

Perda de uma chance

Roberto Rosas

Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Ex-Ministro do TSE.

Ex-Conselheiro Federal da OAB.

RESUMO

O texto aborda a teoria da *perda de uma chance*, conceito de responsabilidade civil que reconhece o direito à indenização quando uma conduta ilícita elimina uma oportunidade real e séria de obtenção de vantagem ou de evitar prejuízo. Inspirada na doutrina francesa (*perte d'une chance*), a teoria foi desenvolvida no Brasil especialmente por Paulo de Tarso Sanseverino, com base nos arts. 186, 187, 402, 927 e 949 do Código Civil. Rosas diferencia a chance perdida de meras expectativas hipotéticas, destacando sua aplicação em diversas situações, como negligência médica, falhas contratuais, omissões profissionais e erros administrativos. O autor ressalta a importância do nexo causal e da probabilidade concreta do resultado, conforme a jurisprudência e a doutrina de juristas como Sergio Cavalieri Filho, consolidando a perda de uma chance como dano indenizável tanto material quanto moral.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Indenização. Jurisprudência.

ABSTRACT

The text addresses the theory of loss of opportunity, a concept of civil liability that recognizes the right to compensation when unlawful conduct eliminates a real and serious opportunity to obtain an advantage or avoid loss. Inspired by the French doctrine of loss of opportunity (*perte d'une chance*), the theory was developed in Brazil specifically by Paulo de Tarso Sanseverino, based on articles 186, 187, 402, 927, and 949 of the Civil Code. Rosas differentiates lost opportunities from mere hypothetical expectations, highlighting their application in various situations, such as medical negligence, contractual failures, professional omissions, and administrative errors. The author emphasizes the importance of the causal link and the concrete probability of the outcome, according to case law and the

doctrine of jurists such as Sergio Cavalieri Filho, establishing the loss of an opportunity as compensable damages for both material and moral damages.

Keywords: Civil liability. Loss of opportunity. Compensation. Jurisprudence.

O juiz aplicado deve ser exaltado na sua conduta, na sua atenção, no esforço da massa de feitos. Ouvir os argumentos, entender os advogados, tudo isso de forma humilde e respeitosa, assim faz o Ministro Antonio Carlos Ferreira na sua caminhada diária, com atenção e cuidado. A reverência a esse magistrado é importante porque exalta uma grande figura do STJ.

Em 2014, ao receber Luiz Edson Fachin na Academia Brasileira de Letras Jurídicas, no Rio de Janeiro, antes do seu ingresso no Supremo Tribunal Federal, onde pontifica e dignifica a aplicação do Direito, ressaltei o seu espírito renovador no Direito civil, razão pela qual dou aplausos a essa homenagem a quem lutou e luta pela atualização do Direito civil, e em especial, na interpretação do jovem Código Civil brasileiro, diante dos anciãos – Napoleão (1804) e alemão (1899). Da mesma forma, vale para Paulo de Tarso Sanseverino. A perda de uma chance foi longamente tratada na doutrina estrangeira (especialmente francesa) rapidamente no Brasil, ainda que decisões judiciais abordaram o assunto (STJ – REsp. 788.459 – Rel. Min. Fernando Gonçalves), mas Sanseverino explorou essa temática, e o vi, em bela exposição na Associação dos Advogados de São Paulo (Seminário sobre o STJ – 23/5/2016). Desenvolveu na doutrina, como fez, em seu livro – *Princípio da reparação integral – Indenização no Código Civil*, Saraiva, 2010, pg. 1666, e em acórdãos no STJ (REsp. 1.758.767; REsp. 1.291.247).

O tema Perda de uma chance não está integrado em nenhum dispositivo especial do Código Civil, mas de modo heterotópico (como diz Pontes de Miranda), nos arts. 186, 187, 402, 927 e 949.

Essa teoria não pode ser confundida com simples prejuízo por um mau negócio, ou erro de previsão, e sim uma oportunidade de obtenção de uma vantagem, uma chance, teria uma oportunidade, um futuro real e previsível, e não uma hipotética vantagem, se ocorresse aquela circunstância. Como observa Sergio Cavalieri Filho, o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. Ainda em Cavalieri – não se exige a certeza do dano, mas sim a certeza da probabilidade

(Sergio Cavalieri Filho, Programa da Responsabilidade Civil, Atlas, 15^a ed., 2021, pg. 96), enfim, chance real e séria com probabilidade, e não fantasia ou mera expectativa.

Sua origem surge em 1889 na Corte de Cassação francesa, no reconhecimento da negligência de um funcionário que impediou um procedimento e impossibilitou a vitória, assim chamada de – *perte d'une chance*. Surgiu, então, a teoria do dever de redução dos prejuízos (*duty to mitigate the loss*).

Várias condições são colocadas para chegarmos à conclusão da chance (oportunidade) perdida, a evitar sua banalização.

Em primeiro, haverá um nexo de causalidade entre o fato determinante da perda, isto é, a causa dessa perda, e se essa chance era viável, factível possível, a maior ou menor possibilidade de sucesso. A chance perdida será indenizável, com certeza, da vantagem perdida, e a consequência dessa perda, um dano (moral) ou material, neste repara-se a chance e não o resultado final.

Diante dessas premissas, quais – a perda e a chance perdida, vemos na casuística processual as variações sobre o tema.

Um laboratório não fez a coleta de célula-tronco na hora do parto, e assim impossibilitou o uso em tratamento de saúde futuro.

Um banco vendeu ações do cliente sem sua autorização, e essas ações aumentaram de valor.

Num concurso (reality show), foram assinalados (ou não) pontos errados e o candidato foi eliminado.

Uma faculdade demorou na expedição do diploma e impediu a inscrição do formando num concurso.

No âmbito de cirurgia reparatória, ou estética, parte-se de uma obrigação de resultado, e assim o paciente não melhorou, ou até piorou na cirurgia plástica.

No âmbito de advocacia, há muita apreciação. O advogado não usa precedentes (ora, cabe ao juiz a aplicação do direito, a suprir a omissão do advogado). Negligência nos atos processuais.

Um diário familiar foi extraviado, com anotações, com impedimento a uma prova futura em juízo.

Um medicamento não tinha aviso de efeitos colaterais, e sim, esse uso levava a atos destruidores do patrimônio (compulsão ao jogo).

Houve longa demora na realização de um concurso de magistério universitário, a impedir a ascensão funcional.

Um médico atrasou-se no socorro de urgência.

Nas Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Conselho da Justiça Federal, o tema Perda de uma chance foi diversas vezes interpretado, como veremos nos enunciados finais.

Enunciado 444:

"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.

Na jurisprudência do STJ, o tema está em ótima síntese no REsp. 1.929.450 – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Na doutrina, veja-se Ruy Rosado de Aguiar Jr. – RT 718/33 e Carlos Alberto Menezes Direito – STJ, 15 anos, pág. 185.