

Responsabilidade civil por perda de uma chance e os pressupostos autorizadores à sua aplicação

Thiago RODOVALHO*

José Luiz de Almeida SIMÃO**

RESUMO: Este artigo visa a analisar a exegese da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, teoria que tutela a vítima que se encontra em uma situação de álea em que poderia obter um resultado favorável (= chance), mas cuja oportunidade não pode ser efetivamente tentada ou disputada em razão de um comportamento ilícito (ação ou omissão) de um terceiro, que lhe frustra essa possibilidade (= perda de uma chance), tendo como dano justamente esse «interesse na chance», i.e., o interesse em um resultado incerto, aleatório (= prejuízo-chance). Assim, serão analisados os pressupostos necessários para aplicação da teoria da perda de uma chance: (i) a vítima deve estar numa situação que potencialmente a habilite a obter futura vantagem ou a evitar um prejuízo; (ii) «interrompido» pelo ato do agente (= ato de impedimento, frustração da chance possível); e que, ao final, (iii) poderia lhe representar uma vantagem.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; ato ilícito; perda de uma chance; pressupostos; jurisprudência.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Responsabilidade civil por perda de uma chance e os pressupostos necessários autorizadores à sua aplicação: (i) a chance; (ii) o impedimento de disputar essa chance; (iii) o prejuízo-chance; (iv) a potencialidade séria e real de concretização dessa chance; – 3. Conclusão; – 4. Referências bibliográficas.

TITLE: *Civil Liability for Loss-of-a-Chance and the Authorizing Subjects to its Application*

ABSTRACT: *This article aims to analyze the exegesis of the theory of liability for loss of a chance, theory that protects the victim who is in an alley situation where he could obtain a favorable outcome (= chance), but whose opportunity cannot be effectively attempted or disputed as a result of the unlawful behavior (action or omission) of a third party, which frustrates that possibility (= loss of a chance), having as damage precisely this 'interest in chance', the interest in an uncertain outcome, random (= chance-loss). Thus, the assumptions necessary to apply the theory of loss of chance will be analyzed: (i) the victim must be in a situation that potentially enables him to gain future advantage or to avoid injury; (ii) "interrupted" by the act of the agent (= act of impediment, possible chance frustration); and that, in the end, (iii) could represent an advantage.*

KEYWORDS: *Civil liability; wrongful act; loss-of-a-chance; hypothesis; case law.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Civil liability for loss of a chance and the assumptions that authorize its application: (i) a chance; (ii) the impediment to dispute this chance; (iii) the loss-chance; (iv) the serious and real potential of realizing that chance; – 3. Conclusion; – 4. Bibliographic references.*

* Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. *E-mail:* t_rodvalho@hotmail.com.

** Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP. Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado da Fundação Valeparaibana de Ensino (SP). Defensor Público do Estado de São Paulo. *E-mail:* jlasimao@hotmail.com.

1. Introdução

A responsabilidade civil é a parte integrante do direito obrigacional que impõe ao causador de um dano o dever de reparar o prejuízo impingido à vítima, resolvendo-se em perdas e danos.

Trata-se de verdadeiro princípio geral de direito encontrado nos ordenamentos jurídicos dos povos mais desenvolvidos, estando positivado no Brasil no artigo 186 do Código Civil: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.¹

O Código Civil inseriu a responsabilidade civil no Livro das Obrigações e a disciplinou nos artigos 927 a 954, fazendo a distinção, entre outras espécies, das responsabilidades *subjetiva* e *objetiva*, em que, no primeiro caso o dever de indenizar surge apenas se o responsável pelo ilícito agiu com culpa, e, no segundo caso, o dever de indenizar exsurge independentemente da culpa do agente.²

Os artigos mencionados trazem os pressupostos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Na hipótese da ação ou omissão, a lei estabelece que qualquer pessoa que venha a causar dano a outrem deve repará-lo, seja por ato próprio, de terceiro que esteja sob a guarda do agente, ou ainda por danos causados por coisas e animais que lhe pertencem.³

O dolo, por sua vez, consiste na vontade de cometer uma violação de direito. É a infringência deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico derivado de lei ou do contrato.

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 4, 19.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

² A esse respeito, v. RODOVALHO, Thiago. *Contributo para o estudo sobre os pressupostos do ato ilícito e da responsabilidade civil*, in Thiago Rodovalho, Jamil Miguel, André Nicolau Heinemann Filho, Fabricio Peloia Del Alamo e Alexandre Gindler de Oliveira. (Orgs.). *Temas de Direito Contemporâneo - Estudos em homenagem ao professor Paulo de Tarso Barbosa Duarte*, Campinas: Millennium Editora, 2013, pp. 341/359.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 14.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

A culpa, por sua vez, é o *erro de conduta* do agente causador do dano se comparado ao comportamento padrão médio das pessoas em sociedade. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de imprudência, imperícia ou negligência, os quais não cometeria o homem padrão, caracteriza-se a culpa.⁴

Por sua vez, o nexa causal é a relação de causa e efeito entre a conduta ou omissão do agente e o prejuízo suportado pela vítima. Se houve o dano, mas a causa não está relacionada ao comportamento do agente, inexistente o dever de reparar.

Já o dano é definido como o efetivo prejuízo imputado à vítima por conduta do agente. O dano pode ser moral ou material, coletivo ou social, e se constitui como elemento imprescindível da responsabilidade civil porque sem ele não há base objetiva sob a qual irá incidir a reparação.

A análise do tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, entretanto, não prescinde do estudo das fontes do dever de indenizar.

Embora a fonte do dever de indenizar seja a mesma, i.e., o ato ilícito, este se desdobra em várias espécies.

A primeira e principal fonte é o ato ilícito absoluto previsto nos artigos 186 e 927 do Código Civil. A responsabilidade civil decorre da ação ou omissão dolosa ou culposa do agente sem que o causador do dano e a vítima tenham relação jurídica anterior.⁵

A segunda fonte é o ato ilícito relativo, dos artigos 389 e 401 do Código Civil. Diz respeito à mora (atraso no pagamento) ou inadimplemento (não-pagamento) dos deveres contratuais, pré-contratuais ou pós-contratuais, sendo certo que, neste caso, o autor e a vítima mantêm uma relação contratual definidora de direitos e deveres recíprocos.⁶

A terceira fonte é o ato ilícito proveniente do abuso de direito. O abuso de direito pode ser definido como o exercício do direito subjetivo em contrariedade ao fim econômico

⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 4, 19.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146.

⁵ ANDRIGHI, Vera. *Reparação moral e material pela perda de uma chance*, in Fátima ANDRIGHI (Coord.). *Responsabilidade civil pelo inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 250.

⁶ ANDRIGHI, Vera. *Reparação moral e material pela perda de uma chance*, in Fátima ANDRIGHI (Coord.). *Responsabilidade civil pelo inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 250.

ou social ditado pelo ordenamento jurídico, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.⁷

A quarta fonte é o ato ilícito originado da probabilidade de perigo criada pelo autor do dano ao desenvolver sua atividade, cuja natureza implique risco para os direitos de outrem. São exemplos as teorias do risco administrativo aplicadas às pessoas jurídicas de direito público ou privadas que prestam serviços ao poder público prevista no artigo 37, parágrafo 6.º, da Constituição Federal, e do risco integral prevista para a atividade de exploração da energia nuclear, assim como a responsabilidade do fabricante, produtor, importador e construtor diante do dano causado pelo risco do produto colocado no mercado de consumo, estampada no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

A quinta fonte da responsabilidade civil é justamente o ato ilícito derivado da perda de uma chance. Segundo esta teoria, se alguém, praticando um ato ilícito faz com que outra pessoa perca uma oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, esta conduta enseja indenização pelos danos causados.

Contudo, justamente por se tratar de uma modalidade relativamente nova de responsabilidade civil, bem como por envolver um *resultado incerto e aleatório* (a chance), e pelas dificuldades relativas ao *nexo de causalidade*, a responsabilidade por perda de uma chance sofre severas críticas, por dar margem a um *uso abusivo da teoria*,⁸ devendo, portanto, ser tratada com rigor doutrinário, jurisprudencial e fático para que sua aplicação se dê de forma correta.

2. Responsabilidade civil por perda de uma chance e os pressupostos necessários autorizadores à sua aplicação: (i) a chance; (ii) o impedimento de disputar essa chance; (iii) o prejuízo-chance; (iv) a potencialidade séria e real de concretização dessa chance

A responsabilidade civil pela perda de uma chance tem origem na França, em sua jurisprudência no final do século XIX e começo do século XX, onde surgiu a

⁷ RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172/173.

⁸ V. ROCHA, Nuno Santos. *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 36/44.

expressão *perte d'une chance* (o primeiro caso de que se tem notícia na jurisprudência francesa data de 1889).⁹

Outro caso antigo de que se tem notícia referente à responsabilidade pela perda de uma chance, agora no direito anglo-saxão, foi em 1911, um caso inglês conhecido como *Chaplin v. Hicks*, em que a autora da ação estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida pelo réu, uma vez que ele não a deixou participar da última etapa do concurso, e, em razão disso, um dos juízes decidiu que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando o princípio da proporcionalidade.¹⁰

Doutrinariamente, de forma mais especificada, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi estudada na década de 40, na Itália, quando GIOVANI PACCHIONI tratou do assunto em sua clássica obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa.

Assim, a teoria da perda de uma chance é fruto, em especial, da construção jurisprudencial francesa e inglesa, e da construção doutrinária francesa e italiana.

No Brasil, entretanto, o Código Civil de 2002 não fez menção a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência, que buscam sua aplicação com base na analogia e no direito comparado.¹¹

A teoria surgiu na esteira das diversas mudanças econômicas, sociais, tecnológicas e comportamentais verificadas, principalmente, ao longo do século XX,¹² que passaram a exigir da responsabilidade civil uma nova abordagem dogmática a fim de dar conta da reparação das atuais modalidades de danos sociais, incluindo no seu campo de investigação, entre outros, os fatores aleatórios.

É nesse quadro que nascem as modalidades de responsabilidade dos direitos da personalidade e a valorização econômica do que é intangível, imaterial ou virtual (por

⁹ Cfr. ROCHA, Nuno Santos. *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 23/24.

¹⁰ WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*, in ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Ano III, n. 8, jul./dez. 2012, p. 78.

¹¹ Cfr. PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 214/228; e WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*, in ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Ano III, n. 8, jul./dez. 2012, p. 78.

¹² A esse respeito, cfr. RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e Riscos*, in Jorge Miranda (dir.). *O Direito*, Lisboa: Almedina, vol. IV, 2014, pp. 866/875.

exemplo, a perda de uma chance), bem como dos bens transindividuais ou comunitários, como o meio ambiente sadio e equilibrado.

Especificamente na *responsabilidade civil por perda de uma chance*, temos como *raiz-comum* o fato de a vítima encontrar-se em uma situação de álea em que poderia obter um resultado favorável (= chance), mas cuja oportunidade não pode ser efetivamente tentada ou disputada em razão de um comportamento ilícito (ação ou omissão) de um terceiro, que lhe frustra essa possibilidade (= perda de uma chance),¹³ tendo como dano justamente esse «*interesse na chance*», i.e., o *interesse em um resultado incerto, aleatório* (= prejuízo-chance).¹⁴

Assim, para CRISTIANO CHAVES DE FARIAS *et alii*, “a perda de uma chance consiste em uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”.¹⁵

Em outras palavras, o autor do ato ilícito, com a sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade de obter uma situação futura melhor decorrente de um ato antijurídico (= ato de impedimento, frustração da chance possível).

Certas características são constantes nos diversos casos em que se aplica a teoria da perda de uma chance, de sorte a balizar sua exegese: (i) a vítima deve estar numa situação que potencialmente a habilite a obter futura vantagem ou a evitar um prejuízo; (ii) «*interrompido*» pelo ato do agente; e que, ao final, (iii) poderia lhe representar uma vantagem.¹⁶

Logo, o primeiro pressuposto – verdadeira *conditio sine qua non* – é que haja o «*ato de impedimento, de frustração da chance*» (ação ou omissão) imputável a um terceiro, que lhe subtrai essa *chance* (real e séria) de obter um resultado.¹⁷

Isto quer dizer que, se a disputa da chance houve, mas o resultado não foi obtido, não se pode falar, desde logo, em *responsabilidade civil por perda de uma chance*.

¹³ ROCHA, Nuno Santos. *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 22.

¹⁴ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, São Paulo: Método, 2013, pp. 20 e 25/27.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado da responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

¹⁶ CHABAS, François. *La perte d'une chance em droit français*, Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, em 26.05.1990.

¹⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, São Paulo: Método, 2013, pp. 27/29.

A «*causa*» da *diminuição* ou do *aniquilamento* da «*chance*» de disputar um resultado incerto e aleatório tem de ser imputável ao terceiro, ou seja, a ação ou omissão do terceiro “*diminui as chances de que dispunha a vítima para obter o resultado aleatório desejado*”.¹⁸

Um exemplo da seção laboral da Corte de Cassação italiana ilustra bem isso, tida naquele país como a primeira decisão sobre o tema por lá. Nela, uma empresa foi condenada a indenizar alguns candidatos a uma vaga de emprego, pois, embora tivessem participado das primeiras etapas do processo seletivo, foram ilicitamente impedidos de participar das demais provas.¹⁹ Não havia certeza do *resultado* (ser ao final efetivamente selecionado), mas a frustração indevida da *possibilidade de disputar* consubstancia-se numa *perda de chance* indenizável. Situação completamente diferente é participar efetivamente do processo de seleção e, ao final, não ser selecionado. Isto porque, nessa hipótese, *chance houve*.

Demais disso, a responsabilidade civil derivada da perda de uma chance admite a análise por dois enfoques distintos: o benefício futuro pode ter sido perdido tanto pela frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou.

Na primeira hipótese o ato ilícito faz com que a pessoa perca a oportunidade de obter uma situação financeira melhor; há a projeção daquilo que aconteceria caso não tivesse sobrevindo o fato antijurídico.

Exemplo que pode ser citado é o candidato de um concurso público que se encontrava na derradeira fase do certame e com considerável chance de aprovação, impedido de participar da última etapa em decorrência de um atropelamento.

Certamente que a supressão da oportunidade *real e efetiva* de lograr sucesso no concurso deverá ser tutelada pelo ordenamento jurídico, condenando o responsável pelo atropelamento a ressarcir o dano causado especificamente por conta da destruição da chance de tomar posse no cargo público.

¹⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*, São Paulo: Método, 2013, pp. 27/28.

¹⁹ ROCHA, Nuno Santos. *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 25.

Situação diversa seria aquela em que o candidato vítima de ilícito participava das fases iniciais do certame. Como já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a chance de aprovação é remota e não pode ser diretamente relacionada com o ato injusto, na medida em que estatisticamente apenas uma minoria logra aprovação em concurso público, inviável invocar a teoria da perda de uma chance para obter qualquer indenização.²⁰

Na segunda hipótese, trata da frustração da oportunidade de evitar um dano efetivamente acontecido. Isto é, a reparação responderá de um esboço daquilo que aconteceria caso o ilícito fosse neutralizado a tempo. Aqui, o fundamento da responsabilidade civil será o ato ilícito da não interrupção do processo que culminou num dano.

Exemplo que pode ser trazido para elucidar a definição vem da área médica. Aplica-se a teoria no caso em que paciente acometido de uma moléstia se vê privado da chance de cura ou sobrevida pela falta de intervenção médica e vem a óbito ou experimenta sensível piora do quadro clínico.

²⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal. 2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação. 3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras. 6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba. 7. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Resp. nº 1.220.911-RS, rel. Min. Castro Meira, 2º Turma, j. 17/03/2011).

Nesses casos, a indenização será determinada pela perda de uma chance de séria e real obtenção de resultado favorável no tratamento e não precisamente pelo dano sofrido, já que este adviria da doença propriamente dita.

Colhe-se da jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA o entendimento de que a discussão jurídica nessas hipóteses não se estabelece nonexo de causalidade entre a atuação do profissional e o dano, seja a morte ou agravamento do estado de saúde, mas da perda de uma chance de recuperação se a terapia fosse adequadamente ministrada e surtisse efeito.²¹

Conclui-se, assim, que as diferenças entre os dois enfoques da teoria da perda de uma chance são bem marcantes. Enquanto na perda da chance de obter uma vantagem o ilícito interrompe um processo em curso e o possível dano deriva dessa interrupção, no caso da perda da chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo não foi interrompido quando poderia sê-lo.

Tal distinção foi tratada no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº 1.291.247-RJ, em que a Corte entendeu viável a condenação de empresa responsável pela coleta de células-tronco embrionárias que não enviou funcionário para recolher material no momento do nascimento do recém-nascido, fazendo com que a criança perdesse a oportunidade de congelar as células para eventual uso futuro em tratamento médico.²²

²¹ DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinda-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (STJ, Resp. nº 1.254.141-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3º Turma, j. 04/12/2012).

²² 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. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. 2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano

Assim, na perda da chance de auferir uma vantagem há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade. Existe incerteza quanto à existência ou extensão dos danos.

No caso da perda de chance de evitar o agravamento do dano, a extensão do prejuízo invariavelmente já está delimitada, restando discussão a respeito da relação entre o dano e a atitude do agente.

Discussão há quanto à qualificação da perda de uma chance, se ela seria classificada como um dano *patrimonial* ou *extrapatrimonial*.

Embora haja respeitáveis posições doutrinárias a respeito, especialmente o Enunciado nº 443 do Conselho de Justiça Federal prevendo ser a perda da chance uma categoria autônoma,²³ entende-se correta a posição que considera a perda de uma chance uma espécie de dano patrimonial, pois tal não impede, a depender do caso, sua cumulação com os danos morais, ou mesmo o afastamento da perda da chance por ausência dos requisitos legais, reconhecendo apenas a lesão dos direitos da personalidade.

Foi este o entendimento adotado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no Recurso Especial nº 1.210.732-SC, em que um advogado perdeu o prazo para protocolo de um recurso em decorrência do extravio dos documentos por culpa dos Correios.²⁴

moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010). 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

²³ Enunciado nº 443: "a responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos".

²⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO QUE CONTRATA SERVIÇOS DOS CORREIOS PARA O ENVIO DE PETIÇÃO RECURSAL. SEDEX NORMAL. CONTRATO QUE GARANTIA A CHEGADA DA PETIÇÃO AO DESTINATÁRIO EM DETERMINADO TEMPO. NÃO CUMPRIMENTO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CORREIOS PARA COM OS USUÁRIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL NÃO PROVADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. 1. A controvérsia consiste em saber se o advogado que teve recurso por ele subscrito considerado intempestivo, em razão da entrega tardia de sua petição pelos Correios ao Tribunal ad quem, pode pleitear indenização por danos materiais e morais contra a mencionada empresa pública. É certo também que a moldura fática delineada demonstra a contratação de serviço postal que, entre Capitais, garantia a chegada de correspondência até o próximo dia útil ao da postagem (SEDEX normal). 2. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem

Embora o STJ não tenha vislumbrado dano patrimonial na vertente da perda de uma chance, condenou a empresa pública a reparar os danos morais alegados pelo profissional, que teve sua reputação manchada perante o cliente e terceiros em virtude de não ter praticado o ato processual.

Independentemente do enfoque que se analise a teoria da perda de uma chance, seu objetivo é buscar a responsabilização do ofensor «não» pela ocorrência de um *dano emergente* ou *lucros cessantes*, “*mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria não fosse o ato ilícito*”.²⁵

Pela clareza da explanação sobre o dano perseguido pela teoria da perda de uma chance, tomamos a liberdade de transcrever trecho de trabalho específico a respeito do tema:

“Dano é chance perdida e não o benefício perdido. O benefício em si não é o dano, porquanto não há como ter por certo o que não chegou a se concretizar no mundo. É a perda da oportunidade de obter um bem, e não

deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/90. No caso, a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário. 3. Não se confunde a responsabilidade do advogado, no cumprimento dos prazos processuais, com a dos Correios, no cumprimento dos contratos de prestação de serviço postal. A responsabilidade do advogado pela protocolização de recurso no prazo é de natureza endoprocessual, que gera consequências para o processo, de modo que a não apresentação de recursos no prazo tem consequências próprias, em face das quais não se pode, certamente, arguir a falha na prestação de serviços pelos Correios. Porém, essa responsabilidade processual do causídico não afasta a responsabilidade de natureza contratual dos Correios pelos danos eventualmente causados pela falha do serviço, de modo que, fora do processo, o advogado – como qualquer consumidor - pode discutir o vício do serviço por ele contratado, e ambas as responsabilidades convivem: a do advogado, que se limita às consequências internas ao processo, e a dos Correios, que decorre do descumprimento do contrato e da prestação de um serviço defeituoso. Assim, muito embora não se possa opor a culpa dos Correios para efeitos processuais da perda do prazo, extraprocessualmente a empresa responde pela falha do serviço prestado como qualquer outra. 4. Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita. 5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável. 6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Resp. nº 1.210.732, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4º Turma, 02/10/2012).

²⁵ SALOMÃO, Luís Felipe. *Direito Privado: teoria e prática*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 319.

*o bem em si mesmo, pois ele é sempre hipotético, porque incerto no mundo dos fatos. Note-se que não é possível assegurar que, por exemplo, o paciente iria sobreviver, ou que o concursando seria aprovado. Como iter foi interrompido, não há prova de concretização do bem almejado. O dano, portanto, é a frustração de não ter concorrido. O dano é a lesão material ou moral decorrente da perda de uma oportunidade concreta e verossímil que a vítima dispunha para obter o bem da vida”.*²⁶

É a posição acolhida pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.²⁷

O ato ilícito derivado da perda de uma chance é considerado uma lesão às «*justas expectativas*» frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato de terceiro.

Daí já ser possível concluir que a perda de uma chance tem fundamento jurídico autônomo aos lucros cessantes, pois estes “*denotam a supressão de um benefício certo, indeniza-se um resultado vantajoso perdido em razão do dano [...] Ao contrário, na perda de uma chance, o benefício é incerto e aleatório [...]*”.²⁸

Isto é, pela teoria da perda de uma chance indeniza-se o ilícito praticado que impediu que a vítima participasse de um processo que poderia levá-la a obter um benefício

²⁶ ANDRIGHI, Vera. *Reparação moral e material pela perda de uma chance*, in Fátima ANDRIGHI (Coord.). *Responsabilidade civil pelo inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 255/256.

²⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da “perda de uma chance” devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da “perda de uma chance”, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ, Resp. nº 1.190.180-RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4º Turma, j. 16/11/2010).

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; e ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado da responsabilidade civil*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 255.

futuro. Ou seja, caso a suposta vítima tenha tido a oportunidade de concorrer para alcançar um bem mais vantajoso, impróprio se falar em perda da chance, já que não houve sonegação da possibilidade do lucro.

Diante disso, torna-se necessário esclarecer os «*requisitos obrigatórios*» para a condenação do ofensor com base na teoria da perda de uma chance.

O critério mais utilizado pelos tribunais para a responsabilização civil é a observação da *seriedade* e da *realidade* da chance perdida,²⁹ bem como o *impedimento* a que se tente obter esse resultado. Exige-se que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não mera possibilidade, eis que o dano provável e incerto não é indenizável.

O direito francês tem critérios extremamente úteis para diferenciar os danos indenizáveis, nas categorias dos danos presentes e danos futuros.

No caso dos danos presentes, é possível negar a indenização com base na falta de seriedade das chances perdidas. É critério frequentemente utilizado pelos tribunais brasileiros, especialmente o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nas lides envolvendo negligência dos advogados.

Com efeito, é assente na jurisprudência que não basta a mera comprovação do erro do profissional para se exigir a indenização, mas somente se a oportunidade perdida tenha reais condições de êxito, dentro de um juízo criterioso de probabilidade de vitória.

Ou seja, faz-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter sua pretensão atendida. Caso contrário, a pretensão de ressarcimento há de ser negada, ausente que está um dos pressupostos da perda de uma chance.³⁰

²⁹ A esse respeito, v. PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 134/137.

³⁰ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE SUCESSO NO RECURSO CONSIDERADO INTEMPESTIVO. 1. Controvérsia em torno da responsabilidade civil de advogados, que patrocinaram determinada demanda em nome da parte ora recorrente, pelo não conhecimento do seu recurso especial e do agravo de instrumento consequentemente interposto, ocasionando a "perda da chance" de ver reconhecido o seu direito ao recebimento de benefício acidentário, postulando, assim, indenização por danos materiais e morais. 2. Possibilidade, em tese, de reconhecimento da responsabilidade civil do advogado pelo não conhecimento do recurso especial interposto intempestivamente e, ainda, sem ter sido instruído, o agravo de instrumento manejado contra a sua inadmissão, com os necessários documentos obrigatórios. 3. Os advogados, atuando em nome do seu cliente e representando-a judicialmente, comprometem-se, quando da celebração do mandato judicial, a observar a técnica

O dano futuro é medido por meio do critério da seriedade quanto à probabilidade que teria o autor de utilizar-se das chances em um momento futuro, e dessas chances alcançar uma posição mais vantajosa.

Colhe-se da jurisprudência francesa o exemplo de acórdão da Corte de Cassação que negou indenização a uma criança de nove anos vítima de acidente por culpa de outrem que prejudicou o desempenho escolar do petiz e comprometeu a realização de trabalhos manuais.

Decidiu-se que não haveria direito à indenização pela perda da chance de obter um trabalho bem remunerado no futuro diante da falta de relação *direta* entre o fato danoso e a certeza do prejuízo.³¹

A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem conferido especial destaque ao requisito da seriedade da chance perdida.

Ao julgar um caso em que médico foi processado pelos familiares de uma paciente que veio a falecer, sob o argumento de que houve supressão de uma chance de vida da falecida por falta dos cuidados necessários na fase pré-operatória, a Corte exonerou o médico do dever de indenizar por ausência de prova de que houvesse subtraído chances sérias e reais, capazes de reverter o estado de saúde da paciente.³²

ínsita ao exercício da advocacia e, ainda, a articular a melhor defesa dos interesses da mandante, embora sem a garantia do resultado final favorável (obrigação de meio), mas adstritos à uma atuação dentro do rigor profissional exigido, nisso incluindo-se a utilização dos recursos legalmente estabelecidos, dentro dos prazos legalmente previstos. 4. A responsabilidade civil subjetiva do advogado, por inadimplemento de suas obrigações de meio, depende da demonstração de ato culposo ou doloso, do nexo causal e do dano causado a seu cliente. 5. Tonalizado pela perda de uma chance, o elemento "dano" se consubstancia na frustração da probabilidade de alcançar um resultado muito provável. 6. Nessa conjuntura, necessário perpassar pela efetiva probabilidade de sucesso da parte em obter o provimento do recurso especial intempestivamente interposto. 7. Na origem, com base na análise da fundamentação do acórdão recorrido e, ainda, das razões do referido apelo excepcional, a conclusão foi de que o recurso estava fadado ao insucesso em face do enunciado 7/STJ. Insindicabilidade. 8. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 9. Pretensão indenizatória improcedente. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, Resp. nº 1.758.767-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3º Turma, j. 09/10/2018).

³¹ J.C.P. 1985.II.20360 note Chartier. Decisão proferida em 9 de novembro de 1983 (in MARTINS-COSTA, Judith. *Prefácio a Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, in Judith Martins-Costa. *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 398).

³² RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - 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, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Assim, a chance cuja perda seja passível de indenização é somente aquela tida como séria e real ou como significativa ou substancial.

O mesmo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entendeu indevida a indenização por dano moral pela perda de uma chance no caso de proprietários que tiveram o imóvel leilado extrajudicialmente sem prévia intimação pessoal para purgar a mora.

Não obstante terem argumentado que a oportunidade de evitar o leilão pelo pagamento lhes foi retirada diante da falta de intimação, a Corte rejeitou o pedido sob a alegação de que a purgação da mora no caso específico era remota e inexpressiva, apesar da obrigatoriedade legal da intimação pessoal do devedor.³³

De maneira análoga, retira-se da jurisprudência a situação em que um proprietário que presenciou a desapropriação de suas terras requereu indenização com base na teoria da perda de uma chance porque pretendia implantar no local um hotel destinado ao turismo ecológico.

Ao compreender que a chance de instalação do hotel não representava uma chance real e séria, o Tribunal Regional Federal da 1.^a Região negou o pedido indenizatório.³⁴

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e denexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido. (STJ, Resp. nº 1.104.665-RS, rel. Min. Massami Uyeda, 3º Turma, j. 09/06/2009).

³³ DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL REALIZADO NOS MOLDES DO DL 70/66. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES. PERDA DA OPORTUNIDADE DE PURGAR A MORA. IMPROBABILIDADE DO PAGAMENTO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. É indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos termos do DL 70/66. Precedentes. 2. Somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais. Na hipótese dos autos, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido. (STJ, Resp. nº 1.115.687-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3º Turma, j. 18/11/2010).

³⁴ PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. EXTENSÃO. ÁREA REMANESCENTE. DESCABIMENTO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. 1. O laudo administrativo apresentado pelas expropriantes é sólido e bem fundamentado, tendo corretamente avaliado o imóvel, levando em conta sua localização, acesso, tipo de solo, clima, hidrografia, realidade imobiliária, etc. Trabalho que bem reflete o valor de mercado da propriedade. 2. A indenização em separado pela área remanescente do imóvel só é cabível quando houver desvalorização ou inutilidade da mesma, o que não restou demonstrado nos autos. 3. A Teoria da Perda de uma Chance pressupõe a demonstração de que a vítima de uma conduta lesiva perpetrada por outrem

De outro lado, indeniza-se pela perda de uma chance o caso de um candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após ser vítima de notícia falsa publicada em jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar.³⁵

O que os inúmeros precedentes mencionados deixam claro é que a aplicação da perda de uma chance depende de uma análise detida das reais possibilidades de incremento futuro da posição da vítima, sendo de fundamental importância a verificação da seriedade das chances perdidas, bem como o *impedimento* a que se tente obter esse resultado.

Diante de tudo quanto exposto, necessário se faz compreender que, ao se falar em ter perdido uma chance, é possível afirmar que essa chance perdida se referia a algo realmente esperado, algo com o que já se contava e que está dissociada do resultado final que essa mesma chance, como um bem já adquirido, poderia proporcionar, poderia servir de instrumento. Não se indeniza uma mera suposição ou desejo, mas uma chance concreta, real e séria de ganho.

Passando para o estudo da quantificação do dano, o julgador deverá sempre levar em conta a álea contida na chance perdida. Assim, a indenização será sempre uma *fração* da indenização que seria concedida pela perda da vantagem esperada. Isto é, *o valor da reparação não corresponde ao benefício hipotético pretendido pela vítima, mas ao da chance perdida*.³⁶

possuía chance real e séria de obter uma situação futura mais favorável, da qual foi privada. Na hipótese, o empreendimento do autor encontrava-se apenas no plano hipotético, sem nenhuma infra-estrutura iniciada, não havendo que se falar em indenização por perda de uma chance. 4. Apelação não provida. (TRF 1º Região, Apelação Cível nº 0005294-54.2009.4.01.4300, rel. des. Tourinho Neto, 3º Turma, j. 05/03/2012).

³⁵ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ. I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação. II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar. IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. V.- Recurso Especial improvido. (STJ, Resp. nº 821.004-MG, rel. Min. Sidnei Beneti, 3º Turma, j. 19/08/2010).

³⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 137.

De acordo com VERA ANDRIGHI, “a chance contém valor econômico e corresponderá ao percentual de vitória que a vítima demonstrou possuir, caso não tivesse sofrido a obstrução para alcançar o bem da vida objetivado”.³⁷

A diferenciação do *quantum* a ser indenizado é decorrência lógica da noção de que o dano proveniente da perda de uma chance é autônomo ao resultado final pretendido, como defendido linhas atrás.

Faz-se necessário recorrer à estatística como instrumento hábil de prognóstico do resultado e auferir o proveito econômico da chance perdida. Enquanto nos lucros cessantes indeniza-se o próprio resultado perdido, a perda de uma chance principiará desse dano final para aplicar sobre ele a indenização correspondente ao percentual de possibilidades de obtenção do desfecho útil esperado.³⁸

Nessa toada, correta a posição adotada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ao enfatizar que “*não é possível a fixação de indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima*”.³⁹

No *leading case* relativo à matéria, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA julgou o caso de um conhecido programa televisivo chamado “Show do Milhão”, um concurso em que o concorrente, ao responder corretamente às perguntas que lhe eram feitas poderia chegar a ganhar o prêmio de um milhão de reais.

O caso se deu pelo fato de que uma candidata que participava do programa conseguiu chegar à pergunta milionária e, ao lhe ser feito o questionamento derradeiro, este não admitia nenhuma resposta correta.

Em razão disso, a concorrente ingressou contra a empresa que promovia o concurso e conseguiu uma indenização no valor de R\$ 125.000,00; observando o critério da

³⁷ ANDRIGHI, Vera. *Reparação moral e material pela perda de uma chance*, in Fátima ANDRIGHI (Coord.). *Responsabilidade civil pelo inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 257.

³⁸ Cfr. PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2007, pp. 137/148.

³⁹ Resp. nº 1.254.141-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3º Turma, j. 04/12/2012.

probabilidade de acerto da questão, qual seja, 25%; “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas.

Nesse sentido, é importante ressaltar que restou evidente a perda da oportunidade da participante em razão da “imposição” de uma resposta como “correta” quando, na verdade, a Constituição Federal não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas.⁴⁰

Semelhante raciocínio jurídico foi desenvolvido pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no julgamento de uma mulher que fez compras em um supermercado e recebeu bilhete para participar de um sorteio.

No bilhete constava a seguinte inscrição: “você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas”.

A mulher foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas o vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras.

Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já tinham sido sorteadas entre os demais participantes e ela, por falha de comunicação da organização, não participou do sorteio.

O Tribunal considerou que houve violação do dever contratual, previsto no regulamento, o que fez com que a mulher ficasse impedida de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

A Corte também entendeu que a mulher deveria ser indenizada pela perda da chance de participar do segundo sorteio, no qual 900 pessoas (ganhadoras dos vale-compras) concorreriam a 30 casas.

⁴⁰ RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Resp. nº 788.459-BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4º Turma, j. 08/11/2005).

Na teoria da perda de uma chance não se paga como indenização o valor do resultado final que poderia ter sido obtido, mas sim uma quantia a ser arbitrada pelo juiz, levando em consideração o caso concreto.

No caso concreto acima relatado, por exemplo, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA não condenou o supermercado a pagar o valor de uma casa sorteada. Isso porque não havia certeza de que a mulher seria sorteada. O que ela perdeu não foi a casa em si, mas sim a chance, real e séria, de ganhar a casa. Logo, ela deve ser indenizada pela chance perdida e não pela casa perdida.

Nesse sentido, a Corte entendeu que o dano material suportado pela mulher não corresponde ao valor de uma das 30 casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances em 900 de obter o bem da vida almejado. A casa sorteada estava avaliada em R\$ 40 mil. Como eram 900 pessoas concorrendo a 30 casas, a probabilidade de a mulher ganhar a casa era de 1/30. Logo, o Tribunal condenou o supermercado a pagar 1/30 do valor da casa (1/30 de R\$ 40 mil).⁴¹

Enfim, a título de síntese, os requisitos da teoria da perda de uma chance são a seriedade e atualidade das chances perdidas, a consideração da álea na quantificação da chance e a perda definitiva da vantagem esperada, e o *impedimento* ilícito a que se tente obter esse resultado imputável a um terceiro.

⁴¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE. 1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes. 2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas. 3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no hipermercado, não exime os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam. 4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado. 5. Ausência de publicidade enganosa ou fraude a justificar indenização por dano moral. O hipermercado sorteou as trinta casas prometidas entre os participantes, faltando apenas com o dever contratual de informar, a tempo, a autora do segundo sorteio. Não é consequência inerente a qualquer dano material a existência de dano moral indenizável. Não foram descritas nos autos consequências extrapatrimoniais passíveis de indenização em decorrência do aborrecimento de se ver a autora privada de participar do segundo sorteio. 6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (STJ. EDcl no AgRg no Ag nº 1196957-DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 10/04/2012).

Ausentes os pressupostos obrigatórios desta nova categoria da responsabilidade civil, inviável a condenação do autor do dano com supedâneo na teoria da perda de uma chance.

3. Conclusão

Deste modo, feitas essas considerações, tem-se, pois, que se faz sempre necessário aferir-se, na situação fática do caso concreto, se ele se amolda a esses pressupostos necessários: (i) a chance; (ii) o impedimento de disputar essa chance; (iii) o prejuízo-chance; (iv) a potencialidade séria e real de concretização dessa chance.

Busca-se, assim, a evitação de um uso abusivo da teoria.

Deste modo, na ausência desses pressupostos obrigatórios, não se pode falar em responsabilidade civil por perda de uma chance.

E, se preenchidos, a quantificação do dano há de ser *menor* do que o resultado final pretendido, pois o que se indeniza é justamente o «*interesse na chance*», i.e., o *interesse em um resultado incerto, aleatório* (= prejuízo-chance), já que incerto se de fato o resultado final seria obtido.

4. Referências bibliográficas

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

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

CHABAS, François. *La perte d'une chance em droit français*, Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, em 26.05.1990.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 14.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *Prefácio a Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, in Judith MARTINS-COSTA. *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2007.

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

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODOVALHO, Thiago. *Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo – contratos de adesão civis – contratos de adesão empresariais*, São Paulo: Almedina, 2016.

RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e riscos*, in Jorge Miranda (dir.). *O Direito*, Lisboa: Almedina, vol. IV, 2014.

RODOVALHO, Thiago. *Princípios do Direito Privado e o Registro de Imóveis no Brasil*, in Alexandre Jamal Batista (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado - Homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*, Editora IASP: São Paulo, 2017.

RODOVALHO, Thiago. *Contributo para o estudo sobre os pressupostos do ato ilícito e da responsabilidade civil*, in Thiago Rodovalho, Jamil Miguel, André Nicolau Heinemann Filho, Fabricio Peloia Del Alamo e Alexandre Gindler de Oliveira. (Orgs.). *Temas de Direito Contemporâneo - Estudos em homenagem ao professor Paulo de Tarso Barbosa Duarte*, Campinas: Millennium Editora, 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, vol. 4, 19.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Direito Privado: teoria e prática*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*, in ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Ano III, n. 8, jul./dez. 2012.

civilistica.com

Recebido em: 25.10.2020
Aprovado em:
1.9.2021 (1º parecer)
1.9.2021 (2º parecer)

Como citar: RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. Responsabilidade civil por perda de uma chance e os pressupostos autorizadores à sua aplicação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-por-perda-de-uma-chance/>>. Data de acesso.