral, negando, em muitos casos, a indenização por chances posto que isso entraria em conflito com o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada. Atualmente, nota-se, entretanto, uma tendência favorável ao ressarcimento das chances, desde que atendidos os critérios.

Vemos que o Acórdão Uniformizador segue a tendência da maioria da jurisprudência recente sobre o assunto, visto que considera que a chance só é ressarcível quando consistente e séria. A nosso ver, o STJ foi certo em manter tal tendência. Contudo, discordamos da exigência de que a chance de sucesso tem que ser superior à de insucesso, pois, no nosso entendimento, estar-se-ia retornando a uma abordagem "tudo ou nada". A perspectiva tudo ou nada, muitas vezes, se traduzirá em nada, o que seria injusto levando em consideração a existência de um comportamento culposos. A perda de chance possui diversas vantagens para a resolução de casos concretos, sendo uma das principais, quiçá a principal, a de proporcionar uma solução mais justa do que a proporcionada pela aplicação das regras tradicionais de responsabilidade civil. Ao exigir um percentual mínimo, voltaríamos aos problemas trazidos pela aplicação dessas últimas. O que a teoria da perda de chance propõe é que justamente a chance em si seja valorizada. Dessa forma, assim como uma chance de 60% é consistente, uma chance de 40% também o é, não podendo ser descartada sob o risco de alguns comportamentos culposos passarem ilesos. No nosso entendimento, portanto, a perda de chance processual, assim como os demais casos de perda de chance, não deve prender-se a um percentual mínimo a partir do qual esta é considerada relevante. Isso não significa que devam ser concedidas indenizações independentemente da probabilidade. Às partes, cabe alegar os fatos que demonstrem a possibilidade de sucesso que teriam naquela ação, trazendo elementos que permitam uma quantificação dessa probabilidade e, ao juiz, cabe analisá-los de modo a determinar essa probabilidade e refleti-la no montante da indenização.

Após tal decisão uniformizadora, encontramos dois acórdãos recentes sobre a perda de chance, um de 11 de julho 2023<sup>127</sup> e outro de 14 de setembro de 2023<sup>128</sup>. Como visto anteriormente, o de 11 de julho de 2023 foi improcedente em razão da chance não ter sido perdida de forma definitiva, já que a Autora poderia apresentar novo pedido de insolvência. Além disto, em consonância com o Acórdão Uniformizador, reforça a necessidade de verificar a consistência e a seriedade das chances no caso concreto. Passemos, então, à análise do acórdão de 14 de setembro de 2023.

A Autora, Duque & Duque - Terraplanagens, Ltda., propôs ação declarativa contra a Ré, Caixa de Crédito Agrícola Mútuo do Noroeste, CRL, alegando que a Ré recusou-se a receber os pagamentos relativos a um Plano de Insolvência, tendo comunicado à Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal que a Autora estava em incumprimento, o que impediu a autora de aceder a garantias bancárias. Sem tais garantias, a Autora não pôde concorrer a uma série de empreitadas de obras públicas, que tinha possibilidades de ganhar, o que lhe causou prejuízo não inferior a € 1.371.367,04. Alegou também que precisou fazer depósitos caução no valor de € 39.644,64 para garantir a sua sobrevivência comercial e também a celebrar um acordo com a Ré, em que se obrigou a pagar mais € 53.629,90 para que esta comunicasse ao Banco de Portugal que a situação do crédito sobre a Autora havia se alterado. Concluiu pedindo que a Ré fosse condenada a pagar-lhe a soma destes três valores, que totalizaram um montante global de € 1.464.641,58. A Ré contestou alegando não haver qualquer comportamento ilícito de sua parte. Foi proferida sentença condenando a Ré, Caixa de Crédito Agrícola Mútuo do Noroeste, CRL, a pagar à Autora o valor de € 1.371.367,04.

Inconformada, a Ré interpôs recurso para o Tribunal de Relação, que julgou improcedente o recurso, confirmando a sentença recorrida. Em função disto, a Ré interpôs recurso de revista excepcional para o STJ. Alegou, entre outras questões:

Diferentemente da linha jurisprudencial deste Tribunal ad quem, que já decidiu que em situações como aquela que aqui se encontra em apreciação não tem lugar a aplicação do instituto da perda de chance, o Tribunal a quo aplicou o instituto da perda

---

<sup>127</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Processo n. 11733/19.8T8LSB.L1.S1**. Responsabilidade contratual. Perda de chance. Dano. Pressupostos. Contrato de mandato. Mandato forense. Cálculo da indemnização. Obrigações de meios e de resultado. Advogado. Exoneração do passivo restante. Insolvência. Relatora: Ana Resende. 11 jul 2023. STJ: Lisboa, 2023.

<sup>128</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 4202/17.2T8BRG.G1.S1**. Responsabilidade contratual. Concurso público. Empreitada de obras públicas. Perda de chance. Ilícitude. Plano de insolvência. Dever de comunicação. Banco de Portugal. Crédito. Nexo de causalidade. Matéria de facto. Poderes do Supremo Tribunal de Justiça. Juízo de probabilidade. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Cálculo da indemnização. Relator: João Cura Mariano. 14 set 2023. STJ: Lisboa, 2023a.

de chance à situação em apreço e condenou a recorrente no pagamento de uma indemnização nela fundada[...]

Para além disso, a decisão contraria ainda a jurisprudência que tem vindo a decidir, de forma unânime, que na perda de chance não se busca, efetivamente, a indemnização pela perda do resultado querido, mas antes pela oportunidade perdida, como um direito em si mesmo, e que por isso não é possível a correspondência entre a indemnização e o dano alegado.

A decisão proferida desconsiderou esta tendência jurisprudencial pois que, ao condenar a recorrente nos termos em que o fez, não condenou a recorrente pela perda de chance, mas pela perda de lucro que seria obtido caso a recorrida ganhasse os concursos públicos.<sup>129</sup>

A Autora defendeu a manutenção do acórdão recorrido.

Com relação à ilicitude do comportamento da Ré, concluiu-se que esta infringiu as regras de comunicação ao Banco de Portugal acerca da situação dos créditos por si concedidos, tendo agido, portanto, ilicitamente. Já no que se refere ao nexo de causalidade, a manutenção da comunicação incorreta da Ré ao Banco de Portugal não permitiu que a Autora obtivesse garantias bancárias, exigidas nos concursos de obras públicas. Cabe agora adentrar à análise feita no aresto sobre o dano da perda de oportunidade. Começa por invocar o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência que impõe que a chance deve ser consistente e séria para ser indenizável. A Recorrente alega que justamente pela aleatoriedade presente na decisão dos concursos, é imprevisível saber quem será o vencedor e que esta é a visão sobre a perda de oportunidade que resulta da leitura das jurisprudências administrativa e do STJ sobre o tema, além das orientações do direito europeu.

No tocante a este ponto, interessante transcrever excerto do Acórdão:

Relativamente à jurisprudência dos tribunais administrativos, deve ter-se presente que a mesma se pronuncia sobre a indemnização devida em concursos públicos pela anulação de procedimentos concursais, por ilegalidades cometidas pelas entidades adjudicantes, pela revogação e anulação de atos de adjudicação pelas entidades adjudicantes, e não sobre a indemnização devida por terceiros que ilicitamente obstam a que alguém se candidate a um concurso público, como sucede na presente ação.

Os arestos invocados pela Recorrente decidiram, nesse tipo de situações, que a indemnização pelos prejuízos sofridos pelo candidato ao concurso deve ressarcir os encargos que este teve com o procedimento concursal (interesse contratual negativo) e não os lucros que ele auferiria se tivesse ganho o concurso (interesse contratual positivo), uma vez que não era possível prognosticar, com o grau de certeza necessário ao estabelecimento de um nexo de causalidade, que o candidato ganharia o concurso. Além de nestes acórdãos estar em causa a responsabilidade por atos ocorridos numa relação administrativa, o que convoca a aplicação de normas, interesses e critérios de ponderação específicos, a leitura dos referidos arestos revela que apenas se teve como preocupação apurar qual o interesse contratual que deveria nortear a indemnização compensatória, sendo que, à época, apesar de já serem audíveis algumas vozes na doutrina, nos tribunais ainda não se tinha equacionado a possibilidade de se indemnizar a perda de uma mera oportunidade, estando apenas em jogo uma indemnização pelos lucros cessantes.

---

<sup>129</sup> Idem.

Se atentarmos à jurisprudência mais recente dos tribunais administrativos vemos que, nessas situações, já é ponderada, sem qualquer reбуço, **a possibilidade de ser indemnizada a oportunidade de ganho perdida e de, sempre que se entenda que a mesma é considerada “consistente e séria”, se atribui essa indemnização, com recurso a juízos de equidade.**

A jurisprudência dos tribunais administrativos invocada pela Recorrente revela-se, pois, desatualizada, não podendo servir de exemplo, nem de orientação, por todos os motivos acima apontados, para a solução do presente caso.

A única ideia útil que se poderá retirar da jurisprudência mais recente dos tribunais administrativos, não é a de que não há lugar a um direito de indemnização pela perda da oportunidade de concorrer a um concurso para adjudicação de uma obra pública, mas apenas a de que as contingências próprias de um processo concursal deste tipo **exigem uma maior atenção e rigor na determinação de que a oportunidade perdida era “consistente e séria”**. Mas, apuradas essas características, nada obsta a que tal dano seja indemnizável, tal como os tribunais administrativos vêm fazendo, mesmo no âmbito das relações administrativas concursais. (grifo nosso)<sup>130</sup>

Afirma-se ainda a autonomia do dano da perda de chance, alegando que apesar de não haver jurisprudência publicada recente sobre a perda de oportunidade de se candidatar em concurso público, esta é uma situação normalmente apontada entre aquelas em que pode ocorrer este tipo de dano. Conclui-se, após a leitura da jurisprudência dos Tribunais Administrativos, que, apesar de a aleatoriedade dos concursos públicos poder interferir na apuração de existência de perda de uma oportunidade consistente e séria, tal contingência não é absolutamente proibitiva, bastando que haja um grau de previsibilidade de concretização suficiente para justificar a compensação. Este grau, diferentemente do que ocorre em uma ação judicial, em que a probabilidade de vitória precisa ser superior à de derrota, não tem que ser necessariamente maior que 50%, sendo a seriedade apurada pela prova de fatos que a revelem.

No caso em comento, ficou provado que a Autora não teve oportunidade de concorrer em uma série de concursos de obras públicas, tendo aquela expectativa de ganhar 15 desses concursos, bem como a capacidade para realizar as respectivas obras. Além disso, diante da prova sobre os demais concorrentes, o Tribunal entendeu haver consistência e seriedade da chance de a Autora ganhar os 15 concursos, sendo essa probabilidade segura e merecedora de indenização, em harmonia com a fundamentação do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência.

Apurou-se que a Autora retiraria o valor mínimo de € 1.371.367,04 valor da indenização que o acórdão recorrido arbitrou ao confirmar a sentença. Entretanto, esse valor corresponderia aos lucros obtidos pela Autora caso tivesse ganhado todos os 15 concursos, quando apenas

---

<sup>130</sup> PORTUGAL, 2023.

existia uma probabilidade, ainda que séria e consistente, mas não uma certeza absoluta de vitória. Como vimos, a indenização pela perda de chance não tem como intuito compensar o prejuízo efetivo. Assim, o valor deve ser proporcionalmente reduzido pelo coeficiente correspondente ao grau de probabilidade de obter o resultado. Se por um lado ficou comprovada a seriedade e consistência da Autora por ela ser especializada nas áreas de construção e dotada de pessoal qualificado na matéria, por outro, há que se levar em consideração que diante de um número grande de concursos, a probabilidade de ganhar todos é menor, além do fato de existirem especificidades que aumentam as incertezas em relação ao desfecho desses. Ao decidir, o Acórdão reduziu o valor da indenização para a quantia de € 400.000,00, acrescida de juros de mora, decisão que, em nosso entendimento, é coerente com os critérios da teoria da perda de chance, garantindo uma aplicação mais acertada da teoria.

Tendo em vista que o Acórdão de Uniformização sobre a temática é bem recente e que há escassas decisões posteriores a essa uniformização que tratem da perda de chance, ainda não é possível efetuar uma análise completa do seu impacto nas decisões proferidas pelo STJ. A decisão datada de 14 de setembro de 2023 apresenta indícios favoráveis no tocante ao cumprimento dos critérios de aplicabilidade desta teoria. Ela o fez não apenas ao exigir a consistência e seriedade das oportunidades perdidas, alinhando-se com o Acórdão Uniformizador, mas também ao reduzir a compensação de forma que esta não refletisse o dano final, mas sim o dano intermediário da oportunidade em si, demonstrando rigor no atendimento aos critérios para aplicabilidade da teoria.

## 6 PERDA DE CHANCE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Ao analisar os diversos Acórdãos que encontramos nos Tribunais Brasileiros, vemos diversos exemplos de perda de chance, como atrasos de voo ou na entrega de diploma universitário que impediram o sucesso em processo seletivo; frustração na celebração de contrato de trabalho. Nota-se que boa parte das demandas encaminhadas aos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros dizem respeito a falhas na prestação de serviços advocatícios como, por exemplo, a perda do prazo recursal.

O assunto, de natureza relativamente recente, não encontra regulamentação expressa nas leis brasileiras. Apesar da omissão legislativa no direito brasileiro e da teoria ter sua origem no direito internacional, ela tem ganhado reconhecimento tanto na literatura jurídica quanto nos tribunais do país, em função do número crescente de demandas levadas aos tribunais brasileiros — o que, por vezes, resulta em interpretações conflitantes relacionadas aos seus elementos fundamentais. Dessa forma, é essencial estabelecer diretrizes orientadoras para uma aplicação criteriosa deste instituto.

Um dos casos mais célebres de perda de chance no contexto brasileiro é o incidente envolvendo o maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima nas Olimpíadas de 2004. Enquanto estava na liderança da maratona, a apenas sete quilômetros do fim, ele foi segurado por um homem que estava na plateia, resultando na perda de preciosos segundos. Apesar de ter conseguido se desvencilhar e retomar a prova, o corredor brasileiro acabou sendo ultrapassado e finalizou a corrida em terceiro lugar. Não é possível afirmar com certeza que, sem o empurrão e a subsequente perda de tempo, ele teria conquistado a medalha de ouro, uma vez que os dois corredores que o ultrapassaram estavam muito próximos e ainda havia uma distância considerável até o término da prova. Contudo, podemos afirmar com segurança que, devido à ação ilegal de um terceiro, o maratonista efetivamente perdeu algumas oportunidades de conquistar a medalha de ouro naquela competição olímpica<sup>131</sup>.

Assim como nos outros países, a teoria da perda de chance sempre foi vista com certa cautela pela doutrina brasileira. Todavia, nas palavras de Schreiber, em 2005, com o julgamento do Recurso Especial 788.459/BA pelo Superior Tribunal de Justiça, ela recebeu um novo impulso<sup>132</sup>. Nesse caso conhecido, uma ex-participante do programa de televisão "Show do Milhão", que é semelhante ao programa "Quem quer ser um milionário", propôs uma ação

---

<sup>131</sup> ROCHA, Nuno Santos, 2014.

<sup>132</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013.

indenizatória contra os organizadores. Esse programa oferecia um prêmio de R\$1.000.000,00 em barras de ouro para quem respondesse corretamente a um número específico de perguntas. Depois de responder corretamente a todas as perguntas anteriores, acumulando um prêmio de R\$ 500.000,00, ela chegou à pergunta final, conhecida como “pergunta do milhão”. A pergunta era a seguinte: "A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?"

A esta altura, a participante tinha duas opções: responder à pergunta ou não. Neste último caso, sairia do programa com o valor acumulado até então, isto é, R\$ 500.000,00. Se optasse por responder e errasse, perderia tudo o que acumulou durante o programa. De acordo com a organização do programa, a resposta correta era a última alternativa: dez por cento. No entanto, veio a verificar-se após um tempo que a própria pergunta continha um equívoco, pois a Constituição brasileira não designa um percentual do território aos povos indígenas, apenas reconhece seus direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Diante da questão, a participante optou por não responder e saiu do programa com o prêmio acumulado de meio milhão. Contudo, ela propôs uma ação de indenização visando o meio milhão restante. O juízo de primeira instância acolheu sua demanda, ordenando que a organizadora do programa pagasse a quantia remanescente. Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 4ª Turma, acolheu por unanimidade o recurso interposto pela parte ré. A Corte argumentou que o prejuízo sofrido pela autora não podia ser categorizado como lucro cessante, mas sim como perda de chance. Isso porque não era possível afirmar de forma conclusiva que a autora teria acertado a resposta em uma pergunta formulada de maneira regular pela organização do programa. Mesmo que houvesse uma resposta correta entre as quatro opções, a participante ainda precisaria fazer a escolha certa. O valor da indenização foi então reduzido para R\$125.000,00, representando um quarto do montante em questão, baseando-se na "probabilidade matemática" de acertar uma pergunta de múltipla escolha com quatro opções. Apesar de a chance de acerto ser de "apenas" 25%, o Tribunal entendeu que era uma chance contundente, séria e real e, por isso, concedeu a indenização. Desta maneira, em uma primeira etapa, a chance foi analisada quanto a sua seriedade, independentemente de ser menor de 50% e, posteriormente, essa probabilidade apurada foi utilizada para calcular o valor do dano intermédio, que deveria ser menor do que o resultado esperado.

Embora essa não tenha sido a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da perda de chance, a maioria dos casos anteriores estavam relacionados a erros advocatícios que resultaram na extinção dos processos judiciais, a chamada perda de chance

processual. Daí em diante, a teoria da perda de chance tem ganhado cada vez mais destaque, tanto nos Tribunais como no ambiente acadêmico. Não faltam, de fato, doutrina e jurisprudências que negam validade à teoria, aduzindo que a chance perdida não representa um dano autônomo, certo e atual e que, portanto, não seria indenizável.

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça tem revisitado o tema em diversas ocasiões, com seus precedentes servindo de orientação para cortes e magistrados em todo o país, evitando, contudo, excessos na aplicação da teoria, para que não se abram as comportas do judiciário. Anderson Schreiber<sup>133</sup> leciona que o Superior Tribunal de Justiça não possui uma visão unitária da teoria, contudo, todos os julgados demonstram que o referido órgão adota uma postura pautada em evitar excessos na aplicação da teoria da perda da chance no cenário brasileiro. Outrossim, entende o autor que a visão restrita da aplicabilidade da teoria pelo STJ não a enfraquece; pelo contrário, a postura adotada tem logrado êxito em estabelecer diretrizes importantes sobre o tema. Além disso, segundo o autor, os julgados do STJ enfrentam aspectos importantes, como distinguir a perda da chance dos lucros cessantes, os efeitos da perda da chance no campo extrapatrimonial, a aplicação da teoria em cenários de características aleatórias e o parâmetro para quantificar o dano sofrido.

A teoria da perda de uma oportunidade, geralmente de aplicação complexa, tem sido frequentemente examinada em várias situações e tem recebido ampla aceitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como no caso do julgamento do REsp 1.291.247, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, prolatado em 10 de agosto de 2014<sup>134</sup>.

No caso em apreço, narram os recorrentes – marido e esposa grávida – que, em 26 de novembro de 2008, firmaram um contrato de prestação de serviços com a empresa Cryopraxis Criobiologia LTDA para a coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias do futuro filho (terceiro recorrente), à época nascituro. Salientam que, em 31 de novembro de 2008, os recorrentes informaram a empresa ré que a cesariana estava marcada para o dia 06 de janeiro de 2009. Ocorre que, no dia do parto, a empresa não compareceu para a coleta do material contratado, embora devidamente avisada do dia do nascimento.

---

<sup>133</sup> SCHREIBER, Anderson, 2013.

<sup>134</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial N° 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém-nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 10 ago 2014. STJ: Brasília, 2014.

Perante o inadimplemento contratual, os autores requereram indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos. Após a devida citação, a empresa ré justificou que o descumprimento contratual ocorreu devido ao fato de a preposta não ter conseguido chegar a tempo no local, mas que teria restituído o valor pago pelas partes, sustentando, ainda, ser incabível a reparação extrapatrimonial pelo descumprimento contratual.

Ao prolatar a sentença, a magistrada julgou procedente o pleito indenizatório dos pais, entendendo que houve a extrapolação do limite dos meros dissabores dos descumprimentos contratuais, restando caracterizado, portanto, danos extrapatrimoniais, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais). Entretanto, julgou improcedente o pedido realizado pelo terceiro requerente (a criança), por entender que o dano seria hipotético e, portanto, não deveria ser reparado. Por fim, consignou que somente seria o caso de acolher o pedido integralmente se o infante viesse a ter a necessidade de utilizar as células-tronco embrionárias não colhidas.

Irresignados, tanto a parte autora como a ré interpuseram recurso de apelação. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso da ré e deu parcial provimento ao recurso dos autores, majorando o *quantum* indenizatório em favor dos pais em R\$15.000,00 para cada um deles. Entretanto, considerou improcedente o pedido indenizatório em favor da criança. Apesar de tanto o recurso quanto a sentença terem negado a indenização à criança, a fundamentação utilizada no recurso para negar a indenização do menor foi baseada no fato que o menor incapaz não tem a consciência “necessária a potencializar a ocorrência de um dano moral”. Por fim, também foi afastada a teoria da perda de chance, pois não ficou comprovada a real probabilidade de a criança necessitar do material genético. Dessa forma, os autores recorreram ao STJ, sustentando que o acórdão do Tribunal de origem teria violado artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de apontarem dissídio jurisprudencial.

Nesse ponto, o Ministro relator para o caso entendeu que a criança foi a principal prejudicada pelo ato ilícito praticado pela empresa recorrida, em razão da frustração da chance de ter suas células embrionárias armazenadas e colhidas para utilização em tratamento de saúde, caso fosse necessário. Invocou, para tanto, a teoria da perda de uma chance. Veja-se:

Trata-se de caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance, desenvolvida na França (la perte d'une chance), denominada na Inglaterra de *loss-of-a-chance*.  
[...]

**Em verdade, não há falar em responsabilidade civil sem dano, fazendo-se necessária a presença de seus três principais elementos - a certeza, a imediatidade e a injustiça do dano.** A **certeza** do dano constitui o principal elemento, significando que a lesão ao interesse do prejudicado deve ser **real e efetiva**, sem deixar dúvida acerca da sua existência, ficando, assim, excluídos os **danos hipotéticos**.

Essa afirmativa, porém, deve ser relativizada, pois, entre o dano certo e o hipotético, existe uma nova categoria de prejuízos, que foi identificada pela doutrina e aceita pela jurisprudência a partir da teoria da perda de uma chance.

Relembre-se que a **teoria da perda de uma chance** tem aplicação, quando o evento danoso acarreta para alguém a **perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda**.

[...]

Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: **a certeza da probabilidade**. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano **pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível**. Fica claro, assim, que **"o perdido, o frustrado, na realidade é a chance e não o benefício esperado como tal"** (Henri Lalou, Ibid, p. 78).

Por isso, na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso. **Repara-se a chance perdida, e não o dano final**. A teoria da perda de uma chance, em suas variadas nuanças, tem tido uma ampla aceitação na jurisprudência recente desta Corte (...).<sup>135</sup>

A decisão também rebate o fundamento de que o dano seria hipotético e somente haveria a possibilidade de o reconhecer se a criança futuramente necessitasse do material genético não colhido, salientando que é exatamente nesses casos que há a plena aplicação da teoria da perda da chance.

Ora, de fato, o dano final pode nunca vir a se implementar. Todavia, para o relator, é evidente que a criança perdeu definitivamente a chance de prevenir o tratamento de patologias tratáveis por meio da utilização de células-tronco, sendo essa oportunidade perdida o objeto da indenização. Entretanto, discordamos do voto do Ministro do STJ.

No caso em questão entendemos ser devida uma indenização; entretanto, discordamos que esta deva ser imputada a título de perda de chance. Na perda de chance, a indenização não é pela perda do resultado desejado em si, mas sim pela perda da oportunidade de alcançá-lo. Neste Acórdão, o que foi perdido efetivamente foi o resultado, uma vez que não foram coletadas as células-tronco.

Para elucidar melhor a questão, façamos uma analogia com o atraso na entrega do cavalo para a participação em corrida. Quando o transportador atrasa a entrega, além do incumprimento contratual do prazo, faz com que o cavalo perca a oportunidade de disputar a corrida. Não era garantido que o cavalo ganharia a corrida se entregue em momento oportuno,

---

<sup>135</sup> BRASIL, 2014, p. 5.

o que impede que seja estabelecido umnexo causal entre a conduta do transportador e a derrota. Não se pode dizer o mesmo com relação à colheita das células-tronco, pois, nesse caso, é possível estabelecer o nexocausal entre a conduta da empresa e o dano. É incontestável que quem perde um resultado, perde a oportunidade de obtê-lo, porém, como a perda de chance é subsidiária, não é necessário recorrer à teoria, pois é possível estabelecer o nexocausal entre a conduta e o dano final. Devido à janela temporal para a coleta do material, o incumprimento contratual por parte da empresa gerou um dano irremediável, mas que não deve ser caracterizado como perda de chance.

No entanto, no referido Acórdão, adotou-se uma linha de argumentação distinta, alegando-se que foi perdida a oportunidade de prevenir o tratamento de patologias. Contudo, em nossa perspectiva, em casos em que se alega a perda de chance, a presença do dano final é uma condição indispensável para o ressarcimento desta. Na ausência do dano final, a chance não se encontra irremediavelmente perdida. Se o paciente não veio a óbito, não há que se falar em perda de chance de sobrevivência. Dado que o que foi considerado como dano final foi a não prevenção do tratamento de patologias, se o paciente não ficou doente e não precisou utilizar as células-tronco, a perda de chance de prevenção do tratamento não é fundamentada. Desse modo, não há espaço para a consideração do dano da perda de chance, posto que, tal como afirmado nos julgamentos iniciais, não restou demonstrada a real probabilidade de a criança precisar do material genético.

No contexto em apreço, não perdeu-se a chance de prevenção do tratamento de patologias graves, porque a criança em questão não ficou doente. Perdeu-se a chance de ter a chance de tratamento, uma vez que a necessidade efetiva deste tratamento era incerta. Ressarcir a "chance da chance" revela-se um exercício hipotético e não condizente com uma aplicação adequada da teoria. Isso não significa que a empresa Ré deva ficar impune. Fato é que os pais a contrataram com o propósito de colher o material genético do filho e, para tanto, fizeram um contrato. Independentemente de o filho vir a usar ou não o material, o contrato deveria ser integralmente cumprido e o material genético colhido. Tal incumprimento resulta em um dano passível de indenização. Se, eventualmente, o filho necessitar das células-tronco não coletadas para algum tratamento, apenas nesse cenário é que deveria ser considerada a aplicação da figura da perda de chance.

A seguir, discorreremos sobre três casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça que afastaram a aplicação da teoria da perda da chance, aptos a demonstrarem como o referido órgão

do judiciário tem sido cauteloso ao aplicar a teoria, afastando os pedidos de indenização que não satisfazem os critérios.

No Agravo Interno no Recurso Especial Nº 1.364.526/MS<sup>136</sup> a autora pleiteou uma indenização por danos materiais com fundamento na perda de chance, alegando que a recusa da MSMT UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO em renovar sua matrícula provocou o atraso de um ano na conclusão do curso de enfermagem, o que, segundo a autora, retirou-lhe a oportunidade de alcançar situação futura melhor, como, por exemplo, progredir no trabalho e conseguir um emprego. O agravo não foi provido pelo STJ sob o argumento de que o pedido da autora estava baseado em conjecturas, tendo em vista que conseguir um emprego ao sair da faculdade era um evento incerto e futuro, não tendo sido comprovada uma possibilidade séria e real de êxito.

O REsp 1.079.185/MG<sup>137</sup> examinado pelo Superior Tribunal de Justiça sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, também afastou a aplicação da teoria da perda da chance, pois, no caso em análise, a cliente pleiteava ser indenizada devido a um erro perpetrado pelo advogado. No voto, a Ministra destacou que a chance não havia sido perdida, porque a própria cliente reconheceu que foi ressarcida pelas benfeitorias introduzidas no imóvel no qual teria sido desapossada, mas em um momento posterior. Dessa forma, a chance não tinha sido perdida de forma definitiva e irremediável.

No julgamento do Recurso Especial 1.104.665/RS<sup>138</sup>, a perda da chance concedida outrora pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi igualmente afastada pela 3ª Turma do STJ. No caso em questão, um viúvo propôs uma ação indenizatória em desfavor do médico que teria atendido sua falecida esposa. Afirma-se que o médico teria deixado de adotar medidas que poderiam ter evitado a morte da de *cujus*. Nesse ponto, o Ministro Massami Uyeda afastou

---

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no Recurso Especial Nº 1.364.526 – MS**. Agravo Interno no Recurso Especial. Ação de indenização. Dano material e moral. Teoria da perda de uma chance. Inaplicabilidade. Agravo não provido. Relator: Ministro Raul Araújo. 21 maio 2019. STJ: Brasília, 2019.

<sup>137</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.079.185/MG**. 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. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 11 nov 2008. STJ: Brasília, 2008.

<sup>138</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1104665/RS**. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgico. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexo de causalidade. Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurrenente no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso especial provido. Relator: Ministro Massami Uyeda. 09 jun 2009. STJ: Brasília, 2009.

a perda de uma chance, entendendo que no acórdão recorrido não restou demonstrado que, ao suprimir o erro médico, existiria a chance real e séria de sobreviver.

Como visto anteriormente, a perda de chance caracteriza-se pela perda da possibilidade de alcançar um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável. É inegável que a lógica subjacente à noção de perda de oportunidade é semelhante em diversas esferas jurisdicionais. Nesse contexto, observamos uma tendência na jurisprudência de estender a aplicação da teoria da perda de uma chance para além das relações privadas no âmbito do Direito Civil. Fica evidente que a perda de chance nos permite compreender a aleatoriedade presente nas ações de responsabilidade: seja a incerteza de uma sentença judicial, o desfecho imprevisível de uma corrida de cavalos ou a oportunidade perdida de promoção. Essa tendência abarca diversas áreas como, por exemplo, o Direito Administrativo e o Direito Tributário.

No âmbito do Direito Administrativo e do Direito Tributário, a aplicação da teoria da perda de uma chance também assume um caráter relevante. Aqui, a ênfase recai sobre as situações em que a participação em processos licitatórios ou a celebração de contratos com o Poder Público é impedida em razão de erros da Administração Pública. Erros cometidos pela Fazenda Pública, como a recusa indevida de parcelamentos ou a inclusão indevida em Dívida Ativa, podem resultar na perda de oportunidades valiosas para os contribuintes<sup>139</sup>, uma vez que deixam de obter uma vantagem por ação da Administração Pública.

Os autos n.º 0002131-21.2013.4.01.4302<sup>140</sup>, julgados pelo TRF1, são exemplo da aplicabilidade da teoria em desfavor da administração pública. No caso dos autos, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), devido a uma falha na prestação de seus serviços, fez com que dois dos autores do processo deixassem de prosseguir em um processo seletivo em que concorriam para uma bolsa, devido ao atraso na entrega da documentação postada nos Correios. O relator concedeu a indenização aos dois autores, pela perda de uma chance, considerando que ambos estavam bem classificados no concurso, pois o edital previa três vagas imediatas e quatro para cadastro de reservas. Ambos os autores juntaram aos autos documentos demonstrando que o SEBRAE convocou de imediato os quatro primeiros colocados. Assim, a

---

<sup>139</sup>LOVATO, Antonio Carlos; LOVATO NETO, Renato. Novas aplicações da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro. In: CONPEDI. (Org.). **Livro do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA - Direito Civil**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 477-496.

<sup>140</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0002131-21.2013.4.01.4302**. Apelações cíveis. ECT. Juntada de documentos novos. Recurso de apelação. Possibilidade. Mérito. Atraso na entrega de sedex. Desclassificação dos autores de processo seletivo. Ocorrência. Falha no serviço prestado. Danos morais. Existência. Perda de uma chance. Autor que estava classificado entre as vagas para preenchimento imediato. Ocorrência. Indenização. Metade do valor da bolsa a que faria jus. Razoabilidade. Sentença mantida. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. 13 abr 2018. TRT1: Brasília, 2018.

perda da chance foi concedida a dois autores da ação, considerando que eles estavam classificados em condições reais de convocação, tendo em vista que um dos autores estava classificado em segundo lugar e o outro em quarto. Por outro lado, uma das autoras da ação que estava em nono lugar foi excluída da indenização, justamente por não apresentar chances sérias e reais de conseguir a bolsa. O relator argumentou que

Em suma, embora não se possa dizer que o autor faria jus necessariamente à qualificação profissional e à bolsa de estudos pretendida, foi tolhido de disputá-la, perdendo chance real e séria de obtê-la, sendo que a documentação encaminhada sequer foi analisada para banca examinadora em razão de intempestividade de sua entrega, por culpa exclusiva da ECT.<sup>141</sup>

Como exemplo de perda de chance no Direito Administrativo, vejamos os Embargos Infringentes: EI 0393429-50.2014.8.21.7000 RS<sup>142</sup> analisados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul, que não foram acolhidos. O relator do caso reconheceu a ilegalidade da desclassificação da embargada do certame, por parte da Administração Pública, o que fez com que a primeira deixasse de executar a obra, que acabou sendo realizada por outra empresa. Se, por um lado, o voto minoritário considerou ser descabida a indenização pretendida, alegando que a desclassificação, mesmo que considerada ilegal, não gera o dever de indenizar, sendo necessária a prova efetiva dos prejuízos sofridos pela autora, por outro, a maioria concluiu pela possibilidade da fixação de indenização, considerando não se tratar de “mera expectativa de vantagem aleatória, mas sim de supressão de vantagem atual e certa que lhe adviria pela execução do contrato negada ilegalmente”. Assim, o que deve ser indenizado é a perda da oportunidade de executar a obra, que ficou irremediavelmente afastada em razão da desclassificação ilegal por parte da Administração Pública.

A teoria da perda de oportunidade tem sido frequentemente examinada em diversas situações e tem obtido ampla aceitação na jurisprudência dos Tribunais de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dada a complexidade inerente à aplicação desta figura, o papel desempenhado pelos Tribunais adquire especial relevância. A teoria deve ser aplicada com

---

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (11º Grupo Cível). **EI 0393429-50.2014.8.21.7000 RS**. Embargos infringentes. Licitação e contrato administrativo. Responsabilidade civil. Pagamento de indenização. Cabimento. Empresa excluída ilegalmente do certame. Perda de uma chance. Precedentes do stj. Embargos infringentes desacolhidos. Relator: Marcelo Bandeira Pereira. 12 dez 2014. TJRS: Porto Alegre, 2014.

parcimônia, evitando excessos, devendo ser sempre ressaltada a indispensabilidade das chances perdidas serem sérias, reais e estarem irremediavelmente perdidas, rejeitando-se, por conseguinte, chances meramente hipotéticas e que não atendam aos critérios mencionados anteriormente. Apesar de nossas reservas quanto à aplicação da teoria no caso das células-tronco, o STJ tem agido de tal forma, mostrando-se prudente no emprego da teoria.

Vemos, portanto, que a aplicação da teoria no STJ e nos Tribunais de Justiça brasileiros segue uma tendência que exclui da apreciação as meras esperanças subjetivas, somente aceitando a indenização das chances sérias e reais.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é uma fonte de obrigações, está relacionada com os fatos que dão origem à obrigação de indenizar os danos sofridos, transferindo-os da esfera do lesado para outrem. É, portanto, baseada no princípio do ressarcimento dos danos. O dano ocupa um lugar de destaque, sendo o pressuposto e o limite da indenização.

A responsabilidade civil é um vasto domínio, em constante expansão. O campo da responsabilidade civil, tal como é compreendido nos dias de hoje, evoluiu significativamente devido às profundas mudanças ocorridas na sociedade contemporânea. Essa transformação fez com que fosse deslocado o foco do instituto: passou-se da busca pela culpa e responsabilização do causador do dano para a preocupação com a vítima e com os seus interesses. Assim, o verdadeiro foco do instituto é o dano sofrido pela vítima, tendo como objetivo a sua reparação.

O conceito de dano indenizável é uma construção jurídica, que tem evoluído de modo a abranger situações que anteriormente não eram contempladas. O surgimento da teoria da perda de chance é emblemático nesse contexto, tendo em vista que permite responsabilizar civilmente aquele que frustra a oportunidade do outro de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo no futuro. A teoria da perda de chance surgiu como uma solução para aqueles casos em que a falta de prova do nexos causal entre a ação e o dano deixaria o lesado sem qualquer compensação, ferindo a ideia de Justiça, tendo sido inovadora ao incorporar a aleatoriedade na análise dos casos concretos. Ressarcir esta chance de modo a atender às necessidades de reparação da vítima está em consonância com a perspectiva de uma responsabilidade civil cada vez mais solidária.

Originada na Europa, mais especificamente na França, essa teoria encontra aplicação em diversas situações, desde que estejam presentes os requisitos essenciais relacionados à chance perdida e às probabilidades em torno da vantagem esperada ou do prejuízo a ser evitado. A teoria abrange diversas situações cotidianas, desde jogos de azar, desclassificação de uma prova ou concurso, perda de prazo pelo advogado, erro médico, dentre outras, evidenciando a sua importância.

Apesar de cada vez mais surgirem demandas nos Tribunais com a alegação da perda de chance, tal abundância não se reflete em um consenso. Ao adentrar na natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance, a doutrina apresenta diferentes perspectivas, como foi possível observar ao longo deste trabalho. Há autores que não consideram a chance como um bem jurídico a ser tutelado, outros entendem não haver base jurídico-positiva que apoie a

indenização pela perda de chance. Mesmo entre aqueles que defendem a teoria, não há um consenso quanto à sua aplicação e quanto à natureza jurídica e quantificação dos danos em questão. Alguns entendem a chance perdida como algo estritamente extrapatrimonial, dada a dificuldade de atribuir valor material à oportunidade que foi perdida; outra visão entende que essa também pode ser um dano patrimonial. Todavia, mesmo aqueles que a enquadram como dano patrimonial não o fazem da mesma forma, pois algumas vezes a associam aos lucros cessantes, outras aos danos emergentes.

No nosso entendimento, o dano da perda de chance deve ser considerado autônomo, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, dependendo do contexto em que surge. Quando patrimonial, é um dano emergente, na medida em que a chance já se encontrava na esfera jurídica do lesado antes de ser irremediavelmente afastada por comportamento ilícito de terceiro.

A despeito das controvérsias que a cercam, essa teoria tem se mostrado relevante no contexto jurídico e representa uma tendência emergente na reparação civil. Por isso, ao longo deste trabalho, foi apresentada uma série de jurisprudências que permitem observar como tem sido a aplicação da teoria pelos Tribunais portugueses e brasileiros ao longo dos últimos anos, ponderando os critérios adotados para aceitar ou não a teoria. Ademais, nos exemplos de jurisprudência brasileira, foram trazidos casos envolvendo a Administração Pública, como a desclassificação indevida em procedimento licitatório, de modo a demonstrar que a teoria da perda de chance não tem sua aplicação restrita ao Direito Civil.

Apesar da teoria ter surgido com o intuito de garantir que as vítimas sejam devidamente compensadas por prejuízos reais devido a uma chance perdida, sua aplicação é complexa e controversa, exigindo reflexão contínua na área da responsabilidade civil, trazendo à tona uma série de debates desde o seu surgimento.

Independentemente da perspectiva adotada, há uma espécie de consenso da necessidade de as chances perdidas serem sérias e reais, tendo em vista que meras expectativas ou esperanças subjetivas não podem, por si só, ser protegidas legalmente e dar origem a reparações civis, cabendo ao julgador realizar uma avaliação criteriosa da chance em questão, levando em consideração a probabilidade e a seriedade dos interesses envolvidos no caso específico. Probabilidade esta que será levada em consideração no momento da quantificação dos danos ressarcíveis.

O desafio é garantir a proteção das vítimas, sem, no entanto, permitir a tutela jurídica de demandas baseadas em oportunismos e esperanças subjetivas vazias, que foram descobertas

no momento. Desta forma, torna-se essencial reconhecer a teoria, traçando diretrizes de aplicação e reduzindo cada vez mais as discrepâncias entre os julgados.

O presente trabalho pretendeu traçar um panorama das principais discussões que cercam a figura da perda de chance. Pelos julgados analisados, nota-se uma tendência de ambos os STJ em considerar a chance perdida como autônoma e digna de indenização, opinião por nós compartilhada. Apesar disso, ainda não há consenso sobre a sua existência, natureza jurídica, quantificação e aplicação, motivo pelo qual o tema continua oportuno e atual.

## REFERÊNCIAS

- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. O cuidado entre a ilicitude e a culpa. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (Coords.). **Responsabilidade civil - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil**. Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 243 a 254
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**, v. 922, Ago/2012, p. 139. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/25922> . Acesso em: 18 de maio de 2023.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. **Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do caso**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CASTANHEIRA, Sérgio. Portugal: Uma chance perdida. *In*: AA. VV. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. Coimbra: Coimbra, 2013.
- CORREIA, Alexandre Adriano; GONÇALVES, Fábio Enrique; BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. A (in) aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro e comparado. **RJLB**, Ano 2, n. 3, 2016, p 497-518. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016\\_03\\_0497\\_0518.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0497_0518.pdf). Acesso em: 13 jul 2023.
- COSTA, Patrícia Cordeiro. A perda de chance – dez anos depois. **Julgar**, Coimbra, Almedina, n. 42, p. 151-190, 2020. Disponível em: <https://julgar.pt/a-perda-de-chance-dez-anos-depois/>. Acesso em: 16 mar 2023.
- DE CASTRO MENDES, João. **Do conceito jurídico de prejuízo**. Lisboa: Jornal do Foro, 1953.
- EIRÓ, Vera. A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas. *In*: GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis. **Novos Temas da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas**. Lisboa: ICJP, 2013, p. 49-68. Disponível em: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil\\_ebook\\_completo\\_rev2.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf) Acesso em: 9 ago 2023.
- FERREIRA, Rui Cardona. A perda de chance na responsabilidade médica. *In*: GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis; MONGE, Cláudia (Coords.). **Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde**. Lisboa: ICJP, 2013, p. 126-145.
- FERREIRA, Rui Cardona. A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). **Revista da Ordem dos Advogados**, s.d., v. 73, p. 1301-1329. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf> . Acesso em: 23 ago 2023.
- FIGUEIREDO, Claudia Regina Althoff; DUTRA, Mylene Medeiros. Teoria da perda de uma chance: uma análise à luz do direito contemporâneo. **Ponto de Vista Jurídico – Caçador**. p. 75-88, v. 8, n. 1, jan./jun. 2019, p. 75-88. Disponível em:

<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1852/998>. Acesso em: 11 jan 2023.

FISCHER, David A. Tort recovery for loss of a chance. **Wake Forest L. Rev.**, v. 36, p. 605, 2001.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad.: A. Ferrer Correia. Pôrto: Imprensa Portuguesa, 1938.

FREITAS, Maria Beatriz Abreu. **Perda de chance e indemnização nas *wrongful birth e wrongful life actions***. 2020. Tese (Mestrado em Direito e Prática Jurídica). Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48051/1/ulfd145967\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/48051/1/ulfd145967_tese.pdf). Acesso em: 6 mar 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>. Acesso em: 04 mai. 2023.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 273-298. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade\\_civil.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf). Acesso em: 6 mar 2023.

GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. **Direito e justiça**, v. 19, n. 2, p. 9-47, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12433/3/11357-Artigo-20346-1-10-20220325.pdf>. Acesso em: 6 mar 2023.

GOMES, Júlio, Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?. **Revista de Direito e Economia**, n. 15, Universidade de Coimbra, 1989, p. 105 a 144.

GOMES, Júlio. Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. **Cadernos de Direito Privado**, n. especial 02, 2012, p. 17-29, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/12156>. Acesso em: 17 mar 2023.

GOMES, Júlio. Em Torno do Dano da Perda de Chance—Algumas Reflexões. *Studia Iuridica*, v. 91, 2008. *In*: **ARS IVDICANDI Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Volume II: Direito Privado. Coimbra Editora, p. 289-327. Disponível em: Acesso em: 09 ago 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>. Acesso em: 04 mai. 2023.

GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. Quid juris: Lisboa, 2009.

JANSEN, Nils. The idea of a lost chance. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 19, n. 2, 1999, p. 271-296. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20468270>. Acesso em: 05 fev 2023.

KING JR, Joseph H. "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. **University of Memphis Law Review**, 28, 491, 1998. Disponível em: Acesso em: 15 mar 2023.

KING JR, Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. **Yale Lj**, v. 90, p. 1353, 1980. Disponível em: Acesso em: 28 fev 2023.

LOVATO, Antonio Carlos; LOVATO NETO, Renato. Novas aplicações da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro. *In*: CONPEDI. (Org.). **Livro do XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA - Direito Civil**. 1ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 477-496. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/328800055\\_Novas\\_aplicacoes\\_da\\_teor\\_da\\_perda\\_de\\_uma\\_chance\\_no\\_direito\\_brasileiro](https://www.researchgate.net/publication/328800055_Novas_aplicacoes_da_teor_da_perda_de_uma_chance_no_direito_brasileiro). Acesso em: 20 junho 2023.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil II** — Parte Geral — Negócio Jurídico, 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. T. VIII – Direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Adelaide. A responsabilidade civil por violação de normas de protecção no âmbito do código de valores mobiliários. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (Coords.). **Responsabilidade civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**. Volume I. Introdução da Constituição das Obrigações. 15a ed. Coimbra: Editora Almedina. 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. A perda de oportunidade como dano no direito português. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (Coords.). **Responsabilidade civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018.

MINET, Alice. **La perte de chance en droit administratif**. Bibliothèque de Droit Public – Tome 282. Issy-Les-Moulineaux: LGDJ Lextenso Editions, 2014.

MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda. **Lições de responsabilidade civil**. Cascais: Principia Editora, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. Dano e Acordo Das Partes. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (Coords.). **Responsabilidade civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 9-29.

MOTA PINTO, Paulo. A distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo. *In*: MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1103-1107.

MOTA PINTO, Paulo. **Direito Civil: Estudos**. Coimbra: Editora Gestlegal. 2018.

PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica—uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. *In*: PEREIRA, André Gonçalo Dias et al (Coords). **Responsabilidade civil em saúde: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro**. Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. p. 413-434. Disponível em: [http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro\\_SM\\_17.pdf](http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_17.pdf). Acesso em: 12 ago 2023.

PEDRO, Rute Teixeira. Da tutela do doente lesado: breves reflexões. **Revista da FDUP**, A.5, 2008, p. 417-460. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23920/2/49897.pdf>. Acesso em: 17 ago 2023.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Maria de Lurdes. **Direito da Responsabilidade Civil: A Obrigação de Indemnizar**. Lisboa: A AFDL Editora; Imprensa FDUL, 2021.

PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. Princípio da indemnização. *In*: PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. **Princípios de Direito dos Contratos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

POÇAS, Luís Manuel Pereira. **Manual de Investigação em Direito - Metodologia da preparação de teses e artigos jurídicos**. Coimbra: Almedina, 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. Em busca da chance perdida (O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica). **Revista do Ministério Público**, v. 138, p. 09-61, 2014. Disponível em: [https://rmp.smmmp.pt/wp-content/uploads/2014/08/2.RMP\\_N138\\_VERA-LUCIA-RAPOSO.pdf](https://rmp.smmmp.pt/wp-content/uploads/2014/08/2.RMP_N138_VERA-LUCIA-RAPOSO.pdf). Acesso em: 15 jan 2023.

ROCHA, Nuno Santos. **A «perda de chance» como uma nova espécie de dano**. Coimbra: Almedina, 2014.

ROMANO MARTINEZ, Pedro. **Direito das Obrigações**. Programa 2017/2018 - Apontamentos. Lisboa: AAFDL, 2017.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612086.

SCHREIBER, Anderson. A Perda da Chance na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *In*: SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Volume I. Lisboa: (s. e.), 1941.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522475360.

STERN, Rafael B.; KADANE, Joseph B. **Compensating for the loss of a chance**. arXiv preprint arXiv:1412.1501, 2014. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1412.1501.pdf>. Acesso em: 6 mar 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: Anotações acerca de suas teorias e análise de controvertida casuística no direito brasileiro. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco (Coords.). **Responsabilidade civil** - cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito de Coimbra, 2018, p. 359-384.

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, v. 958, 2015, p. 1-16. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rtrib\\_n.958.02.PDF](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.02.PDF). Acesso em 10 mar 2023.

## Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.079.185/MG**. 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. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 11 nov 2008. STJ: Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=836916&tipo=0&nreg=200801684395&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090804&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 set 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1104665/RS**. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgico. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e de nexos de causalidade. Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, incorrente no caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso especial provido. Relator: Ministro Massami Uyeda. 09 jun 2009. STJ: Brasília, 2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221104665%22%29+ou+%28RESP+adj+%221104665%22%29.suce>. Acesso em: 18 set 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no Recurso Especial Nº 1.364.526 – MS**. Agravo Interno no Recurso Especial. Ação de indenização. Dano material e moral. Teoria da perda de uma chance. Inaplicabilidade. Agravo não provido. Relator: Ministro Raul Araújo. 21 maio 2019. STJ: Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/719120087/inteiro-teor-719120105>. Acesso em: 20 ago 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.291.247 - RJ (2011/0267279-8)**. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 10 ago 2014. STJ: Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35324840&tipo=51&nreg=201102672798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141001&formato=PDF&salvar=fal se>. Acesso em: 05 out 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0002131-21.2013.4.01.4302**. Apelações cíveis. ECT. Juntada de documentos novos. Recurso de apelação. Possibilidade. Mérito. Atraso na entrega de sedex. Desclassificação dos autores de processo seletivo. Ocorrência. Falha no serviço prestado. Danos morais. Existência. Perda de uma chance. Autor que estava classificado entre as vagas para preenchimento imediato. Ocorrência. Indenização. Metade do valor da bolsa a que faria jus. Razoabilidade. Sentença mantida. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. 13 abr 2018. TRT1: Brasília, 2018. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00021312120134014302&pA=&pN=21312120134014302>. Acesso em: 15 out 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344**. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Lisboa: diário do governo, 1966. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 09 jul 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 1378/11.6TVLSB.L1.S1**. Contrato de mandato. Mandato forense. Perda de chance. Perda de expectativa. Dano. Prejuízo. Relator: Sebastião Póvoas. 09 dez 2014. STJ: Lisboa, 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ffd48d594cd474380257da b00414728?OpenDocument>. Acesso em: 15 ago 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 171/2022.S1**. Advogado. Mandato forense. Responsabilidade contratual. Presunção de culpa. Obrigações de meios e de resultado. Falta de contestação. Direito de defesa. Relator: Moreira Alves. 28 set 2010. STJ: Lisboa, 2010a Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c784ffaf397d0512802577ea 0034d67d?OpenDocument>. Acesso em: 12 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 2622/07.0TBPNF.P1.S1**. PERDA DE CHANCE. EXPECTATIVA JURÍDICA. MANDATO FORENSE. ADVOGADO. DANO NÃO PATRIMONIAL. Relator: Sebastião Póvoas. 29 abr

2010. STJ: Lisboa, 2010. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6445e7dfde69fef280257715003ab427?OpenDocument&Highlight=0,2622%2F07>. Acesso em: 05 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção). **Processo n. 540/13.1T2AVR.P1**. Responsabilidade extracontratual. Responsabilidade contratual. Advogado. Perda de chance. Interposição de recurso. Extemporaneidade. Negligência. Suspensão da execução da pena. Nexo de causalidade. Questão de facto. Poderes do supremo tribunal de justiça. Indemnização. Equidade. Relator: Alexandre Reis. 11 jan 2017. STJ: Lisboa, 2017. Disponível em:

<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/caaa2ca24c01607f802580a5005a396b?OpenDocument>. Acesso em: 02 out 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção) **Processo n. 488/09.4TBESP.P1.S1**. Perda de chance. Dano. Responsabilidade contratual. Pressupostos. Contrato de mandato. Cálculo da indemnização. Princípio da diferença. Equidade. Rejeição de recurso. Tempestividade. Mandato forense. Relatora: Rosa Tching. 15 nov 2018. STJ: Lisboa, 2018. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bc71e9b1c62914c4802583470043aa7a?OpenDocument>. Acesso em: 03 ago 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 4202/17.2T8BRG.G1.S1**. Responsabilidade contratual. Concurso público. Empreitada de obras públicas. Perda de chance. Ilicitude. Plano de insolvência. Dever de comunicação. Banco de portugal. Crédito. Nexo de causalidade. Matéria de facto. Poderes do Supremo Tribunal de Justiça. Juízo de probabilidade. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Cálculo da indemnização. Relator: João Cura Mariano. 14 set 2023. STJ: Lisboa, 2023a. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a5428476c8066e0a80258a2b00599b49?OpenDocument>. Acesso em: 12 ago 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 5105/12.2TBXL.L1.S1**. Responsabilidade contratual. Advogado. Presunção de culpa. Ilicitude. Perda de chance. Dano emergente. Matéria de facto. Poderes do supremo tribunal de justiça. Relator: Tomé Gomes. 09 jul 2015. Lisboa: STJ, 2015. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e932fffb25ab867680257e8100375246?OpenDocument>. Acesso em: 12 mar 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo n. 5817/09.8TVLSB.L1S1**. Advogado. Mandato forense. Responsabilidade contratual. Culpa. Obrigação de indemnizar. Nexo de causalidade. Teoria da causalidade adequada. Perda de chance. Relator: Serra Baptista. 18 out 2012. STJ: Lisboa, 2012. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ec4a8d46725694e380257a9c002c1309?OpenDocument>. Acesso em: 15 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (2ª Secção). **Processo: 409/09.4YFLSB**. PERDA DE CHANCE. CASO JULGADO. EXPECTATIVA JURÍDICA. DANOS NÃO

PATRIMONIAIS. Relator: João Bernardo. 22 out 2009. STJ: Lisboa, 2009. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e38cc8337963df1380257657004e6014?OpenDocument&Highlight=0,409%2F09.4YFLSB>. Acesso em: 25 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Acórdão n. 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A**. ACÓRDÃO. Uniformizador de jurisprudência. Mandatário judicial. Perda de chance. Contrato de mandato. Mandato forense. Direito à indemnização. Dano. Nexo de causalidade. Juízo de probabilidade princípio da justiça. Ónus da prova. Oposição de julgados. Admissibilidade de recurso. Relator: António Barateiro Martins. 07 maio 2021. STJ: Lisboa, 2021. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c78e1c591866e92802587360034b122?OpenDocument>. Acesso em: 30 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Acórdão n. 11733/19.8T8LSB.L1.S1**. Responsabilidade contratual. Perda de chance. Dano. Pressupostos. Contrato de mandato. Mandato forense. Cálculo da indemnização. Obrigações de meios e de resultado. Advogado. Exoneração do passivo restante. Insolvência. Relatora: Ana Resende. 11 jul 2023. STJ: Lisboa, 2023. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/be0ffe56bfb1e6a802589ea0027e41e?OpenDocument>. Acesso em: 24 out 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção). **Processo n. 34545/15.3T8LSB.L1.S2-A**. Acórdão uniformizador de jurisprudência. Mandatário judicial. Perda de chance. Contrato de mandato. Mandato forense. Direito à indemnização. Dano. Nexo de causalidade. Juízo de probabilidade. Princípio da justiça. Ónus da prova. Oposição de julgados. Admissibilidade de recurso. Relator: António Barateiro Martins. 05 jul 2021. STJ: Lisboa, 2021. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0c78e1c591866e92802587360034b122?OpenDocument>. Acesso em: 17 out 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça (7ª Secção). **Acórdão n. 9195/03.0TVLSB.L1.S1**. Advogado. Deveres funcionais. Patrocínio judiciário. Dever de diligência. Culpa. Erro. Responsabilidade contratual. Obrigação de indemnizar. Nexo de causalidade. Danos patrimoniais. Danos não patrimoniais. Perda de chance. Expectativa jurídica. Relator: Távora Victor. 03 out 2011. Lisboa: STJ, 2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba528cb4b41c89e7802578690046f0b3?OpenDocument>. Acesso em: 08 out 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 06B016**. Contrato-promessa. Penhora. Prejuízo. Indemnização. Cálculo da indemnização. Relator: Moitinho de Almeida. 14 jun 2006. STJ: Lisboa, 2006. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/e5203172733036de8025712a004a5e37?OpenDocument>. Acesso em: 12 set 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n. 8972/06.5TBBRG.G1.S1**. Advogado. Responsabilidade civil. Nexo de causalidade. Relator: João Camilo. 29 maio 2012. STJ: Lisboa, 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/985bbbe90de9fc0e80257a0e0033f77f?OpenDocument>. Acesso em: 22 ago 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (11º Grupo Cível). **EI 0393429-50.2014.8.21.7000 RS**. Embargos infringentes. Licitação e contrato administrativo.

Responsabilidade civil. Pagamento de indenização. Cabimento. Empresa excluída ilegalmente do certame. Perda de uma chance. Precedentes do stj. Embargos infringentes desacolhidos. Relator: Marcelo Bandeira Pereira. 12 dez 2014. TJRS: Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/902324829/inteiro-teor-902324874>. Acesso em: 10 out 2023.