



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS LIMITES OBJETIVOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Beatrice Cernicchiaro Palermo

Rio de Janeiro
2021

BEATRICE CERNICCHIARO PALERMO

OS LIMITES OBJETIVOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Ubirajara da Fonseca Neto

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro

2021

OS LIMITES OBJETIVOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Beatrice Cernicchiaro Palermo

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A teoria da perda de uma chance, originária da doutrina francesa, cada vez mais tem sido utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a solução de conflitos envolvendo temas relacionados à responsabilidade civil. O que se percebe, no entanto, é a dificuldade de se estabelecer limites objetivos para a sua aplicação. A essência do trabalho é apresentar as espécies de dano reparável existentes, diferenciando-as do dano decorrente da teoria da perda de uma chance, bem como discutir a sua aplicação no Brasil.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. Teoria da perda de uma chance. Limites objetivos.

Sumário – Introdução. 1. O conceito de dano reparável: dano emergente e lucros cessantes. 2. O dano decorrente da teoria da perda de uma chance. 3. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no Brasil e suas controvérsias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os limites objetivos para a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir a caracterização do dano decorrente da referida teoria e estabelecer critérios objetivos para a sua correta quantificação.

Atualmente, discute-se a responsabilidade civil decorrente da teoria da perda de uma chance, cuja aplicação é feita naquelas situações em que não é possível estabelecer um nexo de causalidade direto e imediato entre a conduta e o dano. Em outras palavras, o que se discute são as consequências indiretas e remotas da conduta ilícita.

Dessa forma, a teoria da perda de uma chance visa a reparação por um dano potencial, baseado na existência de uma chance real e concreta de obter determinado tipo de vantagem ou evitar um prejuízo, e que foi frustrada em razão do inadimplemento contratual. Tal teoria não engloba, no entanto, o chamado dano hipotético ou eventual. As situações em que tal teoria é aplicada, no entanto, favorecem as seguintes reflexões: até que ponto pode-se utilizar o juízo de probabilidade para se constatar um dano passível de reparação sem que esteja configurado um dano hipotético e não indenizável? Como se dá a quantificação do dano decorrente da teoria da perda de uma chance vez que esta surgiu a partir de uma construção doutrinária?

A aplicação da referida teoria pelos tribunais brasileiros é controvertida e merece atenção, uma vez que a discricionariedade excessiva das decisões judiciais traz um cenário de insegurança jurídica.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de dano reparável. Pretende-se, ainda, traçar um paralelo com o dano decorrente da teoria da perda de uma chance e despertar a atenção para a aplicabilidade da mencionada teoria pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os conceitos de dano emergente e lucro cessante como modalidades de dano indenizável no ordenamento jurídico brasileiro.

Segue-se, no segundo capítulo, explicitando o surgimento da teoria da perda de uma chance e a caracterização do dano advindo de sua aplicação, de acordo com os elementos essenciais da responsabilidade civil, com o objetivo de diferenciá-lo do chamando dano hipotético ou eventual.

O terceiro capítulo foca aplicabilidade da mencionada teoria pelos tribunais brasileiros. Procura-se verificar a maneira como é quantificado o valor do dano que decorre de sua aplicação, tendo em vista a ausência de critérios previamente estabelecidos. Para tanto, foi necessário refletir sobre critérios objetivos que sirvam de parâmetros para a fixação de valores, de maneira que se evite a discricionariedade das decisões judiciais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar seus fundamentos.

1. O CONCEITO DE DANO REPARÁVEL: DANO EMERGENTE E LUCROS CESSANTES

Para que reste configurada a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar, é necessário que haja uma conduta ilícita (dever jurídico primário) e um dano, bem como o nexo causal entre a conduta do agente e o referido dano. O artigo 927 do Código Civil¹ é claro

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

nesse sentido: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.

O objetivo principal da responsabilidade civil é a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, isto é, a restauração de seu patrimônio. Dessa forma, o dano é fator determinante do dever de indenizar e deverá refletir uma lesão a um bem jurídico – patrimonial ou não – da vítima para que se possa falar em indenização.

O dano, por sua vez, pode ser dividido em duas espécies: o dano patrimonial, também conhecido como dano material e o dano extrapatrimonial, o qual poderá ainda ser classificado como dano estético, dano moral ou dano existencial.

O dano material, como o próprio nome já diz, atinge o patrimônio da vítima, gerando sua efetiva diminuição. Ele é auferido de forma objetiva pelo julgador através dos elementos de prova apresentados e, conforme afirma Antunes Varela², “é susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária.”. O dano patrimonial pode ainda dividir-se em duas subespécies: dano emergente e lucro cessante.

Entende-se como dano emergente a diminuição direta e imediata no patrimônio da vítima em razão da prática do ato ilícito. Em outras palavras, o dano emergente será aquilo que efetivamente se perdeu e a indenização representará a restauração do *status quo ante*.

Já o lucro cessante se caracteriza como sendo todo aquele prejuízo mediato ou futuro decorrente da conduta ilícita. Apesar de também ter o objetivo de restaurar o patrimônio da vítima, o lucro cessante tem como base tudo aquilo que a vítima deixou de ganhar e, portanto, será auferido de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho³, o lucro cessante consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro ou na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.

O artigo 402 do Código Civil⁴, ao tratar sobre os lucros cessantes, dispõe que: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”. Nesse sentido, a indenização pelos lucros cessantes será pautada em um juízo de razoabilidade e probabilidade, baseado nas especificidades do caso concreto e nas regras de experiência ordinária.

²VARELA apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 78.

³CAVALIERI FILHO, Sergio. *Ibid.*, p. 79.

⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

O tema também é tratado pela Convenção da ONU de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias⁵, a qual afirma que: “as perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. [...]”.

Os lucros cessantes não significam, no entanto, um dano hipotético ou imaginário. Trata-se, ao revés, daquele lucro que era razoável de se esperar diante da situação fática. Nesse mesmo sentido, já entendeu o STJ⁶:

[...] os lucros cessantes devem corresponder a tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar, de forma razoável, em decorrência do dano causado pelo devedor. Todavia, esse dano deve ser efetivo, certo, atual e subsistente. Não pode depender de uma grande carga de probabilidade, de meras presunções, de fatores indiretos e hipotéticos. [...]

Além disso, o artigo 403 do Código Civil⁷ determina que: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”. Em outras palavras, o lucro frustrado deverá ter relação de causalidade direta e imediata com a conduta do agente, não sendo suficiente que o ato ilícito tenha respaldo em causa indireta ou remota do dano.

A grande dificuldade que aqui se estabelece é a definição dos limites do que seja o lucro cessante indenizável. Diferentemente do que se mostrou em relação aos danos emergentes, em sede de lucros cessantes, a quantificação das indenizações pecuniárias dispensa um maior grau de subjetividade do julgador. Dessa forma, alguns fatores devem auxiliar o julgador quando da fixação do quantum indenizatório, tais como aspectos subjetivos (condição pessoal do ofendido) e objetivos (caráter punitivo pedagógico da indenização), e modo que se possa estabelecer uma quantia que se mostre razoável e proporcional com os ganhos que eram esperados pela vítima.

Outra dificuldade que se coloca é em relação ao tempo do pagamento dos lucros cessantes, melhor dizendo, o prazo dentro do qual se admite a indenização por lucros cessantes diferidos no tempo.

⁵BRASIL. *Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. Viena, 1980. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20110315-01.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1438408/DF*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200508000&dt_publicacao=19/12/2014>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

Como regra geral tem-se que o tempo do pagamento é proporcional àquele em que perdurar a conduta ilícita do agente durante o prazo do contrato ainda por transcorrer. No entanto, em determinadas situações, essa regra poderá sofrer mitigações e somente a jurisprudência será capaz de estabelecer tal prazo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, levando em conta o disposto no artigo 944 do Código Civil⁸ no que se refere à extensão do dano e o grau de culpa do agente causador dos danos.

O dano extrapatrimonial, por seu turno, também é passível de indenização e englobam o direito à honra, ao nome, à privacidade, à liberdade, à intimidade, entre outros. A violabilidade de tais direitos faz surgir para a vítima o direito à reparação, nos termos do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal⁹.

A verificação da existência de um dano moral e o consequente dever de indenizar se faz à luz das peculiaridades de cada caso e sob um viés mais subjetivo do aplicador da lei. Isso porque, determinadas situações de mero dissabor não podem ser tidas como passíveis de reparação por danos morais. Esse juízo de valor, no entanto, será feito pelo próprio julgador.

O presente trabalho busca, nos próximos capítulos, apresentar a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, a qual guarda certa relação com os lucros cessantes, tendo em vista a sua origem na doutrina francesa.

2. O DANO DECORRENTE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Conforme já visto no capítulo anterior destinado à análise das espécies de dano reparável, os lucros cessantes representam aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em razão da prática de determinada conduta ilícita.

Nesse sentido, em que pese a relação entre os institutos, os lucros cessantes não se confundem com o dano decorrente da perda de uma chance, visto que o próprio artigo 403 do Código Civil previu que a vantagem esperada indenizável (dano final) em sede de lucros cessantes deve ter relação direta com a prática do ato ilícito.

A perda de uma chance, por seu turno, não tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido desenvolvida pela doutrina francesa (“*la perte d'une chance*”) em 1889, quando a Corte de Cassação Francesa reconheceu o direito de uma parte de ser indenizada pela perda da chance de ganhar uma ação judicial em razão da conduta culposa de um oficial

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

ministerial que impediu o andamento da referida ação e extinguiu as possibilidades de a demanda obter êxito¹⁰. Naquela ocasião, a justiça francesa entendeu que a perda da chance para a vítima não era algo hipotético, mas sim uma chance real e concreta de obter alguma vantagem, a qual foi perdida. Tal chance, portanto, deveria ser indenizada.

Para que seja possível falar em perda de uma chance, se faz necessária a coexistência de quatro elementos essenciais.

O primeiro deles seria a preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório, isto é, o desfecho – potencialmente benéfico - de um processo fático é incerto. Tal incerteza, no entanto, não é criada pelo autor do ato ilícito. O desfecho, por sua vez, pode ser positivo (chance de se obter determinada vantagem) ou negativo (chance de se afastar um prejuízo).

O segundo elemento seria a própria perda da chance, o qual é caracterizado pela diminuição ou perda completa da chance de se obter um resultado favorável em razão da conduta ilícita de outrem. Ocorre que, para que essa diminuição ou perda sejam relevantes, é necessário que o desfecho aleatório se frustrate definitivamente. Ou seja, a incerteza dará lugar à certeza de que aquele resultado desejado não se concretizará.

O terceiro elemento se refere à conduta omissiva ou comissiva daquele que interfere no desfecho aleatório do processo fático. O efeito da conduta é a redução ou privação total das chances do resultado almejado, não tendo relação direta com o resultado final experimentado.

O quarto e último elemento é denominado por Daniel Amaral Carnaúba¹¹ como a incerteza contrafactual representada pela dúvida em relação ao resultado do processo aleatório caso o agente não tivesse atuado daquela maneira. Ela se deve ao fato de que “[...] a confirmação ou a negação de um evento aleatório depende de uma variável, incerta por definição”¹². Dessa forma, este elemento tem relação com o nexos de causalidade entre a conduta lesiva do agente e a perda da vantagem esperada ao final do processo aleatório.

Como se vê, aqui, diferentemente do que ocorre com os lucros cessantes, não é possível estabelecer um nexos de causalidade direto e imediato entre a conduta ilícita e o dano. Nesse caso, o interesse legítimo reparado é a própria chance perdida e não o dano final.

¹⁰ SILVA apud DIAS, Feliciano Alcides; SILVA, Taynara Larissa da. *A Teoria da Perda de uma Chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da ESMESC, Florianópolis, vol. 23, n. 29, p. 85, 2016. Disponível em: <<https://revista.es-mesc.org.br/re/article/view/140/119>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹¹ CARNAÚBA apud GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Obras Jurídicas. Tribunal de Justiça de São Paulo, p. 279. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc10.pdf?d=636680468024086265>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹² Ibid., p. 280.

Nesse mesmo sentido, o ministro Luis Felipe Salomão¹³ já observou que:

[...] Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por 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.[...]

Por outro lado, a teoria da perda de uma chance também não se presta a reparar danos fantasiosos ou meras expectativas, cuja reparação é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, mas sim um dano concreto gerado pela perda da probabilidade de obter o resultado desejado.

Quando do julgamento do REsp nº 1.291.247/RJ, o ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino¹⁴, explicou que “[...] na perda de uma chance, há também prejuízo certo, e não apenas hipotético, situando-se a certeza na probabilidade de obtenção de um benefício frustrado por força do evento danoso”.

A característica essencial da perda de uma chance é, portanto, a certeza da probabilidade e não a certeza do dano, não restando dúvidas de que a perda de uma chance real e concreta de alcançar determinado benefício futuro gera frustração para o sujeito e merece ser reparada.

Em função disso, a jurisprudência e a doutrina brasileiras têm reconhecido o dano advindo da teoria da perda de uma chance, sendo a indenização arbitrada de acordo com a maior ou menor probabilidade de obtenção daquela vantagem esperada. A grande problemática, que será tratada no próximo capítulo, reside no fato de que não existem critérios para a aplicação da referida teoria, fazendo-se necessária a delimitação de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para a sua aplicação prática pelos Tribunais brasileiros.

3. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL E SUAS CONTROVÉRSIAS

A responsabilidade civil advinda da aplicação da teoria da perda de uma chance nasce em razão da prática de ato de outrem que retira a oportunidade de obter um benefício ou de afastar um resultado negativo para a vítima. Nesse caso, de acordo com o que foi exposto

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1540153/RS*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1700478&num_registro=201500820539&data=20180606&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1291247/RJ*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

anteriormente, aquele que praticou o ato será responsável por indenizar a vítima pela chance perdida – e não por aquilo que foi efetivamente perdido, como é próprio das ações comuns de responsabilidade civil.

Fica clara aqui a importância da atuação do magistrado para a correta aplicação da referida teoria, ao qual caberá determinar, no caso concreto, se aquela chance perdida é real e concreta ou meramente hipotética ou remota. Sendo real e concreta, caberá ainda ao magistrado analisar a probabilidade de a vítima ser bem-sucedida caso a chance não tivesse sido retirada e, por fim, fixar a indenização com bases nessas informações.

A grande questão que se coloca, no entanto, são os critérios objetivos utilizados para a aplicação da teoria da perda de uma chance e para a fixação de uma indenização justa e razoável. Nesse sentido, mister trazer o debate doutrinário e jurisprudencial existente acerca da mencionada teoria.

Para alguns doutrinadores como Sérgio Savi¹⁵, influenciado pela doutrina italiana, apenas naqueles casos em que seja possível fazer prova de uma probabilidade de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado é que se poderá falar em reparação pela perda de uma chance. Porém, tal entendimento não é seguido pela maioria da doutrina e jurisprudência brasileiras, havendo decisões em que a teoria é aplicada mesmo quando as chances de se conquistar o resultado esperado são inferiores a 50% (cinquenta por cento), porém, desde que sejam chances reais e sérias.

Por outro lado, autores como Rafael Peteffi¹⁶, acreditam que a existência da chance real e séria estaria relacionada ao momento da perda e a possibilidade de reparação. Isto é, leva em consideração duas hipóteses: aquela em que a vítima já esteja utilizando a chance na intenção de obter o benefício pretendido, vindo, no entanto, a perdê-la e aquela em que a vítima ainda não estava em plena utilização da chance. No primeiro caso, a existência da chance é mais clara, devendo haver uma correspondência entre o cálculo da indenização e a probabilidade de sucesso da chance que foi perdida. Já no segundo caso, como a chance ainda se encontra na esfera potencial, a existência do dano é relativizada de acordo com a possibilidade de que a vítima teria de utilizar aquela chance em momento futuro e alcançar a vantagem esperada.

¹⁵ SAVI apud TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. *O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas*. Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, vol. 958, agosto. 2015, p. 09. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁶ PETEFFI apud TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. *Ibid.*

Nessa linha de raciocínio, quanto maior for o espaço de tempo entre o momento em que ocorreu o ato danoso e a utilização da chance pela vítima, maior será a possibilidade de outras causas externas impedirem a obtenção do resultado positivo pretendido, reduzindo, assim, o dano à mera hipótese.

Na jurisprudência, por sua vez, não há um entendimento pacífico em relação à natureza jurídica do instituto.

O Recurso Especial nº788.459/BA¹⁷ ficou conhecido como o *leading case* para a aplicação da mencionada teoria. Na hipótese, a autora, que havia participado do programa de televisão “Show do Milhão”, ingressou em juízo alegando que a última pergunta do quiz – a qual, se respondida corretamente, ensejaria o prêmio de um milhão de reais - não estaria corretamente formulada, de modo que teria sido retirada da participante – que já havia acumulado quinhentos mil reais - a chance de conquistar o tão sonhado prêmio de um milhão de reais. A pergunta referia-se ao percentual do território brasileiro reconhecido aos índios, de acordo com a Constituição Federal de 1988, sendo-lhe dada quatro opções de resposta, as quais não encontravam respaldo no artigo 231 da CF/1988 e, portanto, não havia resposta correta¹⁸. Dessa forma, a participante pleiteava indenização do valor de quinhentos mil reais que deixara de ganhar em razão da questão mal formulada.

A teoria da perda de uma chance, nesse caso, foi reconhecida em primeira e segunda instâncias, sendo julgado procedente o pedido. No entanto, no Superior Tribunal de Justiça, em que pese o mesmo entendimento de que a conduta da ré teria inviabilizado a conquista do prêmio máximo, estabeleceu que a indenização deveria ser proporcional ao percentual das chances que a autora teria de acertar a resposta e conquistar o prêmio, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento), o equivalente a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Ao não permitir a condenação da ré ao pagamento integral do pedido a decisão traduziu a tênue diferença entre a perda da chance de se obter a vantagem pretendida e a perda da vantagem em si, além de considerar a incerteza na obtenção do resultado positivo intrínseco à chance perdida¹⁹.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 788459/BA*. Relator: Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2106153&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 3 abr. 2021.

¹⁸ TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos, op. cit., nota 12, p. 11.

¹⁹ ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 81, janeiro/junho. 2015, p. 82. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

O que se tem observado, no entanto, é a dificuldade dos Tribunais brasileiros na aplicação prática da teoria, especialmente no que se refere à classificação do dano decorrente da teoria da perda de uma chance e, conseqüentemente, à sua quantificação.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível nº 70016094211²⁰, no qual a autora ingressou em juízo requerendo indenização por danos morais e materiais em razão de falha na prestação de serviço de transporte que resultou na entrega de documentos fora do prazo contratado e perda da chance da demandante na participação de processo licitatório, entendeu que o dano decorrente da mencionada teoria se limitava aos danos morais, os quais foram fixados conforme a efetiva chance de que tinha a vítima de obter êxito no seu intuito.

Para Savi²¹, o enquadramento do dano decorrente da perda da chance como exclusivamente moral não merece prosperar, uma vez que “[...] a frustração de uma oportunidade séria e real de incremento no patrimônio pode causar danos de natureza patrimonial [...]”.

Não obstante as decisões que restringem a perda da chance à categoria de danos extrapatrimoniais, a interpretação que parece mais lógica é a de que a perda da chance poderá ser aplicada tanto aos danos morais quanto aos danos materiais, devendo ser analisada em conformidade com as particularidades do caso concreto.

Tal interpretação, já foi, inclusive, consignada no Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²², realizado em Novembro de 2011, o qual assim dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, a ministra Nancy Andrichi, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1079185/MG²³ que tratava da responsabilidade do advogado pela perda de prazo

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70016094211*. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70016094211&codComarca=700&perfil=0>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

²² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. *Enunciado 444*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²³ 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. – (...) - 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

processual, concluiu pela possibilidade de a perda da chance ser aplicada aos danos patrimoniais e também extrapatrimoniais.

Referida classificação se mostra relevante no momento em que se realiza a quantificação do dano, uma vez que, sendo abrangido pelo dano material, o prejuízo deverá restar comprovado e o dano calculado com base nesta comprovação. Por outro lado, caso o dano decorrente da perda de uma chance seja aplicado aos danos morais, a fixação do *quantum debeat* dependerá de uma discricionariedade do julgador, de acordo com as circunstâncias fáticas. Em qualquer uma das duas hipóteses, a chance perdida deverá ser real e séria para ser passível de indenização.

Superada a questão do enquadramento da perda de uma chance como dano material ou imaterial, resta ainda a discussão acerca da subclassificação como dano emergente ou lucro cessante nas hipóteses de dano material.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça²⁴, o dano decorrente da perda de uma chance se classificaria como uma espécie autônoma de dano, distinta do dano emergente e do lucro cessante, visto que o que será objeto de indenização não será aquilo que a vítima efetivamente perdeu (dano emergente) ou deixou razoavelmente de lucrar (lucro cessante), mas sim a perda da possibilidade de obtenção de uma vantagem.

Ocorre que, tal classificação não é unânime, seja na jurisprudência ou na doutrina. Isso porque, autores como Savi²⁵, entendem que a perda de uma chance seria uma subcategoria do dano emergente, posto que a chance perdida já existiria no patrimônio da vítima no momento da prática de ato por outrem e, portanto, se caracterizaria como tudo aquilo que ela efetivamente perdeu. De outro lado, alguns Tribunais brasileiros já qualificaram a perda de uma chance como

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. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1079185/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>>. Acesso em: 4 abr. 2021).

²⁴ 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. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1190180/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12992363&num_registro=201000685378&data=20101122&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2021).

²⁵ SAVI apud ALVARENGA, Luísa Baran de Mello, op. cit., nota 16, p. 78.

subespécie dos lucros cessantes, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 0010705-71.2004.8.19.0209²⁶.

Apesar de toda a discussão acima exposta acerca da classificação do dano decorrente da perda de uma chance, seja como dano material ou moral, ou ainda como dano emergente ou lucro cessante, importante se faz destacar que a indenização pela chance perdida não pode ser confundida com a reparação do dano final.

Nesse sentido, o objeto de reparação será a própria chance perdida, não se admitindo que a quantificação da indenização desta seja equivalente à do dano final. Em outras palavras, será necessário apurar o valor do dano final e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada²⁷, chegando-se, assim, ao valor econômico da chance perdida, a exemplo do que ocorreu com o caso emblemático do “Show do Milhão”. Isso, no entanto, não afasta o princípio da reparação integral constante no artigo 944 do Código Civil²⁸, de modo que todos os prejuízos decorrentes da perda da chance deverão ser reparados de forma integral.

Portanto, para uma correta e justa quantificação do mencionado dano, é imprescindível que, além de a chance ser real e séria (critério objetivo), haja uma apuração do valor econômico da chance perdida, já que aqui não há nexos causal direto e imediato entre a conduta do agente e o dano sofrido.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa, através de uma apresentação teórica da teoria da perda de uma chance envolvendo doutrina e jurisprudência, constatou que o dano decorrente da teoria da perda de uma chance não deve ser confundido com as outras espécies existentes de dano reparável, como por exemplo o dano emergente e o lucro cessante, e, tampouco deve ser confundido com um dano hipotético ou eventual, o qual não será passível de reparação.

Constatou ainda que não há um entendimento pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, o que enseja uma dificuldade quanto à classificação do dano decorrente da mencionada teoria e, por consequência, quanto ao estabelecimento de limites objetivos para a sua correta aplicação.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0010705-71.2004.8.19.0209*. Relatora: Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400150423/apelacao-apl-107057120048190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-6-vara-civel>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁷ SAVI apud ALVARENGA, Luísa Baran de Mello, op. cit., nota 16, p. 79.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

No que se refere à classificação do dano, é importante que se verifique as circunstâncias fáticas do caso concreto. Assim, o dano poderá ter natureza jurídica de dano moral ou material, e, neste último caso, ser classificado como subespécie de dano emergente ou lucro cessante ou ainda dano autônomo.

O que se mostra indiscutível é o fato de que para que a chance perdida seja indenizada, ela deverá ser real e séria, devendo o cálculo da indenização ser baseado na própria chance perdida e não no dano final. Dessa forma, a quantificação do dano deverá levar em consideração alguns aspectos, como a gravidade do dano, as condições pessoais da vítima, além do grau e existência da álea, próprios da teoria.

Além disso, mister ressaltar que a indenização pelo dano decorrente da mencionada teoria deverá ser proporcional à probabilidade de obtenção da vantagem pretendida, não podendo ser equivalente à indenização que a vítima faria jus no caso de uma ação de reparação civil comum, na qual há nexos de causalidade direto e imediato entre a conduta do agente e o dano final. Nesse sentido, é necessário aferir a reparabilidade do dano final para que se chegue ao valor econômico da chance perdida.

Observados tais parâmetros, a reparação pela chance perdida não será fruto da subjetividade e arbitrariedade do julgador, do qual se demandará maior responsabilidade e atenção do magistrado na análise das demandas, de modo a garantir uma efetividade e segurança jurídica às decisões judiciais.

No entanto, por ser ainda um tema recente no Direito Brasileiro, ainda há um longo caminho para o desenvolvimento e a concretização da teoria da perda de uma chance no Brasil, a qual dependerá de amplo debate doutrinário e da correta aplicação da referida teoria pelos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 81, janeiro/junho. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPGE-SP_n.81.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. *Enunciado 444*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2020

_____. *Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. Viena, 1980. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20110315-01.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1438408/DF*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200508000&dt_publicacao=19/12/2014>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1291247/RJ*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1540153/RS*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1700478&num_registro=201500820539&data=20180606&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 788459/BA*. Relator: Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2106153&num_registro=200501724109&data=20060313&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 3 abr. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1079185/MG*. Relatora: Nancy Andriahi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5>>. Acesso em: 4 abr. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1190180/RS*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12992363&num_registro=201000685378&data=20101122&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2021

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0010705-71.2004.8.19.0209*. Relatora: Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400150423/apelacao-apl-107057120048190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-6-vara-civel>>. Acesso em: 10 abr. 2021

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70016094211*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70016094211&codComarca=700&perfil=0>>. Acesso em: 4 abr. 2021

CAPANEMA, Sylvio. *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor da EMERJ*.

Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_123.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

DIAS, Feliciano Alcides; SILVA, Taynara Larissa da. *A Teoria da Perda de uma Chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da ESMESC, Florianópolis, vol. 23, n. 29, p. 85, 2016. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/140/119>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

FICHTNER, Regis. *Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro*. Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, vol. I, abril-junho. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.03.PDF>. Acesso em: 25 out. 2020.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Obras Jurídicas. Tribunal de Justiça de São Paulo, p. 279. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc10.pdf?d=636680468024086265>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STJ. Notícias. *Oportunidades perdidas, reparações possíveis: a teoria da perda de uma chance no STJ*, agosto. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/09082020-Oportunidades-perdidas--reparacoes-possiveis-a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-STJ.aspx>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. *O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas*. Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, vol. 958, agosto. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF>. Acesso em: 28 fev. 2021.