

A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro

Luísa Baran de Mello Alvarenga¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Linhas gerais sobre a teoria da perda de uma chance; 3 – Aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil. Análise jurisprudencial; 3.1 – Chances sérias e reais; 3.2 – A reparação das chances perdidas como danos materiais e/ou danos morais; 3.3 – Quantificação do dano; 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A base do pensamento jurídico europeu do século XIX foi fortemente influenciada pelos ideais burgueses da Revolução Francesa, consagrando o liberalismo jurídico, corrente ideológica calcada no indivíduo e na propriedade. Esse movimento teve assento no Código de Napoleão, cuja principal preocupação era preservar a autonomia da vontade patrimonial, de maneira a garantir juridicamente um sistema de livre contratação e circulação de riquezas, a salvo de qualquer forma de interferência estatal.

Partindo destas premissas, foi concebido um modelo de responsabilidade civil fundado no “mau uso da liberdade individual”², atrelado à noção de culpa, de modo que, sem a comprovação da conduta culposa do agente, não haveria reparação do dano. Neste contexto, os holofotes

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

2 SCHREIBER, Anderson. “Novos paradigmas da responsabilidade civil”. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 12.

da responsabilidade civil pairavam sobre o agente que cometeu o ato ilícito, com a constante necessidade de buscar um culpado para o dano, consagrando-se a ideia de “*pas de responsabilité sans faute*”.

No final do século XIX e início do século XX, porém, a intensificação das lutas sociais decorrentes do processo de industrialização e principalmente a Primeira Guerra Mundial levaram à necessidade de uma maior intervenção estatal na economia. Foi à ruína o Estado Liberal, com seus ideais individualistas, passando as Constituições a buscar a justiça e o bem-estar social.

A par deste novo cenário, os avanços tecnológicos e científicos trazidos pela Revolução Industrial impulsionaram a mudança do paradigma da responsabilidade civil. A mecanização, a produção em massa e a expansão da comercialização criaram riscos antes não concebidos e provocaram a causação de danos anônimos, despersonalizados³, em que, exigir da vítima a comprovação da culpa, era o mesmo que não responsabilizar o agente ofensor⁴.

Diante desta perspectiva, a necessidade de demonstração da culpa em todos os casos de responsabilidade civil tornou-se tarefa extremamente árdua, ensejando casos de extrema injustiça. A responsabilização calcada na ideia de culpa passou a ser insuficiente para certos tipos de danos, em que a comprovação da conduta culposa era praticamente impossível.

Assim, tomou força a doutrina da teoria do risco, encabeçada por Raymond Saleilles e Josserand, consagrando a responsabilidade civil objetiva, cuja constatação depende apenas da demonstração da conduta,nexo causal e dano, alheia à perquirição de qualquer elemento subjetivo do agente. Assim, aquele que se dispõe a exercer determinada atividade em sociedade, gerando riscos, responde pelos danos deles decorrentes.

Concretizada estava, portanto, a quebra do paradigma da responsabilidade civil baseada exclusivamente na culpa: o foco principal que

3 SERPA LOPES, Miguel Maria de. “Curso de Direito Civil”. Volume 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 158-159.

4 MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. “Código Civil interpretado conforme a Constituição da República”. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 804.

pairava sobre o agente ofensor e a busca pela de sua conduta culposa foi alterado para a preocupação com a vítima e a reparação integral dos prejuízos. Apesar de a responsabilidade subjetiva não ter sido abandonada, a objetivação ganhou força em quase todos os ordenamentos jurídicos.

Este fenômeno foi refletido no Brasil, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, com a edição de diversas leis especiais que adotaram a teoria em setores específicos⁵.

Foi, contudo, com a Constituição Federal de 1988 que o modelo brasileiro de responsabilidade civil objetiva foi definitivamente consagrado. A previsão da dignidade da pessoa humana, do princípio da solidariedade social e a valorização do trabalho e da livre iniciativa sustentam a base axiológica do sistema constitucional, permitindo uma maior preocupação com a reparação integral da vítima.

Seguindo a principiologia constitucional, o Código Civil de 2002 introduziu importantes mudanças no âmbito da responsabilidade civil, consagrando em seu artigo 927 a cláusula geral do dever de reparar: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Diante deste novo cenário e tendo como pedra de toque o princípio da reparação integral, positivado no artigo 944 do Código Civil, verificou-se uma constante ampliação do conceito de dano reparável. Sob a influência do paradigma solidarista, a principal preocupação do sistema se voltou para a indenização dos danos sofridos pela vítima, sendo necessário conceber o ressarcimento de danos que antes ficavam aquém da esfera da responsabilidade civil.

Ademais, além da culpa e do dano, o nexo de causalidade também foi atingido por esta mudança de eixo da responsabilidade civil na pós-modernidade. O foco central na integral reparação da vítima ensejou a necessidade de, em muitos casos, relativizar a demonstração de causa e efeito entre a conduta do agente ofensor e o dano.⁶

5 Decreto 2.681/1912; Lei 6.338/76; Lei 6.453/77; Lei 6.938/91; Lei 8.078/90.

6 “Na esteira das transformações pelas quais atravessa a responsabilidade civil, observa-se tendência a mitigar o rigor na avaliação do nexo causal com objetivo de garantir reparação integral à vítima”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Responsabilidade civil”. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012. p. 117).

Com a reformulação do cenário da responsabilidade civil, foi aberto espaço para a criação e desenvolvimento de novas teorias acerca do tema, que encontravam óbices na rigidez dos filtros da reparação civil.

2. Linhas gerais sobre a teoria da perda de uma chance

Diante da mudança paradigmática da responsabilidade civil e do processo de adequação dos seus pressupostos à nova realidade social, com a relativização da constatação do nexo de causalidade e ampliação do conceito de dano reparável, foi concebida a teoria da perda de uma chance.

O objetivo desta teoria é conferir reparação pela perda da possibilidade de obter uma vantagem futura esperada ou de evitar um prejuízo. A vítima se encontra em um processo aleatório, esperando auferir um ganho final, mas por um ato do agente ofensor, há a interrupção deste processo, com a frustração das chances de vir a ocorrer tal evento favorável no futuro.

Em decorrência deste caráter aleatório, nunca será possível afirmar com certeza que a vítima alcançaria uma vantagem final se não fosse o ato danoso, tendo em vista a potencial influência de diversas causas externas. Não obstante, é inegável que o ofendido teve ceifada uma chance de obter esta vantagem futura, o que configura, por si só, um dano certo, dotado de valor econômico⁷.

É importante observar que a aplicação da teoria da perda de uma chance não está apartada dos requisitos básicos da responsabilidade civil, sendo necessário que a vítima comprove a conduta do agente ofensor, a culpa (em caso de responsabilidade subjetiva), nexo de causalidade e o dano.

No tocante ao requisito da culpa, frise-se que a indenização pela chance perdida não está restrita apenas aos casos de responsabilidade civil subjetiva, sendo possível a sua incidência nos casos em que a lei admite a aplicação da teoria do risco, quando a reparação prescindirá

⁷ “A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Essa probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza”. (SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 13 e 14)

da comprovação da culpa, como nas relações de consumo e no âmbito da Administração Pública.⁸

Em relação ao nexo causal, há uma peculiaridade na teoria da perda de uma chance. Estando em curso um processo aleatório, em que há interferência de diversos fatores externos, não é possível estabelecer o nexo de causalidade entre o dano final e o ato ilícito praticado. Assim, a relação de causalidade é firmada entre a conduta perpetrada pelo agente ofensor e a perda da possibilidade de obtenção da vantagem futura esperada pela vítima.

Por exemplo, no caso de perda de um prazo para interposição de recurso de sentença desfavorável por culpa do advogado, não se pode estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta negligente e a derrota no processo judicial, tendo em vista que, mesmo se o recurso tivesse sido interposto tempestivamente, o Tribunal poderia ter negado-lhe provimento. Contudo, é possível demonstrar a relação causal entre a conduta culposa do advogado e a frustração da possibilidade de obtenção de êxito naquela demanda, o que enseja a reparação pela chance perdida.

8 ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.
2. Essencialmente, esta construção teórica implica um novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que “há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. 3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas *stricto sensu*, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício. (...). (STJ. 2ª Turma. REsp 1308719. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 25/06/2013).

Ressalte-se ainda que, nos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, não se indeniza o dano final, ou seja, a perda da vantagem esperada pela vítima. Havendo um processo aleatório em curso, interrompido pela conduta do ofensor, não é possível afirmar com certeza que o evento futuro favorável ocorreria, configurando-se situação meramente hipotética, não indenizável.

Desta forma, o objeto da reparação é exatamente a perda da possibilidade de obtenção desta vantagem futura, que, sendo real e séria, enquadra-se na categoria de dano certo e, portanto, reparável. Assim, não se indeniza a vítima pelo que ela deixou de ganhar, mas pelo prejuízo decorrente da perda da possibilidade de obter tal resultado esperado.

De berço francês, a teoria foi intensamente debatida pela doutrina e jurisprudência deste país, havendo grande divergência em relação à sua natureza jurídica.

A grande maioria da doutrina francesa, seguida por autores integrantes do sistema da *common law*, diferencia a natureza jurídica do instituto a depender da sua aplicação prática: hipóteses clássicas de perda de uma chance e perda de uma chance aplicada à seara médica.

No Brasil, apesar de ser um tema ainda recente, que necessita de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, existem valiosos trabalhos jurídicos que tratam especificamente da questão.

No tocante à sistematização da natureza jurídica da perda de uma chance, merece destaque a lição de Fernando Noronha⁹, que a divide nas seguintes categorias: a) “frustração da chance de obter uma vantagem futura ou evitar um prejuízo futuro”, vinculada aos casos clássicos de perda de uma chance estudados pela doutrina francesa; b) “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, que se subdivide em “perda da chance de evitar que outrem sofresse prejuízo” e “perda de uma chance por falta de informação”.

O presente estudo busca analisar somente os casos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance, em que há a perda da

9 NORONHA, Fernando. “Responsabilidade civil por perdas de chances”. Revista de Direito Privado. Volume 23. Julho 2005.

possibilidade de se obter uma vantagem futura ou de evitar um prejuízo, quando o processo aleatório não chegou ao seu final por ato imputável ao agente ofensor, com ênfase na análise dos casos julgados pelos Tribunais brasileiros.

3. Aplicação da teoria da perda de uma chance no Brasil. Análise jurisprudencial

Embora já bastante desenvolvida na França e nos países da *commonlaw*, a teoria da perda de uma chance ainda se encontra em fase inicial de desenvolvimento no Brasil. Contudo, ao longo das últimas décadas, algumas decisões judiciais conferiram notoriedade e popularidade à responsabilidade civil pela perda de uma chance, que ganhou maior destaque no cenário jurídico brasileiro.

Apesar de haver valiosos trabalhos específicos sobre o tema, ainda não existe uma doutrina consolidada acerca da teoria. Há, porém, uma forte convicção dentre os autores brasileiros: não existem óbices para a recepção e aplicação da perda de uma chance no ordenamento jurídico nacional¹⁰.

Faz-se necessário, portanto, um maior desenvolvimento da matéria, buscando a sistematização dos seus requisitos e condições de aplicação, além do estabelecimento de critérios de quantificação do dano e de classificação das chances perdidas.

A partir da análise das decisões judiciais que enfrentaram a matéria, é possível verificar a grande evolução da jurisprudência nas últimas décadas, com a pacificação do entendimento quanto aos pressupostos para a concessão da reparação pelas chances perdidas. Contudo, existe, ainda, um longo caminho pela frente, principalmente no tocante à fixação do *quantum debeat* e ao enquadramento das chances perdidas nas categorias de dano material e extrapatrimonial.

10 Tratando de casos típicos de incidência da teoria, como a perda do prazo por advogado, autores brasileiros clássicos já admitiam a reparação das chances perdidas, mesmo antes da popularização da teoria. ALVIM, Agostinho. “Da inexecução das obrigações e suas consequências”. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária. 1965; SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de direito civil”. Vol. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995; PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Responsabilidade civil”. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Editora GZ; AGUIAR DIAS, José de. “Da responsabilidade civil”. Vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

3.1. Chances sérias e reais

A partir da interpretação do artigo 403 do Código Civil de 2002, depreende-se que, para fins de reparação civil, o dano deve ser certo, sendo afastada a indenização de danos meramente hipotéticos.

Transferindo o raciocínio para o âmbito de aplicação da teoria da perda de uma chance, verifica-se que, para a satisfação do requisito de certeza do dano, é necessária a comprovação da seriedade e da realidade das chances perdidas, características que as distinguem das meras expectativas, de natureza hipotética, e, portanto, não indenizáveis.¹¹

Assim, para a categorização das chances em potenciais e prováveis, cuja perda enseja um dano certo e reparável, é necessário recorrer à ciência estatística, de forma a analisar, objetivamente, qual a real probabilidade que a vítima teria de obter a vantagem final esperada e quantificar o valor da perda desta chance para fins de indenização.¹² Não basta, portanto, que a chance perdida seja uma mera expectativa ou esperança subjetiva de obtenção de uma posição jurídica de vantagem, sendo imprescindível que haja uma probabilidade considerável de ocorrência do evento favorável, o que será verificado a partir de uma análise estatística.

Neste contexto, poder-se-ia vislumbrar um óbice para a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do caráter de incerteza do dano futuro. Considerando que o processo aleatório foi interrompido, nunca será possível afirmar peremptoriamente que a vantagem seria obtida pela vítima se não fosse o ato do agente ofensor. Contudo, como o objeto da reparação são as chances perdidas, que, quando sérias e reais, configuram, por si só, um dano certo, satisfeito estará o requisito do artigo 403 do Código Civil.

11 “Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”. (MARTINS-COSTA, Judith. “Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações”. Volume V, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. p. 362).

12 SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 238.

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça Estaduais¹³ que elencam os requisitos da seriedade e realidade para a concessão de indenização pela perda de uma chance.

Por exemplo, nos casos de perda de prazo por advogado, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que não basta a mera atitude negligente do patrono da vítima para a reparação da chance perdida, sendo imprescindível verificar as reais probabilidades de êxito do recurso intempestivo. Assim, se for o caso de recurso manifestamente incabível ou com baixa probabilidade de provimento, não haverá uma chance digna de reparação, tendo em vista a ausência de demonstração da perda de chances sérias e reais de obtenção de uma vantagem futura.¹⁴

13 A título de exemplo, confira-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que afastou a indenização pela perda de uma chance de vencer uma licitação. No caso concreto, a empresa-autora ajuizou a ação alegando ter sido impedida de participar em procedimento licitatório e, consequentemente, de ganhar a concorrência, em virtude de atraso da transportadora responsável pela entrega dos documentos necessários para a habilitação. Neste caso, o Tribunal entendeu que a autora não havia comprovado que sua proposta tinha chances sérias e reais de ser a vencedora do certame e, portanto, não acolheu a pretensão indenizatória (TJRJ. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0052490-16.2008.8.19.0001. Julgado em 10/08/2012). No mesmo sentido, empregando o critério da seriedade e realidade das chances perdidas como balizador da aplicação da teoria da perda de uma chance, são as seguintes decisões: TJRJ. 22ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0444316-79.2010.8.19.0001. Relator Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Julgado em 01/10/2013; TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70042095711. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut. Julgado em 13/03/2014; TJSP. 4ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº. 0008748-89.2011.8.26.0566. Relatora Desembargadora Ana Liarte. Julgado em 03/02/2014.

14 “RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição. 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 detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes. 3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso – como no caso em apreço –, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. 4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na

No mesmo sentido, o STJ julgou um caso de candidato reprovado em concurso público, em exame psicotécnico, que pleiteava a indenização por danos materiais e morais pela frustração da possibilidade de ser aprovado, sustentado ter havido irregularidades na realização de tal exame. Analisando as particularidades do caso concreto, o Tribunal constatou que o autor fora reprovado na segunda fase do certame, restando ainda outras quatro fases seguintes, das quais ele sequer chegou a participar. Assim, não havendo chances sérias e reais de que o candidato seria aprovado ao final do concurso e classificado dentro do número de vagas, foi afastada a aplicação da teoria da perda de uma chance, por se tratar de uma situação meramente hipotética.¹⁵

demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se desseu da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior. 5. Recurso especial não provido”. (STJ, 4ª Turma. REsp 993936. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 23/04/2012).

- 15 “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 conseqüente 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, 4. 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

Buscando estabelecer um critério objetivo para verificação da seriedade e realidade das chances perdidas, Sérgio Savi, influenciado pela doutrina italiana, entende que este pressuposto somente restará atendido quando for possível comprovar uma probabilidade de no mínimo 50% de obtenção da vantagem futura esperada pela vítima. Caso contrário, as chances perdidas não serão consideradas sérias e reais, afastando a possibilidade de reparação dos danos.¹⁶

Este entendimento, contudo, não é seguido pela maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras, havendo diversas decisões judiciais¹⁷ que aplicam a teoria da perda de uma chance mesmo quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada pela vítima é inferior a 50%, desde que verificado certo grau de certeza na ocorrência de tal resultado.

Isto porque, conforme afirma Rafael Peteffi da Silva:

“[...] existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento dessas ações de indenização com a utilização da teoria da perda de uma chance”.¹⁸

Em alguns casos, especialmente na aplicação da teoria para a indenização de danos futuros, a jurisprudência tem se valido de um critério

FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 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”. (grifamos) (STJ. 2ª Turma. **AgRg no REsp 1.220.911-RS**, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 17/3/2011)

16 SAVI, Sergio. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 65.

17 É o caso, por exemplo, do famoso julgado do programa “Show do Milhão”, no qual foi concedida indenização à participante que perdeu a chance de receber o prêmio de R\$ 1 milhão, por não ter sido oferecida, pela produção do programa, uma opção correta de resposta para a pergunta final. Apesar de a vítima ter menos de 50% de chances de obtenção da vantagem esperada, houve a reparação pelas chances perdidas. (STJ. 4ª Turma. REsp 788459. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 08/11/2005).

18 SILVA, Rafael Peteffi. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. In: Responsabilidade civil contemporânea: Estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. Coord.: Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. São Paulo: Editora Atlas. 2011. p. 156.

temporal para a verificação deste requisito. Assim, quanto maior o lapso temporal transcorrido entre o evento danoso e o momento em que as chances perdidas seriam aproveitadas pela vítima, maior é a possibilidade de influência de outras causas externas, o que leva a uma grande abstrativização do dano, diminuindo a seriedade das chances¹⁹.

Partindo desse critério, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou caso em que uma vítima de acidente de trânsito pleiteava indenização pela perda da chance de ter um futuro profissional e pessoal promissor, alegando que, em decorrência das sequelas do acidente, abandonara a faculdade e desfizera seu casamento. O Tribunal afastou a pretensão autoral, por não haver nos autos dados concretos de que, se não fosse o acidente, o autor concluiria o curso superior e manteria um próspero casamento. Assim, como havia meras expectativas subjetivas de concretização desta situação futura, a concessão da indenização seria pautada em juízo especulativo, o que não se admite à luz da aplicação da teoria da perda de uma chance.²⁰

Diante da análise das diversas decisões judiciais que tratam do tema, verifica-se uma grande evolução da jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Contudo, os Tribunais ainda encontram muita dificuldade na aplicação prática da teoria, principalmente no tocante à classificação das chances perdidas e à quantificação do dano. O presente estudo pretende, portanto, a partir das lições doutrinárias, analisar os equívocos jurisprudenciais mais comuns, elucidando as questões mais tormentosas sobre a reparação pela perda de chances.

3.2. A reparação das chances perdidas como danos materiais e/ou danos morais

Uma das problemáticas encontradas na jurisprudência que trata da perda de uma chance é a definição de sua natureza jurídica, ou melhor, o seu enquadramento na categoria de danos materiais ou extrapatrimoniais.

19 Idem. p. 154.

20 TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70042095711. Relatora Desembargadora Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Julgado em 13/03/2014. No mesmo sentido: TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70035958719. Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 29/09/2011; TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70048963995. Relator Desembargador Mário Crespo Brum. Julgado em 30/08/2012.

Como anteriormente já afirmado, a teoria da perda de uma chance busca reparar aquele que, diante de uma conduta imputável ao agente ofensor, perdeu a possibilidade de obter uma vantagem futura. Assim, no momento da interrupção do processo aleatório, a chance já se encontra individualizada no patrimônio da vítima, dotada de valor econômico próprio, independentemente da realização do resultado final. Retirada a possibilidade de realização desta chance, nasce para o ofendido a pretensão indenizatória pelos prejuízos dela decorrentes.

Diversos precedentes jurisprudenciais limitam a perda de uma chance à categoria de indenização por danos morais²¹, mesmo em casos

21 Neste sentido é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que restou consignado expressamente que a perda de uma chance admite apenas a indenização por danos extrapatrimoniais: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE. ENTREGA DE DOCUMENTOS FORA DO PRAZO CONTRATADO. Não obstante a especialidade do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, esta não subsiste em face da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que tem raiz constitucional expressa como garantia fundamental no art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. Incidentes tais normas no caso dos autos, uma vez que o contrato de transporte de mercadoria firmado entre a autora e a ré caracteriza-se como relação de consumo. Constatada falha na prestação do serviço, a responsabilidade do transportador passa a ser objetiva, nos termos do art. 14 do referido diploma legal, somente podendo ser afastada ante a comprovação de ocorrência de uma das excludentes, que, ausente, impõe o dever de ressarcimento dos prejuízos suportados pela demandante em decorrência de não ter a ré entregue no local e hora estipulada os documentos enviados para participação da autora em processo licitatório. Tal fato não autoriza, contudo, a concessão de indenização no valor do lucro que obteria a demandante se tivesse logrado firmar o contrato objeto do certame. Trata-se a situação dos autos de hipótese de perda de uma chance que, por se relacionar a fato futuro e incerto, admite, apenas, o deferimento de indenização por danos morais que vai fixada conforme a efetiva chance que tinha a vítima de obter êxito no seu intuito, com vista nos elementos contidos nos autos. Indeferido o ressarcimento por danos morais decorrentes do abalo moral que alega ter sofrido a autora, por não haver prova de tal ocorrência e por não ser ela presumível. Inexistente comprovação específica dos prejuízos que teria despendido a demandante com a elaboração da proposta para apresentação no processo licitatório, não há como se deferir a respectiva indenização pretendida. Ação julgada parcialmente procedente. Configurada a hipótese do artigo 70, III do CPC, julga-se procedente a denunciação da lide oferecida pelo réu e também a denunciação oposta pela denunciada ao Instituto de Resseguros do Brasil S/A. APELO PROVIDO EM PARTE”. (TJRS. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016094211. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em 30/11/2006). (grifamos). No mesmo sentido: TJSP. 36ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 0003478-19.2009.8.26.0481. Relator Desembargor Alexandre Bucci. Julgado em 24/04/2014; TJRJ. 3ª Câmara Cível. Processo nº. 0030482-21.2003.8.19.0001. Relator Desembargador Murilo Andrade de Carvalho. Julgado em 13/01/2005; TJRJ. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 200300119138. Relator Desembargador FERDINALDO DO NASCIMENTO. Julgado em 07/10/2003; TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70.003.003.845. Relator Desembargador Antonio Correa Palmeiro da Fontoura. Julgado em 29/05/2002.

de manifesta diminuição patrimonial da vítima pela frustração da oportunidade de obter a vantagem esperada. Para Sergio Savi, tais julgados partem do equivocado entendimento de que “a frustração de uma oportunidade séria e real de um incremento no patrimônio de alguém deve ser considerada, exclusivamente, como mais um fator, “um agregador” do dano moral”.²²

Por outro lado, no âmbito doutrinário, os autores que se aprofundaram no estudo do tema concordam que a natureza jurídica das chances perdidas não se limita à esfera do dano moral, sendo plenamente plausível o seu enquadramento como espécie de dano material²³. Assim, quando da aplicação da teoria da perda de uma chance, não há que se limitar a indenização aos danos imateriais suportados pela vítima, devendo ser analisados os prejuízos patrimoniais decorrentes da frustração desta oportunidade.

Neste sentido, foi aprovado o Enunciado n.º. 444 na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em novembro de 2011:

“Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

Este entendimento vai ao encontro da posição jurisprudencial consolidada na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de cumulação de indenização por danos materiais e danos morais.

Não obstante o grande número de julgados que restringem a perda de uma chance à categoria de danos extrapatrimoniais, uma análise da jurisprudência mais recente indica que os Tribunais vêm absorvendo a posição defendida pela doutrina, com a concessão de indenização por

22 SAVI, Sergio. Op. cit. p. 56

23 SILVA, Rafael Peteffi. SILVA. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013; SAVI, Sergio. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012; CAVALIERI FILHO, Sergio. “Programa de responsabilidade civil”. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014; ROCHA, Nunos Santos. “A perda de uma chance como uma nova espécie de dano”. Editora Almedina, 2011.

danos materiais nos casos em que a frustração de uma oportunidade ensejou diminuição no patrimônio da vítima.²⁴

24 Importante destacar julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que constou expressamente a possibilidade de reparação por danos materiais e morais nos casos de perda de uma chance: “PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido”. (grifamos) (STJ. 3ª Turma. REsp 1079185. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado em 04/08/2009).

Partindo do mesmo entendimento, são os julgados a seguir transcritos: “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. A perda de uma chance para ser objeto de reparação deve caracterizar prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado esperado seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. No caso dos autos, não restou demonstrado que a autora restou, efetivamente, impedida de trabalhar na empresa para qual concorria a vaga de emprego em virtude da inscrição indevida. Sentença de parcial procedência mantida. APELOS DESPROVIDOS”. (TJRS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70055300826. Relator: Giovanni. Julgado em 20/03/2014). (grifamos).

“ACIDENTE DE CONSUMO. COLISÃO ENVOLVENDO ÔNIBUS E CAMINHÃO PARADO EM ACOSTAMENTO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE. Trata-se de pleito de indenização pela perda da chance como modalidade de dano a se reparar, cumulada a pretensão de reparação material e compensação moral, derivados de acidente de consumo. No entanto, assevera a doutrina e jurisprudência que a responsabilidade civil pautada na perda da chance é aquela orientada na prova de dano real, atual e certo, que seja hábil a frustração de reais chances de êxito para o exercício de uma determinada atividade ou gozo de um fato, originando danos materiais e/ou morais. Desta forma, como não há prova neste sentido e a inversão “ope legis” do ônus da prova, para a hipótese de acidente de consumo, consoante a regra do art. 14, § 3º do CPDC, apenas milita em prol das alegações naquele particular, falta prova do fato constitutivo do direito do autor - art. 333, I do CPC. Assim, como não há demonstração da perda real das chances de êxito na vida laborativa e recreativa do apelante, não há falar na aplicação da tese. DESPROVIMENTO DO RECURSO”. (TJRJ. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0035583-28.2009.8.19.0066. Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgado em 06/11/2013). (grifamos)

Frise-se, contudo, que o deferimento de indenização por danos materiais em decorrência da perda de uma oportunidade de obter uma vantagem futura depende da constatação da seriedade e realidade das chances perdidas, não sendo admitida reparação de danos meramente hipotéticos. Conforme entendimento jurisprudencial anteriormente mencionado, a necessidade de demonstração da perda de chances sérias e reais é pressuposto inafastável para a concessão de indenização, seja ela a título de danos materiais ou danos morais.

Assim, dependendo do bem jurídico violado em decorrência da perda da chance, de natureza patrimonial ou existencial, poderá ser deferida indenização por danos materiais ou morais à vítima que teve frustrada a oportunidade de obter uma vantagem futura, desde que preenchidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Superada a discussão acerca da possibilidade de enquadramento da perda de uma chance na categoria de danos patrimoniais, subsiste uma questão: a indenização pelos danos materiais decorrentes da perda da oportunidade é deferida a título de danos emergentes ou lucros cessantes?

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a perda de uma chance se classifica como uma terceira espécie autônoma de dano²⁵, distinta dos danos emergentes e dos lucros cessan-

No mesmo sentido: TJSP. 35ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 0007615-74.2006.8.26.0408. Relator Desembargador José Malerbi. Publicado em 24/02/2014; TJRJ. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0032359-41.2009.8.19.0209. Relator Desembargador CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ. Julgado em 28/03/2014; TJRS. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70055903918. Relator Desembargador Liege Puricelli Pires. Julgado em 12/09/2013; TJMG. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0040.05.037125-7/001. Relator Desembargador Marcelo Rodrigues. Julgado em 03/10/2007.

- 25 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

tes, por considerar como objeto da indenização não o que a vítima efetivamente perdeu ou razoavelmente deixou de lucrar, mas a frustração da oportunidade de obtenção de posição jurídica mais vantajosa.²⁶

A questão ainda é bastante divergente nos Tribunais brasileiros, havendo diversos julgados que qualificam a perda de uma chance como espécie de lucros cessantes.²⁷

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. (grifamos) (STJ. 4ª Turma. REsp 1190180. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 22/11/2010).

- 26 A jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compartilha deste entendimento: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO E DEVOLUÇÃO DE VALORES. SENTENÇA EXTRA PETITA. A sentença que soluciona o feito nos limites do pedido na peça inicial não constitui decisão extra petita capaz de gerar sua nulidade. LUCROS CESSANTES. PERDA DE UMA CHANCE. O direito à indenização por lucros cessantes não tem por base o lucro imaginário ou hipotético que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas o ressarcimento do que o lesado perdeu ou razoavelmente deixou de ganhar em atividade real e lesão em concreto. A teoria da perda de uma chance busca responsabilizar o causador por um dano diferente daqueles previstos no art. 403 do CC, emergente e lucro cessante, construindo modalidade sui generis pela frustração de uma posição pessoal mais vantajosa que poderia ser alcançada não fosse o ato ilícito do terceiro. (...) (TJRS. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70056447188. Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2014). No mesmo sentido: TJRS. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70056447188. Relator Desembargador João Moreno Pomar. Julgado em 27/02/2014. TJRS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70051404028. Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 11/09/2013; TJRS. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70032019275. Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 17/12/2009; TJMG. 14ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.12.097473-8/001. Relator Desembargador Marco Aurelio Ferenzini. Julgado em 27/03/2014; TJMG. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.11.214842-4/001. Relator Desembargador Cabral da Silva. Julgado em 09/07/2013.
- 27 TJRJ. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0010705-71.2004.8.19.0209. Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Julgado em 26/09/2007; TJMG. 15ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.510958-4/000. Relator Desembargador José Affonso da Costa Côrtes. Julgado em 01/09/2005; TJRS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70010982049. Relatora Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 23/03/2005

A doutrina majoritária critica este posicionamento, sustentando que a perda de uma chance e os lucros cessantes são dois conceitos excludentes. Se, de um lado, a reparação pelas chances perdidas é devida quando não for possível estabelecer uma relação de causalidade entre o ato imputável e o dano final, na indenização pelos lucros cessantes, a conduta do agente ofensor é uma condição *sine qua non* para o aparecimento do resultado danoso, restando configurado o nexu causal.²⁸

Assim, se fosse possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre ação e o dano final, não seria necessário se socorrer à aplicação da teoria da perda de uma chance, sendo o caso de reparação civil comum.

Ressalte-se, ainda, a posição de Sergio Savi, que enquadra a indenização pela perda de uma chance como uma subcategoria de dano emergente, por entender que as chances já existem no patrimônio do ofendido no momento da interrupção do processo aleatório e, portanto, a sua frustração se encaixa perfeitamente na definição de tudo o que a vítima efetivamente perdeu.

Nas palavras do autor:

“A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos – patrimoniais e extrapatrimoniais –, cumulados ou não. No primeiro caso, o dano decorrente da perda da chance deve ser considerado, em nosso ordenamento, um dano emergente e não lucro cessante”.²⁹

28 “Como visto ao longo deste livro, se fosse possível produzir esta prova, estaríamos diante de um típico caso de lucro cessante e, por este motivo, o advogado teria que ser condenado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente razoavelmente teria direito se o recurso fosse provido (SAVI, Sergio. Op.cit. p. 40).

No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva: “Em tais casos, a perda de uma chance não é utilizada, tendo em vista a possibilidade da indenização do dano final. Vale lembrar que, nas hipóteses de perda de uma chance, a conduta do réu não é condição necessária para o aparecimento do dano final, mas apenas para a perda da chance de auferir a vantagem esperada”. (SILVA, Rafael Peteffi. Op. cit. p. 225).

29 Este entendimento é compartilhado por Nuno Santos Rocha: “À luz do que foi dito, e considerando a chance como entidade dotada de autonomia que fazia já parte do patrimônio do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente, pois só dessa forma será possível justificar a sua indemnização” (ROCHA, Nuno Santos. Op.cit. p. 71).

A questão do enquadramento da perda de chances nas categorias de danos indenizáveis (danos morais, danos materiais, danos emergentes e lucros cessantes) assume importância em decorrência do seu possível reflexo na quantificação do dano. Independentemente da posição adotada, não se pode confundir a indenização pelas chances perdidas com a reparação do dano final, equívoco muito cometido pelos Tribunais brasileiros.

3.3. Quantificação do dano

A questão referente à quantificação do dano decorrente da frustração de uma chance é bastante tormentosa na jurisprudência brasileira, seja por haver confusão com a indenização pela própria vantagem perdida, seja por não haver critérios objetivos preestabelecidos para a fixação do *quantum debeat*.

Inicialmente, destaque-se que, como não se pode ter certeza acerca da ocorrência do resultado futuro favorável, por se tratar de um processo aleatório, com influência de causas exteriores, não se admite a quantificação da indenização com base no valor da vantagem esperada. Havendo nexos de causalidade apenas entre a conduta do agente e as chances perdidas, somente este prejuízo poderá ser reparado.

Assim, o objeto da indenização é a chance perdida, cujo valor nunca poderá ser equivalente à integralidade do dano final, visto que se está a reparar a probabilidade de um resultado e não o próprio resultado.

No momento da interrupção do processo aleatório, a chance já se encontra no patrimônio da vítima, tendo, portanto, valor econômico objetivamente apreciável. Portanto, para a fixação do *quantum debeat*, é necessário aferir o valor econômico da chance, partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.³⁰

A título de exemplo, no caso de perda de prazo recursal por advogado, se o julgamento favorável da demanda traria para a vítima uma vantagem econômica de R\$ 10.000 (dez mil reais), e ela tivesse 30% (trinta por cento) de chance de reverter sentença de improcedência, a indenização pela perda da chance deverá ser de R\$ 3.000 (três mil reais).³¹

30 SAVI, Sergio. Op. cit. p. 68.

31 SILVA, Rafael Peteffi. “Responsabilidade civil contemporânea”. Op. cit. p.157.

Importante frisar que, apesar de a indenização pelas chances perdidas ser calculada em função do dano final, não há que se falar em exceção ao princípio da reparação integral do dano, previsto no artigo 944 do Código Civil. Sendo a chance perdida um dano autônomo, a sua indenização será *in totum*, abrangendo todos os prejuízos dela decorrentes. Apenas não haverá reparação pelo dano final, em virtude de sua natureza hipotética.

Apesar do grande número de julgados que, no momento da quantificação do dano, confundem a indenização pela perda da chance com o valor total da vantagem esperada³², a jurisprudência brasileira vem gradativamente se conformando com o entendimento doutrinário, através da limitação do *quantum debeatur* ao valor da chance perdida.³³

32 “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO (TJRS. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº. 70005473061. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgado em 10/12/2003).

33 “Ação de indenização - Eleição ao cargo de vereador - Duplicidade de candidatos com o mesmo nome e filiados ao mesmo partido político - Notícia da cassação da candidatura de um deles veiculada em rádio - Confusão entre os dois - Não eleição por poucos votos do candidato que na verdade não teve sua candidatura cassada - Danos morais - Caracterização - Quantum indenizatório - Alegação de caracterização de danos materiais decorrentes da não eleição - Perda da chance - Possibilidade de indenizar em virtude da perda da chance de ser eleito em virtude da conduta ilícita de outrem - Impossibilidade de ressarcimento pelos gastos da campanha, visto que patrocinada por doações de terceiros - Direito da vítima de receber os proventos referentes ao cargo que era candidata de forma proporcional à probabilidade de eleição. - A cassação de uma candidatura ocorre quando o aspirante ao cargo político pratica ato contrário à legislação eleitoral, ou seja, ato ilícito. - Se emissora de rádio, erroneamente, noticia que a candidatura de aspirante ao cargo de vereador foi cassada, sendo que, na verdade, a campanha cassada foi de outro que possui o mesmo prenome e é filiado ao mesmo partido político, possibilitou que a população da região atribuisse ao primeiro a prática de conduta ilícita, causando-lhe constrangimento que pode ser caracterizado como dano moral. - O valor da indenização deve ser fixado de forma razoável, de modo a evitar enriquecimento indevido. - Apesar de a eleição de uma pessoa não ser fato certo, ela pode buscar indenização pelos danos materiais que alega ter sofrido em razão da não concretização deste fato, com fundamento na perda da chance de ser eleita em função da conduta ilícita de outrem. - Só se é possível falar em indenização com fundamento na perda da chance se a parte apresenta elementos que demonstram, de forma objetiva, a grande probabilidade de ocorrência do

Um bom exemplo é o emblemático caso do “Show do Milhão”, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, responsável pela popularização da teoria no Brasil³⁴. Tratava-se de um programa de perguntas e respostas em que, a cada resposta correta, o participante ia acumulando uma certa quantia em dinheiro, até atingir o valor total de um milhão de reais, sendo que, no caso de erro, perdia toda a quantia já conquistada.

Na situação concreta apreciada pelo STJ, uma participante chegou à última pergunta do programa, cujo prêmio é de um milhão de reais, mas deixou de respondê-la por entender que não havia sido oferecida pela produção do programa uma opção correta de resposta. Assim, em virtude da desistência, recebeu o prêmio intermediário de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Posteriormente, ajuizou ação de reparação de danos pela perda de uma chance de ganhar um milhão de reais, em decorrência da má formulação da pergunta final. A sentença de 1º grau, mantida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, julgou procedente a ação, fixando o valor da indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quantia equivalente ao que a autora receberia se tivesse sido oferecida uma opção correta de resposta e ela tivesse respondido acertadamente.

evento, que não se concretizou apenas em razão da conduta ilícita praticada. - O candidato só pode ser ressarcido pelos gastos da campanha se estes foram feitos com recursos próprios. - O candidato que perdeu a chance de ser eleito tem direito ao recebimento dos proventos que deixou de perceber, mas de forma proporcional à probabilidade de sua eleição”. (grifamos) (TJMG. Apelação Cível nº. 4545908-21.2000.8.13.0000. 9ª Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Julgamento em 19/04/2005).

No mesmo sentido: TJSP. 11ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 7219871900. Relator Desembargador Moura Ribeiro. Julgado em 27/11/2008; TJRS. 11ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70052467289. Relator Desembargador Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Julgado em 19/03/2014; TJPR 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 0502092-6. Relator Desembargador Ronald Schulman. Julgado em 21/08/2008.

- 34 STJ. 4ª Turma. REsp 788459. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento em 08/11/2005. Importante transcrever trechos do voto do relator: “Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, **pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.** (...) A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens – reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida”. (grifamos)

A questão foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que deu parcial provimento ao Recurso Especial n.º 788.459, apenas para reduzir o *quantum debeatur*. Na hipótese, o Tribunal entendeu que, em se tratando de responsabilidade pela perda de uma chance, o valor da indenização deferida nunca poderia ser equivalente ao valor da vantagem final esperada pela autora.

Para a correta quantificação do dano, a Corte partiu para uma análise estatística, buscando o percentual de probabilidade de acerto da autora caso a pergunta tivesse sido formulada corretamente. Considerando que havia quatro alternativas de resposta para cada pergunta formulada no programa, a probabilidade objetiva de acerto é de 25% (vinte e cinco por cento). Assim, fazendo incidir este percentual sobre o valor total da vantagem esperada pela vítima, o STJ fixou a indenização em R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Conclui-se, portanto, que, diante da incerteza da obtenção da vantagem esperada pela vítima, por se tratar de um processo aleatório, e não havendo nexos causal certo e direto entre a conduta e o dano final, o *quantum debeatur* da indenização pela perda de uma chance deverá sempre levar em consideração o valor econômico desta chance que se perdeu, não se confundindo com o valor do resultado final favorável esperado pela vítima.

4. Conclusão

A teoria da perda de uma chance encontrou terreno fértil para desenvolvimento no Brasil, principalmente após a mudança de paradigma da responsabilidade civil, com a adoção de um modelo solidarista, influenciado pelos princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

Apesar do tímido desenvolvimento inicial da teoria, a matéria hoje se encontra bastante difundida no cenário jurídico brasileiro, havendo valiosos trabalhos doutrinários específicos sobre o tema, além de inúmeras decisões judiciais que analisaram casos de indenização pelas oportunidades perdidas.

Por ser um tema ainda recente no Direito brasileiro, carece de maturação e aprofundamento. Algumas questões práticas e equívocos conceituais constituem óbice para a correta aplicação da teoria pelos Tribunais brasilei-

ros, como a categorização da perda de uma chance como mero “agregador de dano moral” e a questão referente à quantificação dos danos.

Não obstante, a jurisprudência teve considerável grau de evolução em relação à matéria nas últimas décadas, principalmente após a popularização da teoria no Brasil. Já se encontra pacificada a questão referente aos pressupostos de sua aplicação, somente sendo admitida a indenização pela perda de uma chance quando restar demonstrada a seriedade e realidade da oportunidade perdida. Assim, satisfeito está o requisito da certeza do dano, afastando-se a reparação por meros danos hipotéticos.

Foi absorvida também a ideia de que o objeto da indenização são as chances perdidas, devendo ser configurado o nexo de causalidade entre a conduta do agente ofensor e a frustração da possibilidade de a vítima obter uma vantagem futura. Desta forma, a jurisprudência vem se inclinando para quantificar o dano de acordo com o valor econômico da chance frustrada, equivalente à probabilidade de obtenção do resultado favorável.

Há, contudo, um longo caminho para o desenvolvimento e para a concretização da teoria da perda de uma chance no Brasil, o que dependerá de um maior debate doutrinário, com foco nas peculiaridades do sistema brasileiro de responsabilidade civil, e da absorção da correta aplicação da teoria pela jurisprudência.

Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. vol. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GONDIN, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. Revista dos Tribunais. vol. 840, ano 94, outubro de 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: Presunções, Perda de uma Chance, Cargas Probatórias Dinâmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, He-loisa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Responsabilidade civil por perdas de chances. *Revista de Direito Privado*. vol. 23, julho 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

ROCHA, Nunos Santos. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano*. Editora Almedina, 2011.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. vol. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

_____. “Responsabilidade civil pela perda de uma chance”. In: *Responsabilidade civil contemporânea: estudos em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha (Coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre o nexos de causalidade”. In: *Temas de Direito Civil*. tomo II. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.