



Responsabilidade por perda de uma chance ganha espaço nos tribunais

24/03/2014

Com a evolução da responsabilidade civil, o direito brasileiro trouxe diversas formas para a reparação dos danos causados às vítimas, dentre elas a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

A teoria da responsabilidade pela perda de uma chance vem encontrando ampla aceitação no direito pátrio e como será observado no decorrer desse trabalho, baseia-se na probabilidade e em uma certeza, que a chance seja realizada e que a vantagem perdida resulte em prejuízo.

Apesar de ser foco de profundas discussões na Europa, a mencionada teoria, começou a influenciar e renovar a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, vem adquirindo muitos adeptos e por não haver disposição no Código Civil Brasileiro de 2002, é fundamentada pela doutrina e na jurisprudência.

Evolução histórica

A responsabilidade civil pela perda de uma chance tem origem na França, no final do século XIX, onde surgiu a expressão *perte d'une chance*.^[1]

O caso mais antigo registrado referente à reponsabilidade pela perda de uma chance foi em 1911, um caso inglês conhecido como Chaplin V. Hicks, em que a autora da ação estava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida pelo réu, uma vez que o mesmo não a deixou participar da última etapa do concurso; e, em razão disso um dos juízes alegou que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando a doutrina da proporcionalidade.^[2]

Entretanto, houve divergências quanto a esse caso e devido a isso, foi objeto de estudo e análise na Itália, que começou a se aplicar as condutas culposas que faziam com que as vítimas perdessem uma oportunidade de lucro, em que uma simples chance seria uma possibilidade eventual e não um valor efetivo, certo e presente.^[3]

Doutrinariamente, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi estudada pela vez primeira, na década de 40, na Itália, quando Giovanni Pacchioni tratou do assunto na obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa.

Assim, a teoria da perda de uma chance é fruto da construção doutrinária francesa e italiana, e que no Brasil, entretanto, o Código Civil de 2002 não fez menção a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência, que busca a sua aplicação com base na analogia e no direito comparado.

Nesse sentido, para melhor compreensão dessa teoria, faz-se necessário entender a expressão “perda de uma chance”.



Conceito

Inicialmente, é preciso compreender o que seja a perda de uma chance. Nesse sentido, de acordo com Sérgio Savi[4]:

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendemos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade.

Por aí se vê que, para a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário que essa chance, seja séria e real, e não uma mera eventualidade, suposição ou desejo. [5]

Assim, a perda da chance deve ser vista como a perda da possibilidade de se obter o resultado esperado ou de se evitar um possível dano, valorizando as possibilidades que se tinha para conseguir o resultado, para, aí sim, serem ou não relevantes para o direito.[6]

Nesse viés, se faz necessário diferenciar os lucros cessantes da perda de uma chance, uma vez que ambos se referem a algo que a vítima deixa de ganhar.

Assim, o lucro cessante é uma espécie de dano material, e surge quando alguém, em virtude de uma ação ou omissão de outrem, deixa de auferir algum lucro ou vantagem, que futuramente estariam disponíveis à vítima; é, realmente, a frustração da expectativa de lucro, é a perda de um ganho esperado.[7]

Entretanto, diferentemente do lucro cessante, a perda de uma chance não precisa de uma prova concreta, uma vez que, o lucro cessante incide sobre o que o indivíduo razoavelmente deixa de ganhar; assim, necessita que haja uma comprovação e, que aponte quais seriam as perdas, a quantia perdida, de onde seria proveniente, etc.

No caso da perda de uma chance, não existe a pretensão de indenizar a perda do resultado e sim da oportunidade, não havendo a necessidade de provar se a vítima teria ou não, o resultado almejado.

Nesse sentido, Sergio Savi[8] traz algumas diferenças acerca da perda de uma chance e dos lucros cessantes:

é possível estabelecer algumas diferenças entre os dois conceitos. A primeira delas seria quanto à natureza dos interesses violados. A perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo.

Nesse diapasão, convém abordar um pouco sobre os danos emergentes, outra espécie de dano material, caracterizada pela perda imediata, visível, quantificável de um bem da vítima; sendo o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima.[9]

Nesse interim, necessário se faz compreender que, ao se falar em ter perdido uma chance, é possível afirmar que essa chance perdida se referia a algo realmente esperado, algo com o que

já se contava e que está dissociada do resultado final que essa mesma chance, como um bem já adquirido, poderia proporcionar, poderia servir de instrumento.

Assim, quando provocado um ato ilícito, é notável que esse ato interrompe inesperadamente o *modus vivendi* da vítima, lhe frustra uma oportunidade de obter um benefício, sendo que, nesse caso, a indenização devida se dá pela chance perdida e não pela vantagem final esperada.

Não obstante, com relação à quantificação da indenização pela perda de uma chance esclarece Venosa[10] que “o grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização”; diferentemente de Schmitt que diz o seguinte:

O montante devido à vítima, isto é, o quantum indenizatório, (...) deve ser fixado em percentual que incida sobre o total da vantagem que poderia ser obtida, representando de forma razoável a probabilidade de ser configurada a expectativa do lesado. Outrossim, (...) este percentual não pode, em qualquer hipótese, resultar na própria vantagem que poderia ser obtida.

Assim, da mesma forma que o *quantum* indenizatório, existem divergências acerca da classificação da indenização, se é concedida a título de dano moral, a título de lucros cessantes ou pela perda da própria vantagem.

Com relação a essa última, tem-se o entendimento de que não seria possível conceder a indenização pela vantagem perdida, mas pela perda da possibilidade de conseguir essa vantagem. Ou seja, é preciso diferenciar o resultado perdido e a chance de consegui-lo. [11]

Como foi dito, a jurisprudência ainda não firmou o entendimento acerca dessa questão da classificação da indenização, as concedendo a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, com o que se acaba por transformar a chance em realidade. [12]

Aplicabilidade

Uma análise acerca da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance é de grande relevância para o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o instituto da responsabilidade civil evolui com a sociedade e o dano causado pela chance perdida urge apresentar uma resposta, a fim de indenizar a vítima pelo prejuízo suportado. Começam a surgir decisões esparsas na jurisdição civil contenciosa brasileira, porém algumas carecem de fundamento jurídico-normativo para uma maior segurança jurídica, a fim de estender sua aplicação de modo uniforme para todos os recantos, mesmo os mais longínquos do país. [13]

Não é fácil distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano. Nesse sentido, a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, avalia que “a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o ‘improvável’ do ‘quase certo’, bem como a ‘probabilidade de perda’ da ‘chance de lucro’, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas”. [14]

Nesse interim, essa teoria apresenta uma forma de indenizar as vítimas, pelos danos sofridos em decorrência de atos ilícitos, apesar de alguns julgados nacionais a terem classificado, ora

como dano emergente, lucro cessante, ou mesmo a título de dano moral. [15]

Oportuno se faz trazer alguns julgados sobre a aplicação dessa teoria, proferidos de Tribunais Estaduais, Tribunais Federais e Tribunais Superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESLOCAMENTO DE RETINA. PERDA DE VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DE UMA CHANCE. REPARAÇÃO. (...) A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso e salvaguarda de sua visão. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO E DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO.

Nesse caso, é interessante mencionar que a indenização foi concedida a título de danos morais, uma vez que restou comprovado o dano e a concorrência da falta de cuidado da ré para o fato, e ensejou na reparação a título de danos morais no valor de R\$ 10.000,00.

Outro caso, bastante emblemático, é o caso do programa de televisão que ficou conhecido como “Show do Milhão”, um concurso em que o concorrente, ao responder corretamente às perguntas que lhe eram feitas poderia chegar a ganhar o prêmio de um milhão de reais. [16]

O caso se deu pelo fato de que uma candidata que participava do programa conseguiu chegar à pergunta milionária e, ao lhe ser feita, a mesma não admitia nenhuma resposta correta. [17]

Em razão disso, a concorrente ingressou contra a empresa que promovia o concurso e conseguiu uma indenização no valor de R\$ 125.000,00; observando o critério da probabilidade de acerto da questão, qual seja 25%; “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro alternativas. [18]

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

Nesse mesmo sentido, segue o recentíssimo julgado que explica que a teoria pode ser aplicada, também, no âmbito da administração pública que, no entanto não foi aplicada porque, no caso, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não restam dúvidas:

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. (...) 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. 4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos. (...) 7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.[19]

Enfim, a responsabilidade pela perda de uma chance ganhou espaço e popularidade nos tribunais brasileiros, podendo ser verificadas diversas decisões aplicando a mencionada teoria, desde que as “chances” sejam sérias e reais.

Diante do exposto, é notável que o ordenamento jurídico brasileiro, da mesma forma que o italiano e o francês, admite a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Entretanto, o que não se pode deixar de considerar é que a mencionada responsabilidade será aplicada desde que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de uma mera possibilidade, uma vez que o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, não é indenizável.

Dessa forma, a reparação da perda de uma chance baseia-se em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seja realizada e que a vantagem perdida resulte em um prejuízo.

Nesse viés, responsabilidade civil pela perda de uma chance baseia-se no direito à reparação em virtude de “dano”, da perda de uma oportunidade, não necessariamente de alcançar determinada coisa, mas de tentar alcançar.

Vê-se claramente que o dano provocado pela perda da chance ou oportunidade, não se classifica como dano emergente, tampouco como lucro cessante, uma vez que há uma probabilidade e não uma certeza absoluta em relação ao resultado final, assim, não se sabe ao certo se a vítima conseguiria o resultado.

[1] SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10.

[2] WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. **A perda de uma chance como uma nova espécie de dano**. Disponível em:



- [3] WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha .**A perda de uma chance como uma nova espécie de dano.** Disponível em:
- [4] SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 3
- [5] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.81.
- [6] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.82.
- [7] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.375.
- [8] SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 15.
- [9] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 347.
- [10] VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.39.
- [11] SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.
- [12] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.
- [13] BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise doutrinária.** Disponível em:
- [14] _____. **Perda da chance: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada.** Disponível em:
- [15] BUSNELLO, Saul José; WEINRICH, Jair. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: Uma análise doutrinária.** Disponível em:
- [16] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.
- [17] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.
- [18] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.
- [19] _____. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial 1308719 MG 2011/0240532-2. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão de 25 de junho. **Diário Oficial da União.**



Minas Gerais, 2013. Disponível em: <

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23839212/recurso-especial-resp-1308719-mg-2011-0240532-2-stj> > Acesso em: 20 de dezembro de 2013.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais/>