

A PERDA DE UMA CHANCE EM MATÉRIA CONTRATUAL: A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

THE DOCTRINE OF LOSS OF A CHANCE AND THE ASSESSMENT OF DAMAGES FOR BREACH OF A CONTRACT

FÁBIO SZNIFER

Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Brasil. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.
fabio.sznifer@gmail.com

FERNANDO SPECK DE SOUZA

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Brasil. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo (RDCC). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor de Direito Civil no Centro Universitário – Católica de Santa Catarina, Unidade Joinville, Brasil.
fernando@speckdesouza.com

Recebido em: 08.09.2022
Aprovado em: 22.02.2024

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo que segue tem por objetivo o estudo da quantificação da indenização na teoria da perda de uma chance, com enfoque na responsabilidade contratual. Foram tecidas considerações sobre o seu conceito, a sua natureza jurídica e os seus pressupostos fáticos. Analisou-se, também, a natureza jurídica dos danos decorrentes da perda de uma chance. Por fim, foram apresentados alguns critérios para a quantificação dos danos e examinados julgados do Superior Tribunal de Justiça a fim de apresentar alguma sistematização que auxilie o profissional em tal mister.

PALAVRAS-CHAVE: Perda de uma chance – Fatos aleatórios – Responsabilidade contratual – Quantificação de danos – Ampliação dos danos indenizáveis.

ABSTRACT: This article aims to study the assessment of damages for loss of a chance in cases involving breach of contract. The study analyzes the legal concept and the requirements for the use of this doctrine in such claims. It also evaluates the types of damages arising from the loss of a chance. Finally, it presents criteria for assessing damages, and examines case law from the Superior Court of Justice to provide guidance for legal professionals.

KEYWORDS: Doctrine of loss of a chance – *Alea* – Breach of a contract – Assessment of damages – Compensation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Gênese e evolução da teoria. 2. Conceito, elementos fáticos e natureza. 3. Limites ao reconhecimento da chance como interesse tutelável: o problema das chances sérias e reais. 3.1. Critério do percentual mínimo. 3.2. Os padrões *more likely than not* e *substantial possibility*. 3.3. Critério da proporcionalidade ou probabilidade. 3.4. Critério do lapso temporal: danos futuros. 3.5. O interesse da vítima na avaliação da perda de chances. 4. Natureza jurídica dos danos por perda de chances. 5. Quantificação das chances perdidas em matéria contratual. 5.1. Os passos recomendados pela doutrina. 5.2. Critérios de quantificação extraídos da jurisprudência. Considerações finais. Referências bibliográficas. Referências jurisprudenciais.

INTRODUÇÃO

O ser humano é movido pela busca de oportunidades. Nem sempre, contudo, o empenho, por maior que seja, é garantia de que o resultado almejado será atingido¹; em algumas circunstâncias, a obtenção de um benefício dependerá de fatores outros que estão fora da órbita do esforço individual. Nesses casos, somente com o alinhamento de todas essas variáveis (internas e externas) é que a vantagem final entrará no patrimônio do indivíduo. Diz-se, portanto, que, em tais situações, o interesse do beneficiário está fundado em um evento aleatório²; e que o conhecimento do resultado, positivo ou negativo, dependerá do esgotamento da cadeia factual. Até lá, não se poderá afirmar, com certeza, se o pretendente terá ou não êxito em seu intento.

Casos há, entretanto, em que não se pode afirmar, de maneira evidente, se o beneficiário efetivamente conquistaria o bem ou o direito almejado. É o episódio do cliente cujo advogado perde o prazo recursal; do jóquei que deixa de competir porque a pessoa responsável pelo transporte do animal não chega a tempo no local da prova; da jovem que perde a oportunidade de ganhar um concurso de beleza porque a carta de convocação para a etapa final foi encaminhada para o endereço errado³. A propósito das competições, um exemplo recente ilustra bem a problemática. Trata-se da controvérsia

1. Um competidor, por mais que haja treinado, poderá se deparar com um adversário que tenha se preparado ainda mais ou que possua uma predisposição genética superior. Além disso, fatores físicos e emocionais que o estejam afligindo podem comprometer seu desempenho no dia da prova.
2. “Consoante sua própria origem etimológica, o termo *aleatório*, do latim *aleatorius*, foi incorporado à linguagem jurídica no mesmo sentido do vocabulário latino: designa tudo o que se prende ao acaso ou ao jogo da sorte. [...] A condição aleatória, pois, é sempre fundada na sorte, nos azares ou no acaso. [...] Como *contratos aleatórios* encontram-se os *seguros*, os *jogos*, as *rendas vitalícias*, as *loterias*, as *apostas* [...]” (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 90-91.)
3. FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 10, n. 4, p. 121 e 123, jan.-mar. 2017.

SZNIFFER, Fábio; SOUZA, Fernando Speck de. A perda de uma chance em matéria contratual: a quantificação da indenização. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 39. ano 11. p. 245-292. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2024.

exigências restritivas presentes nos casos de indenização pela vedação do acesso à carreira; sistematizam a matéria nos casos de responsabilidade do advogado, identificando critérios que facilitam a solução de tais casos; e finalizam com o estudo da natureza da indenização na seara médica, que foi reconhecida em solo nacional, com definição de critérios específicos para a indenização.

Enfim, pretendeu-se abordar a indenização pela perda de uma chance sob uma perspectiva mais específica, qual seja, a identificação dos critérios necessários para a quantificação da indenização. Embora tenha sido necessário abordar assuntos já bastante tratados, como a evolução e a natureza jurídica do instituto, acredita-se que a ênfase na reparação do dano confere subsídios aos profissionais do direito para que possam compreender melhor a indenização pelas chances perdidas, contribuindo, portanto, para a solução de casos, cada vez mais frequentes, como os já mencionados ao longo do texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJE, 2012.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BASTEN, John. Loss of a chance. *The Judicial Review*, v. 14, n. 4, p. 361-377, out.-dez. 2021.
- BRAZ, Alex Trevisan. *Dano moral por inadimplemento contratual*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.
- CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95, p. 291-309, set.-out. 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, n. 2, p. 333-348, jan.-mar. 2015.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FARIA, Anneliese Gobes. A teoria da perda de uma chance no direito médico. *Revista de Direito e Medicina*, v. 6, n. 6, p. 1-17, maio-ago. 2020.
- FERREIRA, Rafael Pereira. Uma análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance sob a ótica do direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 37, n. 10, p. 173-206, out.-dez. 2023.

- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- FURLAN, Alessandra Cristina. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 10, n. 4, p. 119-149, jan.-mar. 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: parâmetros de aplicação à luz do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 101, p. 263-291, set.-out. 2019.
- HIGA, Flávio da Costa. *A perda de uma chance no direito do trabalho*. Dissertação. 2011. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- JOURDAIN, Patrice. La coexistence de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale lorsqu'elle est à l'origine d'une perte de chance. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 4, p. 890-907, out.-dez. 2020.
- KFOURI NETO, Miguel. Quantificação do dano na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. *Revista de Direito e Medicina*, v. 1, n. 1, p. 1-13, jan.-mar. 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. Seção 4.2.1. *E-book*.
- KING JR., Joseph H. Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences. *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 2, p. 1353-1397, 1981.
- LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2016.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, v. 23, p. 28-46, jul.-set. 2005.
- PINTO, Paulo Mota. Perda de chance processual. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, n. 5, p. 345-386, abr.-jun. 2018.
- PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Metamorfose ambulante? A natureza jurídica do dano pela perda da chance: entre a patrimonialidade *sui generis* e a extrapatrimonialidade. In: COSTA, Ilton Garcia da; DIAS, Clara Angélica Gonçalves; FIUZA, César Augusto de Castro (Coords.). *Direito civil constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil – A teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicação no direito civil brasileiro*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

- ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. *E-book*.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, n. 3, p. 115-137, jul.-set. 2016.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O conceito de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- STERN, Rafael Bassi; KADANE, Joseph Born. Indemnity for a lost chance. *Law. Probability and Risk*, v. 18, n. 2-3, p. 115-148, jun.-set. 2019.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2. *E-book*.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- STJ, AgInt no AREsp 593.195/SP, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 28.05.2019, *DJe* 13.06.2019.
- STJ, AgInt no REsp 1.364.526/MS, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 21.05.2019, *DJe* 05.06.2019.
- STJ, AgInt no REsp 1.454.025/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 04.05.2020, *DJe* 06.05.2020.
- STJ, EDcl no AgRg no Ag 1.196.957/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T., j. 10.04.2012, *DJe* 18.04.2012.
- STJ, EDcl no REsp 1.321.606/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 23.04.2013, *DJe* 08.05.2013.
- STJ, REsp 788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 08.11.2005, *DJ* 13.03.2006.

- STJ, REsp 993.936/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 27.03.2012, *DJe* 23.04.2012.
- STJ, REsp 1.152.541/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 13.09.2011, *DJe* 21.09.2011.
- STJ, REsp 1.190.180/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 16.11.2010, *DJe* 22.11.2010.
- STJ, REsp 1.244.685/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 03.10.2013, *DJe* 17.10.2013.
- STJ, REsp 1.254.141/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 04.12.2012, *DJe* 20.02.2013.
- STJ, REsp 1.291.247/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 19.08.2014, *DJe* 01.10.2014.
- STJ, REsp 1.540.153/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 17.04.2018, *DJe* 06.06.2018.
- STJ, REsp 1.750.233/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 05.02.2019, *DJe* 08.02.2019.
- STJ, REsp 1.757.936/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 20.08.2019, *DJe* 28.08.2019.
- TJRS, AC 589069996, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cív., j. 12.06.1990.
- TJRS, AC 591064837, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 5ª Câmara Cív., j. 29.08.1991.
- TJSP, AC 1015304-18.2020.8.26.0100, rel. Des. João Baptista Galhardo Júnior, 2ª Câmara Dir. Priv., j. 24.05.2022, *DJe* 25.05.2022.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Indenização por perda de chance, de Hugo Tubone Yamashita e Marco Antonio Savazzo Duarte Filho – *RDPriv* 117/161-182; e
- Uma análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance sob a ótica do direito comparado, de Rafael Pereira Ferreira – *RDCC* 37/173-206.