

RENATA PEDROSA DINIZ

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE**

Monografia de conclusão de curso
apresentada como requisito para a conclusão
do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Professor Doutor Héctor
Valverde Santana

BRASÍLIA
2010

Dedico esse trabalho aos meus pais que sempre me apoiaram em todas as minhas decisões, inclusive à difícil decisão de mudar a minha graduação para o curso de direito.

Dedico também ao Sérgio, meu noivo, por sempre acreditar em meu potencial.

Por fim, dedico à querida amiga Elinéia pelas constantes palavras incentivadoras e pela sincera torcida de vitória.

Um agradecimento especial ao ilustre professor Héctor Valverde pela significativa orientação e atenção no decorrer desse trabalho.

RESUMO

A presente monografia trata da responsabilidade civil pela da perda de uma chance. Tem como objetivo expor as diversas formas da sua aplicação, demonstrando o modo como vem sendo concebida no ordenamento jurídico brasileiro, comparando com a aplicação no direito estrangeiro. Inicialmente foi realizado um estudo do dano e suas modalidades, que compreende o dano material – dano emergente e lucro cessante – e o dano moral. Em seguida, foi apresentada a teoria da perda de uma chance de modo a demonstrar a sua origem e evolução no direito estrangeiro, a sua aplicação no direito brasileiro e os requisitos para a sua indenização, sempre expondo as diversas formas da sua incidência no mundo jurídico. Por ultimo, foi feita uma análise da natureza jurídica da chance perdida e da quantificação da sua indenização.

Palavras chaves: responsabilidade civil – perda de uma chance – indenização – quantum indenizatório.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 DANO | 9 |
| 1.1 Dano material | 11 |
| 1.1.1 <i>Dano emergente</i> | 12 |
| 1.1.2 <i>Lucro cessante</i> | 13 |
| 1.2 Dano moral | 14 |
| 2 PERDA DE UMA CHANCE | 19 |
| 2.1 Chances sérias e reais | 25 |
| 2.2 A evolução da perda de uma chance no direito comparado | 29 |
| 2.2.1 <i>A aplicação jurisprudencial da teoria da perda de uma chance no direito estrangeiro</i> | 32 |
| 2.3 A indenização das chances perdidas no direito brasileiro | 34 |
| 2.3.1 <i>Perda da chance de obter uma vantagem futura e perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido</i> | 40 |
| 2.3.2 <i>Perspectivas da teoria da perda de uma chance na jurisprudência brasileira</i> | 43 |
| 3. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE | 51 |
| 3.1 A Quantificação do dano | 57 |
| CONCLUSÃO | 60 |
| REFERÊNCIAS | 64 |
| ANEXO – ACÓRDÃO DO CASO DO SHOW DO MILHÃO | 68 |

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado à pessoa ou ao patrimônio de determinada pessoa. Tem como fato gerador a conduta, comissiva ou omissiva, que causa dano a outrem e a sua finalidade é restaurar o equilíbrio patrimonial ou moral da vítima que restou violado em decorrência da conduta do autor, a qual pode ser definida como ato ilícito.

A obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito encontra amparo legal no art. 186¹ do Código Civil. Em decorrência desse dispositivo o causador de um fato danoso tem o dever jurídico de responder pelas conseqüências desfavoráveis experimentadas pelo lesado. Para tanto, a conduta voluntária do agente deve possuir uma relação de causalidade com o dano causado à vítima. Verificado esse nexo de causalidade entre a conduta e o resultado prejudicial, fica caracterizada a violação de um dever jurídico em decorrência da prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, surge a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil tem origem no vocábulo latim *re-spodere* que se traduz na garantia de restituição ou compensação. Por conseguinte, a sua função é restabelecer uma situação semelhante a que existia antes do evento danoso, trazendo a idéia de restituição do bem da vida lesado ou de ressarcimento do prejuízo experimentado. Em virtude disso, na hipótese de dano material busca-se a reparação equivalente e na hipótese de dano moral busca-se uma reparação compensatória.

¹ Artigo 186 do Código Civil de 2002 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

O instituto da responsabilidade civil vem sofrendo constantes transformações, sempre com o intuito de fortalecer o sentimento de justiça e proteger a vítima que fora lesada por qualquer dano injusto. Nesse sentido, buscando tornar indene o prejuízo sofrido pela vítima, novos mecanismos têm sido criados para legitimar a reparação do dano. Assim, novos ramos desse instituto começaram a aparecer, pois o direito foi provocado a resolver questões que até então não haviam sido objeto de estudo.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o ramo da responsabilidade civil que se refere à perda de uma chance. Essa nova concepção de dano passível de indenização ocorre quando a conduta antijurídica de um agente retira da vítima a possibilidade de se chegar a um resultado almejado, ainda que este resultado futuro não seja certo. Neste caso, o autor do dano é responsabilizado não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima, mas pelo fato de ter privado-a da chance de obter um resultado favorável.

A finalidade desse instituto é estender o campo de proteção da vítima que fora obstada da oportunidade de conseguir determinada vantagem ou de evitar certo prejuízo em decorrência da conduta antijurídica do agente. Visa, portanto, indenizar a vítima pela oportunidade perdida.

Inúmeras são as hipóteses de aplicação dessa teoria. Os casos mais citados pela doutrina são dos advogados que perdem prazo para recurso e dos médicos que deixam de diagnosticar alguma doença quando ainda havia maior probabilidade de cura. No primeiro, as vítimas costumam pedir indenização pela perda da possibilidade de ver a sua causa reexaminada pelo Tribunal. No segundo, costuma-se pedir

indenização em razão da perda da chance de eventual cura. Essa teoria não se restringe apenas a esses casos, tem aplicação bastante ampla, sendo empregada em muitas outras situações, assim como demonstrado no decorrer dessa monografia.

O problema encontrado nessa nova modalidade de responsabilidade civil surge na quantificação da indenização devida à vítima. Não há uniformização, nem jurisprudencial e nem doutrinária, acerca de como deve se fazer a reparação. Isso se justifica em razão de o dano decorrente da perda da chance ser abstrato, contudo jamais hipotético.

A finalidade desse trabalho de conclusão de graduação é dar ênfase a essa nova modalidade de responsabilidade civil abordando a sua origem e as maneiras como são feitas a sua aplicação e apresentando aos operadores do direito um ramo ainda pouco abordado tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira.

1 DANO

Segundo Silvio Neves Batista², dano é o fato jurídico gerador da responsabilidade civil que, em sua decorrência, o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação e, ao mesmo tempo, ao ofensor a obrigação de reparar.

Rui Stoco³ defende que para haver indenização o dano necessariamente deve ser jurídico. Por esse motivo o dano é a lesão ou a subtração de um bem juridicamente protegido. Esses bens abrangem não só o patrimônio da vítima, mas também sua honra, saúde, vida e até a sua capacidade de aquisição. O dano à capacidade de aquisição é o que configurará o prejuízo da perda de uma chance, que será apreciado em momento oportuno neste trabalho.

Não é qualquer lesão que deve ser reparada, mas apenas aquela decorrente de dano injusto. O dano justo não gera essa obrigação, pois traz consigo causa excludente da responsabilidade civil a qual isenta o agente do dever de ressarcir o lesado.

Por outro lado, também não pode haver indenização sem dano, posto que é ele que gera o dever de indenizar. Por mais que o agente aja com o intuito doloso de provocar um resultado ilícito, se desse ato antijurídico não resultar lesão não haverá o que reparar. José de Aguiar Dias⁴ afirma que essa afirmação é um verdadeiro truísmo porque a responsabilidade civil resulta na obrigação de ressarcir, logo não se pode

2 BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

3 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 1179.

4 DIAS, José de Aguir. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 715.

concretizar onde nada há que reparar. Destarte a finalidade primordial da indenização é reparar o dano injusto sofrido pela vítima colocando-a no *status quo ante*.

Nesse sentido, Sérgio Cavaliere Filho⁵ sustenta que o ato ilícito não pode ser comparado com o crime de mera conduta do direito penal, pois aquele sempre será um delito material com resultado de dano. Acrescenta, ainda, que ao contrário da responsabilidade penal cuja incidência independe do resultado danoso, nunca haverá responsabilidade civil sem dano. A indenização sem lesão não importaria em enriquecimento ilícito para quem a recebesse e pena para quem a pagasse.

Sílvio de Salvo Venosa⁶ explica que na ação de indenização de ato ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a obtenção de uma vantagem. Se buscasse uma vantagem, estaria com o intuito de enriquecimento sem causa. O artigo 402 do Código Civil de 2002 ao determinar que a indenização deva corresponder ao dano emergente ou ao lucro cessante inibe a prática de enriquecimento ilícito.

Indenizar significa reparar o dano integralmente. Todavia, nem sempre é possível mensurar a lesão sofrida. Assim, em muitos casos, busca-se uma compensação pecuniária. Carlos Alberto Gonçalves⁷ exemplifica que como é impossível devolver a vida à vítima de um crime de homicídio, a lei procura amenizar a situação da família lesada impondo ao homicida a obrigação de pagar uma pensão mensal às pessoas sustentadas pelo defunto, além de outras despesas, como o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da sua família.

5 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 36.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 545.

1.1 Dano material

O dano material é aquele que reflete no patrimônio da vítima no sentido de diminuí-lo. Patrimônio é tido como o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro e, por isso, o dano material também é denominado de dano patrimonial.

Esse dano por ser suscetível de avaliação pecuniária, pode ser indenizado por meio da reparação *in natura*, consistente na entrega de objeto da mesma espécie do deteriorado, ou por indenização pecuniária. A reparação visa restaurar o estado anterior à lesão, devendo ser equivalente à inteireza de todo o dano material sofrido pela vítima. Segundo Sílvio de Salvo Venosa⁸, reparar o dano, qualquer que seja a sua natureza, significa tornar indene o prejuízo.

O dano ora estudado é avaliado conforme a diminuição sofrida no patrimônio da vítima. Carlos Roberto Gonçalves⁹ considera que o seu ressarcimento tem a finalidade de recompor o patrimônio do lesado, restaurando, sempre que possível, o *statuo quo ante*. Ou seja, a sua função é recolocar a vítima no estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Entretanto, a restituição *in natura* pode se tornar muito difícil na maioria dos casos, nessa hipótese a reparação será feita por meio de indenização pecuniária.

O Código Civil vigente, em seu artigo 402¹⁰, subdivide o dano material em dois tipos de dano, quais sejam o dano emergente e o lucro cessante. O

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 270.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 650.

10 Artigo 402 do Código Civil de 2002 – 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.

primeiro equivale ao prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, o segundo é o que ela razoavelmente deixou de ganhar.

1.1.1 Dano emergente

O dano emergente, como o Código Civil vigente classifica, é o que a vítima efetivamente perdeu, constituindo a exata diminuição patrimonial sofrida por ela. É um dano presente, pois a partir do ato ilícito verifica-se a imediata diminuição patrimonial da vítima.

A sua reparação engloba os prejuízos sofridos em decorrência do ato ilícito e tudo o que a vítima teve que despende em virtude da situação. Não afeta a atividade do lesado e nem a sua possibilidade de ganho. Na sua liquidação é possível identificar com precisão o valor da indenização, para tanto basta apurar tudo aquilo que a vítima perdeu em decorrência do ato antijurídico. A mensuração do dano corresponde exatamente ao desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, por isso a indenização haverá de ser suficiente para restituir integralmente o dano provocado.

Sílvio de Salvo Venosa¹¹ exemplifica a reparação do dano emergente ao defender que quando o lesado tem o seu veículo abalroado por culpa de outrem deve ser indenizado pelo dano efetivo. Esse dano efetivo engloba não apenas o valor do reparo, mas também eventual desvalorização da coisa em decorrência do acidente.

Há um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹² que é ainda mais amplo, defendendo que a indenização a título de dano

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 270.

12 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Turma recursal dos juizados especiais cíveis e criminais. ACJ 1999 01 11 074136-9. Relator Fernando Habibe. Brasília, DF, 27 de junho de 2000.

emergente decorrente de acidente de trânsito engloba, também, os gastos comprovados com a locomoção da vítima e da sua família no período em que o veículo abalroado esteve inativo. Nesse caso, o Desembargador Fernando Habib se mostrou contrário ao argumento da defesa segundo o qual a vítima deve usar transporte público enquanto seu veículo estiver no conserto. Para o magistrado, a reparação do dano deve compreender a idéia de devolver à vítima ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Conseqüentemente não pode exigir que a autora e sua família desconsiderem as vantagens proporcionadas pelo transporte individual que já estavam acostumadas.

1.1.2 *Lucro cessante*

O Código Civil faz alusão ao lucro cessante definindo-o como aquilo que a vítima *razoavelmente deixou de lucrar*. Percebe-se que essa modalidade de dano patrimonial é um reflexo futuro do ato ilícito praticado pelo agente no patrimônio da vítima. Constitui na frustração da expectativa do lucro pretendido, ou seja, é a perda do ganho esperado.

Em sede de lucro cessante incide o princípio da razoabilidade. Nos dizeres de Sérgio Cavaliere Filho¹³, razoavelmente deve ser entendido como sendo o que o bom senso diz que o credor lucraria segundo um juízo de probabilidade.

No exemplo de Sílvio de Salvo Venosa acima citado, se o abalroamento tivesse ocorrido com veículo de taxista o dano patrimonial corresponderia não apenas ao lucro cessante, mas também à remuneração que o taxista deixou de receber durante o tempo que o veículo esteve no conserto. É nesse sentido o

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

entendimento dos nossos Tribunais, como se verifica da ementa¹⁴ abaixo transcrita cuja relatoria do processo é do desembargador Roberto de Abreu e Silva do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na fixação do valor da indenização o juiz deve valer-se da sua razoabilidade. Segundo Sérgio Cavalieri Filho¹⁵, o magistrado deve fazer um exercício mental que consiste em eliminar o ato ilícito e ponderar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência natural dos fatos, ou seja, se aquele lucro seria razoavelmente esperado caso o ato ilícito não ocorresse.

José de Aguiar Dias¹⁶ ressalva ao afirmar que sempre haverá dúvida sobre se não interviria outra circunstância capaz de produzir o mesmo efeito do ato danoso, efeitos estes que se atribui exclusivamente ao ato ilícito. Contudo, incontroverso é que no lucro cessante o dano é praticamente certo, mas para a sua liquidação é necessário um juízo de probabilidade. A indenização por dano patrimonial decorrente de lucro cessante deve estar fundamentada em bases seguras e por hipótese nenhuma pode compreender lucros meramente imaginários.

1.2 Dano moral

Moral é aquilo que está fora da esfera material do indivíduo, compreendendo tudo o que não é suscetível de valor econômico. Por sua vez, o dano moral é aquele que afeta a paz interior da pessoa, atingindo seu sentimento, ego, honra,

14 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2009.001.53442. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, RJ, 29/09/2009. Responsabilidade civil. Colisão de táxi. Danos. Materiais. Dano emergente e lucros cessantes. Sentença mantida.

15 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

16 DIAS, José de Aguir. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 720.

decoro e tudo o que não tem valoração pecuniária, mas que seja capaz de causar dor e sofrimento, conforme ensinam Luiz Antonio Rizzatto Nunes e Mirella D'Angelo Caldeira¹⁷. Sergio Cavaliere Filho¹⁸ sustenta que o dano moral não constitui apenas a dor, a tristeza e o sofrimento, se estendendo a todos os bens personalíssimos.

A lesão à moral atinge os bens imateriais que compõe os direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988 colocou como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o ser humano passou a figurar em posição superior no ordenamento jurídico. Ademais foi instituída na Constituição Federal a plena reparação do dano moral, pondo fim aos entendimentos jurisprudenciais anteriores que a repudiavam. O novo Código Civil também admitiu expressamente a reparação do dano moral no seu artigo 186¹⁹.

As características típicas desse tipo de dano e a sua impossibilidade de valoração econômica impediram por diversos anos a sua indenização. Contudo, aos poucos, a jurisprudência veio percebendo a necessidade de reparar o dano sofrido dando ensejo a sua reparação. No entanto, esse ponto só se tornou pacífico e a indenização só se tornou plena com o advento da Constituição Federal de 1988.

Superadas as fases anteriores à atual Constituição Federal em que não era reconhecida a reparação do dano moral ou era restringida, temos agora o seu reconhecimento pleno. Com isso, os juízes têm o dever de avaliar com zelo cada caso concreto para que não seja iniciada uma nova fase, qual seja a da industrialização do

17 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, CALDEIRA, Mirella D'Ângelo. *O dano moral e a sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

18 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

19 Art. 186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

dano moral. O mero aborrecimento da vida cotidiana não pode ser reconhecido como dano por decorrer de situações que todos devem suportar na sociedade atual. Por esse motivo, ao julgar casos em que a parte requer o reconhecimento do dano moral, o juiz deve pautar-se no princípio da razoabilidade.

Segundo Silvio Rodrigues²⁰, um dos mais sérios argumentos contra a reparação do dano moral, é a impossibilidade de sua avaliação em dinheiro. Esse autor diz que é difícil entender a compensação da dor com pecúnia visto que as duas coisas são heterogêneas. Entretanto, afirma que o dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer que poderá compensar a dor. Para ele, apesar da indenização por dano moral não ser capaz de colocar a vítima na posição anterior ao dano, ao menos fará surgir no seu interior um sentimento de justiça.

O dano moral só será reconhecido e, assim, só será concedida a sua indenização, se a lesão for grave de modo a justificar uma satisfação pecuniária ao lesado. Apenas as situações que causem dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fujam da normalidade e interfiram no comportamento psicológico do indivíduo causando desequilíbrio ao seu bem estar devem ocasionar a indenização por dano moral.

Em razão da sua natureza, que é imaterial, não há como se fazer a prova do dano moral do mesmo modo que é feita a prova do dano material, pois é impossível comprovar a dor através de documentos ou perícias. Portanto a sua prova é *in re ipsa*, o que quer dizer que decorre do próprio fato ofensivo. Sergio Cavaliere Filho²¹ defende que provada a ofensa estará demonstrado o dano moral por uma presunção natural. O autor ilustra essa idéia ao dizer que, provando a perda de um filho,

20 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 191.

21 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87.

para a concretização do dano moral não há que se exigir a prova do sofrimento, pois isso decorre do próprio fato ofensivo.

Além da função compensatória que se destina a minorar o sofrimento da vítima, o dano moral também possui as finalidades punitiva e preventiva. A finalidade punitiva se remete ao ofensor e consiste na justa punição daquele que atenta contra o direito da personalidade de outrem. Sergio Cavaliere Filho²² afirma que, em muitos casos, o que se busca com a indenização do dano moral é a punição do agente. Exemplifica esse entendimento ao afirmar que muitas pessoas famosas que são atingidas moralmente pela mídia declaram na petição inicial da ação de indenização que o valor da condenação será destinado a alguma instituição de caridade. A terceira função, a preventiva, se dirige à coletividade e tem o objetivo de evitar que comportamentos humanos semelhantes ocorram na sociedade.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vem defendendo a posição da finalidade punitiva do dano moral, como no seguinte voto:

A indenização arbitrada a título de danos morais deve ser estabelecida de forma moderada, observando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e traduzindo-se em valor que, ao mesmo tempo, possa compensar o sofrimento psíquico experimentado pelo ofendido e cumprir a função punitiva à empresa que reiteradamente viola os direitos da personalidade, prevenindo fatos semelhantes, sem, no entanto, servir como fonte de vingança ou de enriquecimento sem causa.²³

A indenização do dano moral difere da reparação do dano material, pois aquela jamais terá o objetivo de restabelecer a situação anterior capaz de recolocar

22 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 95.

23 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Câmara Cível. Embargos Infringentes Cíveis 20050110030200. Relator: Desembargados Natanael Caetano. Brasília, DF, 28/09/2009.

a vítima no *status quo ante*. Contudo, nada impede que haja a cumulação do dano material e moral oriundos de um mesmo fato, posição inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴. Esses dois danos podem ser compatíveis quando de um mesmo fato gerador resultar efeitos múltiplos ensejando a indenização por dano moral e material. Ainda nessa esteira, pode-se analisar a ementa²⁵ do voto do Desembargador J.J. Costa Carvalho o qual concedeu provimento ao pedido das partes autoras que requereram cumulação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente fatal de um pai de família.

A pessoa jurídica, também, pode sofrer dano moral em consequência da violação dos direitos à sua personalidade, como, por exemplo, ao nome, à imagem e à reputação. Por causa disso Silvio Neves Baptista²⁶ sustenta que a expressão “dano moral” não seria a mais adequada, pois ela sugere um sofrimento psicofísico do ofendido. Dessa forma, o autor deduz que a pessoa jurídica não poderia sofrer dano moral, pois, em razão de ser um ente abstrato, estaria imune a qualquer tipo de sofrimento moral ou psíquico. Portanto, propõe a expressão dano extrapatrimonial.

24 Enunciado nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 17 de março de 1992: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

25 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível 20030111115808. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. Brasília, DF, 25 de agosto de 2009: Direito civil. Responsabilidade civil do empregador. Acidente automobilístico fatal. Ações de indenização ajuizadas pelos herdeiros. Reunião de processos. Danos materiais e morais. Orfandade. Cumulação de pensão alimentar com pensão indenizatória. Admissibilidade.

26 BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 81.

2 PERDA DE UMA CHANCE

Como ensina Rafael Peteffi da Silva²⁷, historicamente eram compensados apenas os danos diretos e tangíveis, pois os danos advindos do acaso eram suportados exclusivamente pela vítima. Contudo, com a dinamicidade da vida contemporânea, surgiu a necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis. Dessa forma, os ramos da responsabilidade civil, como, por exemplo, a quebra de confiança e de privacidade e o estresse emocional já são considerados plenamente reparáveis. Dentro desse novo leque de dano reparável, pode-se incluir também o decorrente da perda de uma chance.

A perda de uma chance ocorre quando em consequência da conduta ilícita de outrem desaparece a possibilidade da ocorrência de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. É uma lesão que decorre da privação da probabilidade de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo.

Em razão do nosso ordenamento se fundamentar nos valores morais do ser humano, a indenização pela perda da chance tem o objetivo de alertar aos que lidam com a vida humana. Para Roberto de Abreu e Silva²⁸, se não houver uma tutela preventiva de dano tendente a impedir a realização de possíveis prejuízos, estaria criando um direito de prejudicar o próximo. Conceder a indenização é dar uma solução justa à vítima à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

27 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7.

28 SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006, p. 23.

Silvio de Salvo Venosa²⁹ explica que o conceito de chance se relaciona com as situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganho no futuro. Sérgio Savi³⁰ vai mais adiante e ensina que o termo chance, utilizado na nomenclatura desse instituto, significa a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. Assim, a tradução mais adequada para o termo, de origem francesa, seria a perda de uma oportunidade.

A palavra chance remete a uma situação em que está em curso um processo que proporciona uma oportunidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico. Fernando Noronha³¹ diz que na perda de uma chance esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e por esta razão a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Ele afirma que a chance perdida pode resultar tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem futura, como na frustração da oportunidade de evitar um dano que já se verificou. Ambos os casos têm o seu início em momento do passado, quando a chance frustrada ainda existia. É a partir desse momento que se faz as projeções sobre o que viria a acontecer se não ocorresse o ato ilícito.

A aferição do valor do dano dependerá sempre de elementos que se projetam para um momento futuro, pois a determinação da verossimilhança da vantagem esperada bem como a avaliação do prejuízo que efetivamente aconteceu dependem do grau de probabilidade que havia de obter a vantagem no futuro ou de evitar o prejuízo.

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35.

30 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.

31 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 665.

No entendimento de Roberto de Abreu e Silva³², a reparação do dano causado pela perda de uma chance repousa na probabilidade de que a chance seria realizada e na certeza de que a vantagem perdida resultou em prejuízo. Logo, a chance seria a possibilidade de obter um benefício futuro provável. O autor entende que o que deve ser indenizado é o valor econômico da chance, independente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido caso o agente não a tivesse privado da possibilidade. Ele defende que cabe ao julgador, em cada caso concreto, verificar a real possibilidade que a vítima tinha de alcançar seus objetivos, caso não tivesse acontecido o evento que lhe tirou a esperança.

Elena Vicente Domingo³³ define a perda da chance como sendo um desaparecimento da probabilidade de um sucesso favorável. Ela entende que é um dano presente, pois a chance que existia foi perdida definitivamente tendo efetivamente saído do patrimônio do prejudicado. Afirma que as consequências da possibilidade perdida se assemelham ao fracasso dessa oportunidade, contudo assevera que a reparação não pode ser confundida com o fracasso, pois este é o dano final.

Na responsabilidade civil pela perda de uma chance a vítima não pode buscar o ressarcimento pela vantagem perdida, mas unicamente pela perda da oportunidade de conquistar tal vantagem ou de evitar um eventual prejuízo. Se o lesado buscar a indenização em virtude da perda da própria vantagem, esbarrará nos quesitos da certeza do dano e do nexo de causalidade. Portanto, há de ser uma ação desvinculada do resultado final.

32 SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006, p. 22.

33 DOMINGOS, Helena Vicente. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Cizur Menor: Thomson, 2006, p. 261.

Rafael Peteffi da Silva³⁴ sustenta que na perda de uma chance sempre terá uma aposta perdida por parte da vítima. Essa aposta significa o resultado final que era esperado pelo lesado, ou seja, a vantagem que ele visava auferir. Não há vínculo causal entre a perda da aposta e o ato do agente, pois o desaparecimento da aposta é possível por intermédio de causas externas. O que a responsabilidade civil pela perda da chance busca indenizar, segundo o autor supracitado, é ao fato de que o resultado da aposta nunca será conhecido em razão da conduta do agente.

O autor exemplifica o disposto acima ao relatar um caso em que a transportadora de animais não entregou em tempo o cavalo de corrida, obstando a participação do animal em um grande prêmio no qual era favorito. A aposta perdida nesse caso é o prêmio que o proprietário do animal esperava ganhar. Contudo não há nexo de causalidade entre a perda do prêmio e a negligência da transportadora, pois mesmo que ela tivesse entregado o animal em tempo de participar do evento não há como ter a certeza de que ele ganharia a prova. Pune-se, portanto, apenas a perda da possibilidade do proprietário ver o seu cavalo disputando o prêmio.

Outro caso ilustrativo de perda de chance, inclusive utilizado como exemplo por Regina Beatriz Tavares da Silva³⁵, em seu artigo sobre o tema, é o fato que aconteceu nas olimpíadas de 2004 com o maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima. Ocorreu que o desportista, com destacado desempenho, estava em primeiro lugar na maratona com 28 segundos na frente do segundo colocado e apenas a seis quilômetros para o término da prova, quando foi barrado e empurrado para fora da pista

34 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

35 SILVA Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos_ver.php?idConteudo=63438. Acesso em 20/10/2009.

por um homem. Em decorrência disso, o maratonista se desequilibrou e caiu sem que houvesse alguém do evento que efetivamente evitasse tal fato. Somente após oito segundos, o atleta conseguiu desvencilhar-se do agressor e voltar a correr. Após esse evento, Vanderlei perdeu o ritmo e foi ultrapassado por outros dois competidores tendo terminado a prova em terceiro lugar.

Analisando a situação, pode-se afirmar que o equilíbrio tanto físico como mental do atleta foi quebrado após o ocorrido. Verifica-se a ação ilícita diante da conduta dolosa do agente que barrou o atleta e da conduta culposa da organização da prova que não providenciou seguranças que deveriam acompanhar de perto o primeiro colocado faltando tão pouco para o fim da prova. Nota-se, inclusive, grave imperícia na omissão da organização olímpica, visto que acontecimentos semelhantes já haviam ocorrido em olimpíadas anteriores.

É evidente que as condutas ilícitas provocaram a perda da chance de Vanderlei ganhar a prova e assim trazer a medalha olímpica para o Brasil. Não se trata de um dano meramente hipotético, pois o atleta havia se submetido a um treinamento rigoroso de quatro anos e o resultado final de terceiro lugar, mesmo após o ocorrido, demonstra que ele tinha chances sérias e reais de lograr o êxito máximo na prova.

Esse fato ilustra bem o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance. No caso, não há como ter a certeza de que, se o incidente não tivesse ocorrido, o maratonista teria ganhado a medalha de ouro ou, ao menos, a de prata. Nesse sentido eventual indenização não poderia ser concedida em razão do atleta não ter ganhado a prova, mas em virtude do ato ilícito ter tirado dele a possibilidade de, em condições normais, disputar o primeiro lugar. Portanto, não se verifica o dano em

relação ao prejuízo final, mas em relação à perda da chance de conseguir a vantagem almejada.

Quando se fala em perda de uma chance, por ser caso de reparação civil, torna-se indispensável a demonstração dos seus pressupostos. Dessa forma, o nexo de causalidade subsiste na conduta do agente que provoca a perda da possibilidade da vítima de obter um lucro ou evitar uma perda, e não entre a conduta do ofensor e o prejuízo final, pois a falha do agente não constitui uma *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano final.

É oportuno mencionar um julgado³⁶ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no qual a autora procurou atendimento médico em virtude de dor no olho direito. No hospital, foi diagnosticado deslocamento da sua retina e por isso foi alertada a se submeter a uma cirurgia de urgência em no máximo 48 (quarenta e oito) horas. Contudo, a cirurgia não aconteceu por falta de médico disponível na clínica ré. Quando a autora voltou a se consultar, a medida já não era mais necessária, pois o tempo fez com que a mácula da retina fosse consolidada, tornando ineficaz a cirurgia. Dessa forma não havia mais a possibilidade de sucesso, o que impossibilitou a reversão da cegueira.

A perita do caso foi indagada sobre se a evolução do quadro seria diferente caso a cirurgia tivesse sido realizada em tempo. Ela respondeu que isso não era certeza, ou seja, mesmo com a realização tempestiva da cirurgia, não seria garantido que a situação ocular da vítima fosse revertida.

36 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 9 Câmara Cível. Apelação Cível 2006.001.08137. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 02/06/ 2006.

Dessa forma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, por unanimidade, conceder a indenização à vítima pela perda da possibilidade de sucesso de salvar a sua visão. É importante ressaltar que a indenização não foi concedida em razão de a vítima ter perdido a visão, pois a própria perita informou que não havia a certeza de que a cirurgia resultaria em sucesso. Não há como atribuir o nexo de causalidade entre a negligência da clínica ré e o dano final sofrido pela vítima. O nexo de causalidade se encontra entre a conduta da ré e a perda da chance de a vítima ter tido a reconstituição da sua visão.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance reside na dificuldade que a vítima possui de comprovar o nexo causal entre a conduta do agressor e o prejuízo final, que seria a perda da vantagem esperada. Sua aplicação ocorrerá sempre que for constatado o desaparecimento da probabilidade da ocorrência de um evento esperado.

2.1 Chances sérias e reais

A teoria em questão foi criada em virtude da dificuldade que as vítimas desse tipo de dano tinham em ajuizar ação de indenização, tendo em vista que não se podia falar em um dano certo. Em decorrência disso, o embasamento da doutrina para justificar a indenização se dá em razão da possibilidade de que a concretização da vantagem pretendida e perdida ser séria e real. A mera hipótese em realizá-la não pode ser indenizada.

Sérgio Savi³⁷ exemplifica esse posicionamento doutrinário ao afirmar que não se pode pedir indenização ao causador da morte de uma pessoa que costumava jogar na loteria pela perda da chance de um dia a vítima vir a ganhar o jogo, pois a esperança de ser sorteado não caracteriza uma chance séria e real.

Caio Mário³⁸ enfatiza que não cabe reparação caso a questão aborde mero dano hipotético. A indenização somente será devida se o dano estiver dentro da perda de uma oportunidade e for possível a visualização da sua certeza. Não tendo a certeza de que o evento se realizaria, não se pode considerar a chance como a perda de um resultado certo, mas apenas como a perda da chance de se conseguir o resultado esperado. Essa chance, no entanto, há de ser séria e deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.

O Desembargador Roberto de Abreu e Silva³⁹ considera que para a chance perdida ser indenizada é necessário a privação de uma probabilidade de obtenção de vantagem ou sucesso em pretensão séria, jamais hipotética. A pretensão improvável e hipotética não tem relevância jurídica, portanto, não deflagra a obrigação de reparar.

Sérgio Cavaliéri Filho⁴⁰ também defende que a chance perdida deve caracterizar um prejuízo resultante de fato consumado não hipotético. Há a necessidade de, em cada caso, verificar se o resultado esperado seria razoável ou se não passaria de

37 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 12.

38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 42.

39 SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro n. 68, jul./ago./set. 2006, p. 24.

40 CAVALIÉRI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

mera possibilidade aleatória. Nesse mesmo sentido Silvio de Salvo Venosa⁴¹ defende que se a possibilidade que fora frustrada era vaga, a conclusão será pela inexistência da perda da oportunidade. O autor sustenta que a problemática da perda da chance é a apreciação, no caso concreto, da certeza do dano, que tem como maior obstáculo a possibilidade da sua incerteza.

Sérgio Savi⁴² faz referência ao entendimento do doutrinador italiano Maurizio Bocchiola segundo o qual somente é possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de se conseguir a vantagem esperada é superior a 50% (cinquenta por cento). Sendo a probabilidade menor do que esse percentual, o juiz deverá considerar que a prova da existência da chance não foi produzida.

Rafael Peteffi da Silva⁴³ critica a posição do doutrinador italiano por existir casos em que a vítima possuía 20 ou 30% de chance de alcançar determinado objetivo e, dessa forma, não haveria argumento sólido para negar o provimento das ações de indenização. Acrescenta que se essa tendência fosse apoiada nas hipóteses que tratam, por exemplo, de perda da chance de obter aprovação em determinado concurso, somente seriam admitidos os casos que restassem apenas dois concorrentes, visto que só assim a vítima poderia obter mais de 50% de chance de lograr êxito no concurso. Logo, aquele que fosse eliminado injustificadamente da última fase do certame, que contava com apenas quatro candidatos, não poderia propor ação de indenização, pois contaria com apenas 25% (vinte e cinco por cento) de chances de obter sucesso.

41 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290.

42 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22.

43 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.

O autor acima⁴⁴ faz remissão à jurisprudência francesa, dizendo que o critério mais utilizado pelos tribunais desse país para separar os danos potenciais e prováveis dos puramente eventuais e hipotéticos é a observância da seriedade e da realidade das chances perdidas. A doutrina desse país admite vários casos de aplicações da perda da chance, contudo reconhece a dificuldade dos casos em que o cálculo das chances perdidas não conta com o auxílio de estatísticas confiáveis.

A jurisprudência francesa tem analisado com maior rigor a seriedade das chances nos casos em que as chances perdidas representam danos futuros, pois os efeitos das chances perdidas serão materializados em momento posterior à decisão do magistrado e, por isso, torna-se difícil de provar a certeza do prejuízo. Rafael Peteffi da Silva⁴⁵ ilustra esse entendimento com o caso, julgado pela Corte de Cassação Francesa, no qual o autor, um menino de 9 anos, ajuizou ação de reparação pela perda de uma chance de auferir profissão bem remunerada em consequência da conduta ilícita do agente que causou um acidente comprometendo o bom desempenho escolar da vítima, pois o impossibilitou de realizar certas tarefas manuais. O tribunal julgou a demanda improcedente em virtude da falta de comprovação da certeza do prejuízo.

Contudo, mesmo com o lapso temporal entre o evento danoso e o momento em que as chances seriam utilizadas, haverá casos em que a reparação deva ser concedida por ocasião de outros fatores que venham a indicar a seriedade da chance perdida. Rafael Peteffi da Silva⁴⁶ ilustra essa idéia com o caso de um policial francês inválido para o trabalho, em decorrência da conduta ilícita de outrem, requerer

44 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo; Atlas, 2009, p. 138.

45 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2009, p. 140.

46 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2009, p. 142.

indenização pelas chances perdidas de auferir um emprego após a aposentadoria. A indenização foi conferida com base na seriedade do dano o qual repousa na estatística que comprova que grande parte dos policiais trabalham depois de aposentados.

Portanto, para que seja conferida a indenização em razão da perda de uma chance, o magistrado sempre deverá fazer uma valoração sobre as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado. Feita essa valoração, faz-se um prognóstico sobre se as possibilidades são sérias e reais.

2.2 A evolução da perda de uma chance no direito comparado

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França como um novo paradigma para a responsabilização civil. Nesse país a responsabilidade civil se funda em cláusula geral. O conceito de dano previsto no diploma legal francês é muito amplo, por isso quase nenhuma limitação é imposta ao dever de reparar. Qualquer dano ocasionado com culpa dá ensejo à reparação. Como são infinitas as espécies de danos reparáveis, o dano decorrente da perda de uma chance não poderia deixar de ser apreciado.

A primeira aplicação da teoria da perda de uma chance aconteceu na Corte de Cassação Francesa em 1889 quando foi julgado procedente o pedido de indenização de um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento. Passou-se a fazer uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Ao invés de conceder a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final.

Em seguida, a doutrina da maioria dos países europeus começou a reconhecê-la também. Na Itália certas dificuldades foram encontradas. Primeiramente, os doutrinadores entendiam que a chance perdida de obter lucro era uma possibilidade aleatória e não um valor efetivo, certo e presente. Contudo, a doutrina evoluiu e começou a aceitá-la.

Sérgio Savi⁴⁷ considera que Adriano de Cupis foi o responsável pelo o início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito Italiano. Ele conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, enquadrando a perda da chance como espécie de dano emergente em razão da possibilidade de vitória que restou frustrada, dessa forma, afastou qualquer objeção acerca da incerteza do dano. Segundo este autor italiano, não é qualquer chance perdida que será indenizada, mas somente aquela considerada como séria e real.

Por influência das decisões francesas e pelos ensinamentos dos autores italianos já mencionados, Adriano de Cupis e Maurizio Bocchiola, Sérgio Savi⁴⁸ informa que em 1983 foi julgado o primeiro caso favorável à perda de uma chance pela Corte de Cassação Italiana. Nessa ocasião a empresa ré convocou algumas pessoas para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas. Após terem passado por alguns exames, alguns candidatos foram impedidos pela empresa de participarem das demais provas. Dessa forma, a sentença concedeu a indenização em virtude de dano decorrente da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego, em razão de terem sido obstados a fazer as demais provas necessárias à admissão. O Tribunal de Roma reformou a sentença justificando que o dano decorrente da perda de chance não é indenizável. Por sua vez, a Corte de Cassação cassou a decisão

47 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10.

48 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

do Tribunal e confirmou a sentença de primeiro grau que havia concedido a indenização pela perda da chance.

Conforme os ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva⁴⁹, o primeiro caso da teoria da perda de uma chance no sistema da *Common Law* ocorreu em 1911 na Inglaterra. Nesse caso a autora era uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza do qual o réu, organizador do concurso, a impediu de participar da fase final. Como as finalistas estavam concorrendo a doze prêmios um dos juízes de apelação argumentou que fora tirado da autora vinte e cinco por cento (25%) de chance que ela tinha de ganhar um prêmio. Logo, a indenização não poderia ser superior a essa fração. Segundo a doutrina, esse foi o primeiro caso de perda de uma chance que se fez um cálculo estatístico para apurar o *quantum* indenizatório.

Elena Vicente Domingo⁵⁰ afirma que a jurisprudência da Espanha tem se ocupado dessa classe de dano, entendendo que são danos certos e reparáveis e, para tanto, as chances perdidas não de ser reais e sérias. Ela cita os casos de responsabilidade do advogado, enfatiza que essa responsabilidade não surge em razão da obrigação de resultados, pois nenhum profissional pode garantir o sucesso da demanda. Entretanto, admite a responsabilidade pela perda de uma chance do advogado nos casos da falta de correta informação e nos casos de prescrição da ação em decorrência de negligência do profissional.

49 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo:Atlas, 2009, p 11.

50 DOMINGOS, Helena Vicente. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Cizur Menor: Thomson, 2006, p. 263.

2.2.1 A aplicação jurisprudencial da teoria da perda de uma chance no direito estrangeiro

A jurisprudência francesa, precursora da teoria da perda de uma chance, apresenta hipóteses variadas em relação às possibilidades de utilização dessa teoria. Ela confere reparações, inclusive, quando a perda de uma chance constitui um prejuízo futuro. Dessa forma, já foi conferida indenização pela perda da chance de obter melhor condição social na situação em que uma jovem viúva perdeu o marido, um brilhante profissional, em decorrência da conduta culposa do réu.

Rafael Peteffi da Silva⁵¹ enumera alguns casos em que a jurisprudência francesa tem concedido a aplicação dessa teoria. Entre esses está a chance de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva. A Corte de Cassação Francesa concedeu a reparação para um apostador pela perda da chance de ver o cavalo no qual havia apostado chegar em terceiro lugar. Nesse caso, o apostador moveu uma ação contra o jóquei que conduzia o referido cavalo, por ele não ter empregado todos os esforços necessários para que chegasse em uma melhor posição, pois freou o animal poucos metros antes da linha de chegada.

O autor supracitado⁵² narra também a aplicação da perda de uma chance na jurisprudência francesa em matéria empresarial, que ocorre normalmente quando, por ato culposos de outrem, a vítima perde a chance de celebrar um contrato lucrativo ou até de executar um contrato já celebrado.

51 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 157.

52 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 168.

Os países que adotam o sistema da *Common Law*, diferentemente dos países romano-germânicos, não contam com uma cláusula geral de responsabilidade civil. Dessa forma, analisam a responsabilidade civil por meio de uma série de delitos cíveis específicos e dos *leading cases*.

Rafael Peteffi da Silva⁵³ também traz julgados relativos à teoria da perda de uma chance nesses países. Segundo o autor, a jurisprudência inglesa demonstra que em hipóteses nas quais o processo aleatório foi até o final a única opção dos julgadores é utilizar o método “tudo ou nada” de verificação da causalidade. Dessa forma ou prova que a conduta do réu foi uma das causas concorrentes para a ocorrência do dano ou a vítima suporta sozinha o prejuízo.

O *leading case* da jurisprudência australiana é o caso em que o réu negociou a compra de um lote de ações do autor da demanda e, com uma proposta vantajosa, desistiu do negócio sem motivo justificável. Consequentemente, outros interessados na compra das ações passaram a negociar em termos menos vantajosos para o autor. Em razão da conduta culposa do réu, o tribunal entendeu que foi tirada do autor a oportunidade de celebrar negócio mais vantajoso. Como a negociação com outros interessados não era totalmente certa, o réu foi condenado a pagar pela probabilidade de quarenta por cento (40%) que o autor tinha de fechar um contrato mais vantajoso.

O sistema federativo dos Estados Unidos permite que cada Estado tenha autonomia para tratar de grande parte da matéria jurídica. Por esse motivo ainda não existe nesse país uma linha dominante sobre a teoria da perda de uma chance.

53 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 178.

2.3 A indenização das chances perdidas no direito brasileiro

No Brasil a adoção dessa teoria é nova. Seu estudo e aplicação ficam a cargo da doutrina e da jurisprudência que ainda são bastante escassas. O Código Civil de 2002 não faz qualquer menção a ela. Fernando Noronha⁵⁴ informa que é um instituto ainda desconhecido do nosso ordenamento, no qual os advogados raramente o invoca e os juízes ainda mais raramente o reconhece. Esse autor acredita que a inaplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance se justifica por tratar de situações nas quais o dano é incerto. Contudo, ressalva ao afirmar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem jurisprudência mais aberta à admissibilidade dessa nova figura jurídica.

No passado havia certa resistência, por parte da doutrina, quanto à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance em razão da impossibilidade de provar que a vantagem requerida pela vítima seria realmente alcançada, caso não houvesse a conduta do agente. Rafael Peteffi da Silva⁵⁵ acredita que outro fator contribui para a sua inaplicação. Segundo ele, os artigos 1.537 e 1.538⁵⁶ do antigo Código Civil Brasileiro enumeravam os bens protegidos pelo ordenamento jurídico e essa enumeração limitava o poder dos juízes.

54 NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perda de chances*. São Paulo: Revista de Direito Privado, ano 6, n. 23, jul./set. 2005, p. 13.

55 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 233.

56 Código Civil de 1916: Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia. Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido. Retirado do sitio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm em 05/11/09.

O referido autor⁵⁷ aduz que as primeiras decisões do Superior Tribunal de Justiça relacionadas ao assunto não fazem expressa referência à teoria da perda de uma chance e utilizam requisitos de aplicação diversos para julgar casos que poderiam ser encaixados nela.

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vem aceitando a sua aplicação, pois estão conseguindo vislumbrar que a perda da chance constitui em si um dano, e, portanto, passível de indenização. A nova teoria vem surgindo como uma possibilidade de superação e sofisticação do requisito da certeza. Contudo até agora não foi objeto de análise mais aprofundada pelos estudiosos do direito civil em nosso país. Temos apenas dois autores que dedicaram exclusivamente uma obra ao assunto, os demais doutrinadores civilistas limitaram-se a breves comentários em livros que tratam de responsabilidade civil.

Apesar de a jurisprudência aceitar a sua aplicação, a teoria vem encontrando certa resistência em razão da falta de uniformidade no seu entendimento jurisprudencial. Os tribunais brasileiros têm reconhecido o dano decorrente da perda de uma chance, contudo, em cada caso concreto, vem sendo aplicado de maneira diversa. Dessa forma, não temos uma uniformidade quanto à natureza jurídica do instituto nem quanto ao meio de quantificar a indenização.

O nosso Código Civil não faz nenhuma menção ao dano decorrente da perda de uma chance. Contudo o seu artigo 186 utiliza um conceito bastante amplo de dano por estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade civil, pois não o condiciona a qualquer requisito. Por sua vez o artigo 927, ao tratar das consequências do ato ilícito,

57 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

determina que quem causar dano a outrem ficará obrigado a repará-lo. Por esse motivo não existe nenhum entrave à indenização das chances perdidas. Uma interpretação sistemática das regras de responsabilidade civil presentes em nosso Código nos leva a inferir que, sendo sérias e reais, as chances perdidas deverão ser indenizadas. Basta, para tanto, caracterizar a chance perdida como dano certo e provar o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e a perda da chance sofrida pela vítima de alcançar o resultado almejado.

Sérgio Savi⁵⁸ entende que o artigo 402 do Código Civil positivou, mesmo que implicitamente, o princípio da reparação integral dos danos, assegurando à vítima uma cobertura integral dos prejuízos patrimoniais, colocando-a ao *status quo ante*. A reparação integral dos danos é um verdadeiro princípio de justiça e tem sua base resguardada pela Constituição Federal em razão dela ter atribuído como fundamento da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O autor supracitado entende que se a Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser justa e eficaz não tem como negar a necessidade de indenização nos casos em que alguém perde uma oportunidade em virtude da conduta ilícita de outrem. Contudo, deve-se ater que, nesse caso, a reparação integral é da chance perdida e não do dano final. O julgador deverá, pautando-se no princípio da justiça, fazer uma ponderação para fixar o montante da indenização.

Sérgio Savi⁵⁹ reforça mais uma vez a necessidade da indenização pela perda de uma chance, utilizando agora a idéia de que todo dano injusto que causa lesão

58 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98.

59 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 99.

a um interesse tutelado há de ser reparado, visto que a responsabilidade civil é uma reação contra o dano injusto.

O principal fator de aceitação dessa teoria está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Para Rafael Peteffi da Silva⁶⁰, deve-se levar em conta que o progresso tecnológico e a ciência estatística desmitificaram o acaso e as situações aleatórias. O avanço da tecnologia possibilitou uma melhora nos métodos de avaliação e quantificação de evidências estatísticas.

Sérgio Novais Dias⁶¹ cita o caso de um advogado que aceitou uma causa trabalhista para postular os direitos das verbas rescisórias do seu cliente em decorrência de despedida imotivada. Contudo, por sua negligência, deixou transcorrer o prazo prescricional e, por isso, fez perder a chance de o seu cliente ver a sua demanda apreciada pelo poder judiciário. Para Sérgio Novais Dias, o advogado deveria indenizar o seu cliente na quantia correspondente ao valor das verbas rescisórias que não poderiam ser mais cobradas da empresa, pois acredita que era certo que o Tribunal iria acolher a pretensão de pagamento das verbas pleiteadas. Rafael Peteffi da Silva⁶² critica essa posição, pois nesse caso a indenização pela perda da chance será a totalidade da vantagem esperada que restou frustrada, ou seja, o dano final, o que vai de encontro à construção doutrinária dessa teoria.

60 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 232.

61 DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999, p. 45/46.

62 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

Contrariando todo o entendimento sobre o instituto ora estudado, Rui Stoco⁶³ entende que é um absurdo admitir a idéia de o advogado ser responsabilizado civilmente pela perda de uma chance em razão de ter perdido prazo para interposição de recurso. Ele justifica sua posição em virtude de não haver a possibilidade que outrem substitua o juiz natural para julgar aquela causa e assim entrar no seu intimo de convicção e fazer um juízo de valor sobre a possibilidade de qual seria a sua decisão se a ação tivesse chegado ao seu termo. Esse autor vai contra toda a teoria da perda de uma chance, visto que considera o dano como sendo hipotético. Ele não vislumbra a razão de ser dessa teoria, que é indenizar não o dano final, mas apenas as chances perdidas em razão da conduta antijurídica do agente, no caso o advogado.

Ainda, quanto aos casos em que o advogado perde o prazo do recurso Agostinho Alvim⁶⁴ reconhece a existência de um dano diverso da perda da causa. Ele concorda que é impossível provar que caso o recurso fosse tempestivo teria logrado provimento. Entretanto percebe que o dano sofrido pelo cliente consiste na não interposição do recurso. Afirma que a possibilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance e o grau dessa possibilidade pode ser apreciado por peritos técnicos.

O autor⁶⁵ acima exemplifica a teoria ao trazer o caso em que uma pessoa iria participar de um concurso no qual apresentaria um animal considerado raro. Todavia foi obstada a concorrer ao prêmio porque o animal morreu em consequência da negligência da pessoa responsável pelos seus cuidados. Agostinho Alvim entende que

63 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 490.

64 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1965, p. 190.

65 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1965, p. 192.

se o autor buscasse a condenação do responsável pelo animal ao valor correspondente ao prêmio, sua pretensão deveria ser repelida, em virtude de se tratar de dano hipotético, haja vista que não há como ter a certeza de que, se o animal tivesse participado do concurso, sairia vitorioso. Entretanto, reconhece que o animal tinha a possibilidade de receber o prêmio e esta probabilidade fazia com que o preço da sua negociação aumentasse. Logo, esse aumento do preço do animal não é uma mera hipótese, mas sim algo real. Agostinho Alvim entende que essa valorização está ligada à chance dele sair vitorioso no concurso, reconhecendo o valor patrimonial da chance perdida pelo dono do animal.

Fernando Noronha⁶⁶ cita, em sua obra, a perda de chance pela falta de informação, que ocorre quando alguém sofre um determinado dano por não ter tomado a melhor decisão que estaria ao seu alcance se outra pessoa tivesse cumprido o dever de informar sobre todas as consequências. Essa hipótese de perda de chance só surge nos casos em que o ato, que acabou causando o dano, era evitável. Se o ato danoso era absolutamente inevitável, a prestação de informação seria irrelevante. Nesse caso, ficará frustrada a chance de evitar um dano que efetivamente ocorreu quando a violação do dever de informar levar a vítima a tomar uma decisão que, depois, verifica não ter sido a melhor, ou quando não for dada à vítima a possibilidade de se manifestar.

O autor exemplifica a situação com um caso julgado na Corte de Cassação Francesa no qual um paciente com problema de surdez-mudez foi operado. Com a cirurgia o problema foi eliminado. No entanto, em consequência da cirurgia, o paciente ficou com paralisia facial. Essa paralisia era um risco possível da cirurgia, porém pouco provável. O problema se encontra no fato de que o paciente não foi

66 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 684-687.

advertido quanto à possibilidade dessa consequência. Como a intervenção cirúrgica não era a única opção do paciente, pois havia a possibilidade do seu problema ser corrigido de outra forma, o cirurgião faltou com o dever de informação. Dessa forma, tirou do lesado a chance que tinha de optar por outro tratamento cabível. Portanto, cabe nessa situação, a indenização decorrente da perda da chance em razão da falta de informação, pois o ato que acabou resultando em dano não era inevitável, haja vista a possibilidade de cura por meio de outro tratamento, opção esta que lhe foi subtraída.

2.3.1 Perda da chance de obter uma vantagem futura e perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido

Ao dissertar acerca da teoria ora estudada Fernando Noronha⁶⁷ a dividiu em duas modalidades: frustração da chance de obter uma vantagem futura e frustração da chance de evitar um dano que efetivamente já ocorreu.

A perda de uma chance de obter uma vantagem futura é a hipótese clássica da teoria. Ela se caracteriza quando um ato ilícito passado frustra a possibilidade de obter uma vantagem almejada para o futuro ou frustra a possibilidade de evitar um prejuízo futuro. Nesse caso, a perda de uma chance se verifica em razão de um ato ilícito que interrompeu um processo em curso o qual poderia conduzir a um evento vantajoso. Em decorrência dessa interrupção nunca mais será possível saber se a vantagem almejada se concretizaria ou não.

A perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido repousa no fato de que o processo que levou ao dano já estava em curso e que havia a possibilidade dele ser interrompido pela atuação exigível do agente responsável, mesmo

67 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 671-684.

que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado. Se for possível afirmar seguramente que o dano não aconteceria caso o processo danoso tivesse sido interrompido teremos absoluta certeza que foi o ato ilícito da não interrupção que causou o dano. Assim, a indenização seria inevitável.

A perda da chance de evitar um prejuízo que efetivamente ocorreu difere da perda de uma chance clássica. Nesta o ato antijurídico interrompe um processo em curso e o dano resulta desta interrupção, naquela o dano surge exatamente porque o processo em curso não foi interrompido, quando deveria ter sido. Caso o processo fosse interrompido, haveria a possibilidade do dano final não se verificar, entretanto, não há como saber se realmente isso aconteceria. Nesse caso, sabe-se que ocorreu um dano e que este dano é resultado do processo que estava em curso. A problemática se encontra na dificuldade de saber se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo.

Fernando Noronha⁶⁸ exemplifica essa modalidade com um caso retirado da jurisprudência francesa no qual a empresa responsável pelo alarme antifurto foi condenada a ressarcir o dono do estabelecimento em razão do alarme não ter funcionado na ocasião do furto. Nesse caso foi aplicada a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance de evitar o prejuízo ocorrido em virtude de que a falha do alarme não é suficiente para explicar o furto, pois este poderia ter ocorrido mesmo que o alarme tivesse funcionado.

Os exemplos mais característicos dessa modalidade de perda de chance se encontram na responsabilidade médica e são chamados de perda de chance de

68 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 677.

cura ou sobrevivência. São muitos os casos em que não se pode ter certeza sobre se a morte do paciente ou o agravamento natural do seu estado de saúde pode ser atribuído ao médico ou à própria doença.

No caso do paciente que morreu depois do médico ter cometido um erro de diagnóstico ou de tratamento, não há como ter certeza sobre qual foi a causa da morte, pois sem esse erro poderia ser que o paciente viesse a falecer devido as consequências naturais da doença.

Outro caso exemplificativo é a hipótese do médico não ter solicitado com antecipação uma biópsia e por causa dessa demora o câncer do paciente desenvolveu. A probabilidade de um tratamento bem sucedido, com a evolução do câncer, foi sem dúvida diminuída pelo atraso do diagnóstico. Todavia, não há como estabelecer com precisão o nexos de causalidade entre o tratamento tardio e os subsequentes danos, pois esses podem decorrer da evolução natural do câncer.

A aplicação da teoria da perda da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido é criticada por parte da doutrina francesa. Há quem negue que nesses casos seja possível invocar a perda da chance, pois todo o problema se resume a uma questão de prova do nexos de causalidade, no qual ou fica provado que a conduta foi determinante para o dano final, ou não fica provado e, conseqüentemente, o réu tem que ser absolvido em razão do dano ser incerto.

A problemática, nesse caso, se encontra na dúvida sobre qual é a verdadeira causa do prejuízo, se é o ato ilícito ou a evolução da doença. No exemplo do alarme que não funcionou, a dúvida recai sobre o ato ilícito de o alarme não ter funcionado ou na audácia do ladrão.

2.3.2 *Perspectivas da teoria da perda de uma chance na jurisprudência*

brasileira

Sérgio Savi⁶⁹ sustenta que a teoria ora estudada vem ganhando espaço na jurisprudência brasileira. Na sua pesquisa sobre o tema ele somou 18 (dezoito) novos casos em um transcurso de dois anos nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, quando antes somavam em apenas 15 (quinze) casos. O autor conclui que apesar destes Tribunais reconhecerem a possibilidade de reparação das chances perdidas, que devem ser sempre sérias e reais, encontram dificuldade em harmonizar os conceitos. Critica a posição dos Tribunais que ora considera a perda de uma chance como dano emergente, ora como lucro cessante, ora como dano moral.

Sérgio Savi diz que o primeiro acórdão⁷⁰ que mencionou a perda de uma chance julgado no Brasil ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 1990. A análise da teoria foi feita no sentido de que ela não se aplicava àquele caso concreto. Nessa ocasião a autora se submeteu à cirurgia para correção de miopia da qual resultou em hipermetropia e cicatrizes na córnea. O Tribunal chegou à conclusão de que o resultado danoso teve como causa direta e imediata o erro cometido pelo médico, sendo, portanto, possível estabelecer um nexo de causalidade entre a atitude culposa e o dano final. Por conseguinte, não há que se falar em indenização de chance perdida.

Em 1991 o mesmo Tribunal acima discutiu um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance que se dá na seara da responsabilidade do advogado. No caso, a autora da ação havia contratado o réu como seu advogado

69 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 44.

70 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível 598069996. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 12/06/1990.

visando receber pensão previdenciária. A ação foi distribuída, contudo foi extraviada. Seu advogado não informou o ocorrido à cliente e nem providenciou a restauração dos autos. Impossibilitando, assim, o direito da autora de ver apreciado em juízo o seu pedido. O Tribunal reconheceu que a atitude negligente do advogado fez com que a autora perdesse a chance de ver a sua causa julgada e, com isso, concedeu à autora a indenização da chance perdida, conforme se extrai do voto do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. [...] 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la. [...]

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.⁷¹

O único erro observado no acórdão é que, na quantificação da indenização, não foram fixadas as premissas a serem observada pelo juiz liquidante. Apenas ficou determinado que o juiz liquidante deveria atentar para o fato de que o dano correspondia somente à perda da chance.

Sérgio Savi⁷² reputa como correta a aplicação da teoria ora estudada, no caso em que, apesar de se reconhecer a ocorrência da perda da chance, chegou-se à conclusão de que essa era ínfima e por isso foi negada a sua indenização. Nessa situação⁷³ o autor propôs ação em face do seu advogado visando ressarcimento em razão de ter perdido o prazo para interposição de recurso de apelação. Apesar da

71 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5^a Câmara Cível. Apelação Cível 591064837. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 29/8/1991.

72 SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p 64.

73 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 6^a Câmara Cível. Apelação Cível 70005635750. Rel. Dês. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 17/11/2003.

negligência do profissional, o Tribunal, após fazer um reexame do litígio, chegou à conclusão de que as chances de reforma da sentença eram remotas e por isso negou a indenização requerida a título de perda de uma chance. Esse posicionamento se justifica em virtude de que para haver a indenização a chance deve ser plausível, séria e viável.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁷⁴ negou provimento à reparação pleiteada a título de responsabilidade civil pela perda de uma chance. Na ocasião o autor intentou ação de indenização contra os Correios em razão de ter sido extraviada a sua ficha de inscrição para participar do programa Big Brother Brasil transmitido pela Rede Globo. Foi alegado que a falha da empresa fez com que ele perdesse a oportunidade de concorrer ao prêmio de um milhão de reais e, por isso, ficou frustrada a tão desejada mudança de vida. Logicamente a indenização não foi conferida, visto que a chance da organização do programa de selecionar o requerente dentre de milhares de inscritos combinada com a possibilidade de ele se sagrar vencedor da disputa era ínfima. A possibilidade frustrada apresenta-se vaga e hipotética, a ação intentada perante o Tribunal Regional Federal constitui uma mera aventura jurídica impossível de procedência.

Encontram-se também no Superior Tribunal de Justiça acórdãos relacionados com a teoria da chance perdida. No julgamento do agravo de instrumento 272.635⁷⁵, proveniente do estado de São Paulo, o Ministro Eduardo Ribeiro mostrou-se adepto à teoria ao votar em desfavor da procedência da ação em virtude do pedido ter se baseado no dano final. Trata-se de ação de responsabilidade civil do advogado em

74 TRIBUNAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. 7ª Turma Especializada. Recurso 2005.51.01.000548-8. Rel. Juiz Federal convocado Theophilo Miguel, Julgado em 21/11/2008.

75 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. AG 272635. Min. Eduardo Ribeiro, Julgado em 11.02.2000.

decorrência de ter perdido prazo para a interposição de recurso. Na petição inicial foi requerida a condenação do equivalente ao pagamento de tudo aquilo que receberia se a sua reclamação trabalhista tivesse sido julgada procedente. Não tendo como saber se o recurso seria ou não provido é impossível fixar a certeza do dano consistente na vitória. Portanto, o pedido de indenização assim formulado não teria como ser acolhido, como, de fato, não foi. O Ministro Eduardo Ribeiro concordou com o posicionamento do Tribunal de Justiça que afirmou que o autor deveria ter requerido a indenização pelo fato de ter perdido a chance de ganhar a ação trabalhista, conforme se verifica do trecho do seu voto:

Em sua inicial, pediu o autor que a indenização pelos danos suportados com a conduta desidiosa dos advogados fosse equivalente ao que pleiteava na ação trabalhista. O tribunal de origem entendeu que, embora provada a culpa do primeiro réu, o pedido seria improcedente porque incertos os danos pleiteados. Concluiu-se que o autor deveria ter requerido a indenização pelo fato de ter perdido a chance de ser vencedor em sua demanda.

De fato, houve-se com acerto a corte estadual. A condenação em perdas e danos pressupõe a prova efetiva do gravame suportado pelo requerente. No presente caso, não há como se estabelecer se o autor teria sua pretensão julgada procedente em sua totalidade. É possível que sua vitória fosse apenas parcial. Do mesmo modo, a outra parte poderia ser a vencedora. Está-se, portanto, diante de uma possibilidade de dano, mas não há certeza quanto a sua efetiva ocorrência, ou quanto sua extensão.

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, bastante comentado pelos autores que falam do tema, é o caso do programa “Show do Milhão⁷⁶” que trata de concurso de perguntas e respostas em que o concorrente, respondendo corretamente as perguntas, pode vir a ganhar o prêmio de um milhão de reais.

76 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 788459. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Publicado em 13/03/2006.

Conforme o regulamento do programa, a cada pergunta corretamente respondida o participante vai aumentando o montante do prêmio, de forma que na penúltima o participante acumulará R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). A última é a pergunta do milhão que se corretamente respondida faz com que o participante ganhe o prêmio máximo. Caso responda errado, o participante perde tudo o que já acumulou recebendo apenas um prêmio simbólico de R\$ 300,00 (trezentos reais). Se, no entanto, o participante preferir não responder a pergunta, recebe os R\$ 500.000,00 acumulados até então.

A autora da ação foi a primeira participante da história do programa a chegar à pergunta do milhão, tendo respondido todas as anteriores com sucesso. Contudo, a empresa promotora do concurso formulou uma pergunta que não admitia nenhuma resposta, pois todas as opções apresentadas eram incorretas. Dessa forma, a autora optou por não responder, protegendo assim, a premiação acumulada.

Diante desse fato, a participante entrou com ação requerendo indenização por danos morais e materiais no valor de R\$ 500.000,00 correspondente à oportunidade que perdeu em razão da conduta ilícita da ré.

A juíza concluiu que fora retirada da autora a chance de ganhar o prêmio máximo do jogo. Reconheceu a perda da chance ao vislumbrar que a autora perdeu a oportunidade de acertar a pergunta que lhe daria o prêmio máximo. Por isso, condenou a ré ao pagamento do valor pleiteado, correspondente à quantia que a autora receberia se uma pergunta passível de resposta tivesse sido apresentada e ela tivesse acertado a resposta. O requerido apelou e o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso mantendo a sentença.

Apesar da perda da chance ter sido reconhecida, a teoria não foi aplicada corretamente, pois foi concedida a indenização do dano final, contrariando toda a construção doutrinária acerca da teoria. Não obstante o conhecimento enciclopédico da autora, não se pode ter a certeza de que, caso a pergunta fosse respondível, ela acertaria. Por esse motivo a indenização jamais poderia ser provida na integralidade do valor pleiteado.

Diante disso, a ré interpôs recurso especial alegando que a chance que a autora tinha de responder corretamente a última pergunta formulada seria de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que, para cada pergunta, há quatro alternativas de resposta. Dessa forma requereu que o valor da condenação fosse minorado para 25% dos R\$ 500.000,00, ou seja, para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

O Ministro Fernando Gonçalves, relator do recurso especial, entendeu que a conduta da ré fez com que a autora perdesse a oportunidade de ganhar o prêmio máximo, por isso, deveria ser aplicada a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Concluiu que não tinha como ter a certeza de que a autora responderia corretamente a pergunta se esta tivesse resposta correta. Assim, não tendo a certeza do acerto da pergunta não seria possível condenar a recorrente a pagar a integralidade do valor que a recorrida obteria, caso tivesse acertado a pergunta do milhão. Conforme se verifica no trecho do seu voto:

Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à "pergunta do milhão. [...]

[...] Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

A fixação do valor da indenização foi dada com base no percentual das chances que a autora tinha de acertar a pergunta, nos termos requeridos no recurso. Dessa forma, como havia quatro alternativas de respostas, entendeu que a chance da autora era de 25%, condenando a ré ao pagamento de R\$ 125.000,00. Como se pode observar do seu voto:

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.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

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...

Apesar de a teoria ter sido reconhecida, a quantificação da indenização é criticada. Ao fixá-la com base em processo matemático entendendo que, caso a pergunta tivesse resposta correta, vislumbrar que a autora teria apenas $\frac{1}{4}$ (um quarto) de chance de acertá-la é reconhecer que durante a sua participação no concurso a participante contava apenas com a sua sorte e não com o seu conhecimento. Certo é que não tem como ter a certeza de que ela acertaria a última pergunta. Todavia, o seu desempenho brilhante, jamais visto nesse programa, demonstra que a autora era

detentora de raro conhecimento, pois até chegar à fase final ela havia logrado êxito em dezenas de perguntas. Portanto infere-se que a chance que ela teria de acertar a última era superior aos 25% reconhecido pelo acórdão.

Ademais, reconhecer a indenização, por danos materiais e morais, nos termos requerido no recurso especial é premiar a atitude maliciosa do programa, o qual apresentou um pergunta sem qualquer alternativa correta. Desse modo, a organização do programa se onerou muito menos do que se oneraria caso tivesse apresentado uma pergunta passível de resposta correta e a participante tivesse acertado. Percebe-se que seria cabível uma razoável indenização por danos morais, não apenas em consequência da indignação da vítima, mas também em razão da função punitiva do instituto do dano moral que se destina a justa punição do ofensor.

3. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Sergio Cavalieri Filho⁷⁷ sustenta que a questão da natureza jurídica das chances perdidas é controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Afirmar que em muitos julgados a perda de uma chance é indenizada, sem que se refiram ao instituto, como sendo lucros cessantes ou dano moral. Ele faz uma crítica aos julgados que, obstante reconhecer a perda da chance, concede a indenização em razão da perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem, acabando em transformar a chance em realidade.

Nos seus estudos, Rafael Peteffi da Silva⁷⁸ concluiu que a natureza jurídica da perda de uma chance não encontra análise por parte da jurisprudência brasileira. Contudo, percebe que está sendo criada uma corrente tendente a considerá-la como uma subespécie de dano moral, em razão do acentuado subjetivismo na sua quantificação, visto que o arbitramento dos danos extrapatrimoniais obedece a critérios menos rígidos em comparação à quantificação dos danos patrimoniais. Afirmar que nos casos de responsabilidade civil de advogado a jurisprudência vem reconhecendo o dano moral em decorrência da frustração da expectativa da vítima de ver reexaminada a decisão que julgou a sua demanda improcedente.

O supracitado autor⁷⁹ relata um caso em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou a demanda proposta por uma pessoa jurídica contra o seu antigo advogado em face de ter perdido o prazo do recurso de apelação e, por isso,

77 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

78 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

79 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 212.

não pode ver a sua causa reexaminada pelo Tribunal. Em razão da negligência do advogado, o relator do processo entendeu que ficou demonstrado o dano moral sofrido pela vítima, posto que esse dano é comprovado pelo próprio fato. Entretanto, Rafael Peteffi da Silva critica essa posição, pois apesar de ser indenizado o dano moral sofrido pela pessoa jurídica essa reparação só ocorre quando é atingida a sua honra objetiva. Como a perda de prazo para a interposição de recursos por parte do advogado não causa máculas na reputação da pessoa jurídica perante terceiros, a reparação da perda da possibilidade, nesse caso, não poderia ocorrer a título de dano moral.

Em virtude da relação entre a vítima e seu advogado ser contratual, a doutrina tem defendido que não se pode garantir a indenização por dano moral em caso de inadimplemento. No posicionamento de Sérgio Cavaliere Filho⁸⁰, os aborrecimentos decorrentes da falta de cumprimento de um contrato não podem gerar reparação por dano extrapatrimonial se não repercutirem na dignidade da vítima.

Sérgio Novais Dias⁸¹ sustenta que a reparação da perda de uma chance em razão de interposição intempestiva de recurso deve se dar em caráter patrimonial. A admissão do dano moral só pode ser concebida se a vítima se encontrar inconformada com a decisão e o fato de não poder ver a causa reexaminada pela instância superior lhe causar dano psicológico. Elena Vicente Domingo⁸² entende que a conduta desidiosa do advogado que perde o prazo do recurso ocasiona evidente dano moral para o representado, em virtude de privá-lo da chance de resolução favorável do litígio.

80 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

81 DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999, p. 52.

82 DOMINGOS, Helena Vicente. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Cizur Menor: Thomson, 2006, p. 262.

A chance que não é real e séria deve ser impedida de gerar dano extrapatrimonial. Se determinado recurso tem chance ínfima de lograr êxito, é ilegítima a procedência do dano moral em razão do inconformismo da vítima de não ver a sua causa reexaminada. A indenização só pode existir quando a demanda possui chance séria e real de ser reformulada na instância superior.

Ainda em se tratando de advogado que deixa desidiosamente transcorrer prazo para interpor recurso, Rafael Peteffi da Silva⁸³ entende que a possibilidade de indenização por dano moral deve guardar relação com a natureza do bem pretendido e não com a probabilidade do recurso vir a ser julgado procedente. Traz como exemplo a demanda judicial em que a pretensão do autor é a guarda dos filhos. Nesse caso, se o advogado perdesse o prazo para interpor o recurso a chance perdida teria natureza de dano moral, já que o bem perseguido pela demanda não possui valor patrimonial.

Apesar de posicionar-se no sentido de que é inadmissível considerar o dano decorrente da perda de uma chance como sendo exclusivamente moral, Sérgio Savi⁸⁴ reconhece que, em determinados casos, a perda de uma chance além de representar um dano material poderá, também, ser considerada um agregador do dano moral. Para ilustrar seu entendimento traz um julgado⁸⁵ no qual os autores eram músicos, integrantes de uma banda, e estavam em momento de ascensão nas suas carreiras tendo, inclusive, acabado de receber o “Prêmio Sharp de melhor música”. Em virtude de terem recebido uma proposta mais vantajosa com a gravadora ré, não

83 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 215.

84 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53.

85 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 34ª Vara Cível da Comarca da Capital. Processo nº 97.001.015295-4, Juiz Marcos Alcino de Azevedo Torres, julgado em 03/09/1999.

renovaram o contrato com a gravadora anterior. Contudo, a empresa ré descumpriu os compromissos assumidos contratualmente e, em consequência disso, arruinou a carreira artística dos autores.

O juiz do caso reconheceu que a atitude da gravadora ré frustrou a possibilidade de sucesso e de ganho dos autores. Fixou a indenização pelos danos materiais decorrentes da perda de uma chance e, por reconhecer a dor, o sofrimento e a humilhação sofrida pelos integrantes do grupo condenou, também, a indenização por danos morais.

Sérgio Savi⁸⁶ defende que o dano da perda da chance deve ser considerado uma subespécie de dano emergente, pois ao inserir a perda de uma chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano. Posiciona-se nesse sentido em razão de que a indenização não é da vantagem perdida, mas sim da perda da possibilidade de conseguir essa vantagem, que, por si só, constitui um dano.

Como a chance já fazia parte dos bens da vítima, a sua perda deve ser qualificada juridicamente como um dano emergente. A possibilidade de ganho é tida como interesse jurídico tutelado e, desde que seja séria e real, faz parte do patrimônio jurídico do indivíduo. A violação desse interesse deve ser reparada da mesma forma que ocorre com a reparação de bens corpóreos.

Nesse mesmo sentido Daniel Carnacchioni⁸⁷ defendeu, em sala de aula, que a chance perdida não pode ser considerada como lucro cessante, pois se assim fosse estaria indenizando um dano hipotético. Para ele, a chance perdida não guarda

86 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

87 CARNACCHIONI, Daniel. Aula ministrada no curso Sui Júris. Brasília: 29/11/2009.

relação com o resultado esperado, mas sim com algo que efetivamente já existia no patrimônio do agente e, dessa forma, deve ser considerada como dano emergente.

Sérgio Savi⁸⁸ apresenta as semelhanças entre chance perdida e o lucro cessante. Afirmar que em ambos os casos ao invés de subtrair da vítima uma importância que ela tinha no momento em que o fato danoso se verificou, este impede que a vítima possa adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais. Nos dois casos as vítimas terão dificuldade no que tange à prova do dano, pois restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento futuro não teria impedido que aquela esperança frustrada se realizasse.

Não obstante, o autor apresenta⁸⁹ distinções entre os dois institutos. Quanto à natureza do interesse violado, a perda de uma chance é uma violação a um mero interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um interesse subjetivo decorrente dos casos em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável e que uma probabilidade que representa a certeza. Dessa forma, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Nas hipóteses da perda de uma chance o acontecimento do resultado útil é por definição indemonstrável em virtude de se tratar de dano incerto e eventual. O autor entende que a perda de uma chance não pode ser indenizada como lucro cessante, até porque, se assim fosse, inviabilizaria qualquer pretensão de indenização da chance perdida por si só considerada.

88 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14.

89 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 15.

Sílvio de Salvo Venosa⁹⁰ ensina que há uma forte corrente doutrinária que classifica a perda de uma chance como um terceiro gênero de indenização. Esse se encontra a meio caminho, entre o dano emergente e o lucro cessante. Entre esses extremos, deverá o juiz fazer a graduação, no caso concreto, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade de uma real probabilidade.

Ao iniciar o capítulo destinado à perda de uma chance, Helena Vicente Domingo⁹¹ esclarece que é um dano distinto do dano emergente e do lucro cessante, constituindo, assim, um dano independente e, por isso, autônomo. Contudo, como já mencionado, admite que possa vir acompanhada de dano moral se este for consequência do mesmo fato.

Rafael Peteffi da Silva⁹² cita que o autor norte-americano Joseph King Jr. vislumbra que as chances perdidas constituem um tipo de dano autônomo. Entretanto, traz argumentações⁹³ de autores contrários a esta tese. Esses autores entendem que as chances perdidas não subsistem de forma separada do prejuízo representado pela perda definitiva da vantagem esperada. Na hipótese, por exemplo, em que uma pessoa contrata um advogado para realizar sustentação oral em um recurso de apelação e em decorrência da negligência do profissional contratado a sustentação não venha a ser realizada por ele não ter chegado a tempo à seção de julgamento, mas não obstante isso o recurso seja provido. Neste caso, é visível que o cliente não sofreu dano algum. No entanto, a doutrina que considera que a perda da chance está alicerçada em uma noção de dano autônomo deve admitir a ação de reparação, pois, para ela, o dano

90 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 103.

91 DOMINGOS, Helena Vicente. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Cizur Menor: Thomson, 2006, p. 261.

92 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

93 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

decorrente da perda de uma chance por ser autônomo é independente da perda definitiva da vantagem esperada.

A doutrina que defende que a chance perdida não caracteriza um dano autônomo baseia-se no sentido de que a necessidade de se esperar pela realização do dano final faz com que o prejuízo caracterizado pelas chances perdidas não seja considerado como revestido de um caráter danoso próprio.

3.1 A Quantificação do dano

A fixação do montante da indenização do dano decorrente da perda de uma chance é uma questão que enfrenta dificuldade por parte dos julgados que aplicam a teoria. Há acórdãos que não fazem menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido a título de indenização em razão da perda da chance, realizando a quantificação sem qualquer critério técnico.

É relevante recordar que a teoria da perda de uma chance só é utilizada porque é impossível provar o nexo causal entre a conduta antijurídica do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Portanto, a regra fundamental é que a reparação da chance perdida deverá ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima. Inclusive nos casos que a chance perdida tem natureza de dano moral. Contudo, essa regra não infere que os danos decorrentes da perda de uma chance não estejam abrangidos pelo princípio da reparação integral do prejuízo. A indenização concedida sempre visará à reparação integralmente do prejuízo, que, nesse caso, é as chances perdidas e, por isso, menor do que o dano final. Assim, a chance terá sempre um valor inferior que a vitória futura e isso influenciará no montante da indenização.

Entretanto, apesar das chances perdidas serem independentes do dano final, este sempre será o referencial para a quantificação do valor da indenização. Rafael Peteffi da Silva⁹⁴ cita o entendimento do doutrinador francês Jean-Pierre Couturier segundo o qual a quantificação da teoria da perda de uma chance deve ser obtida através de um conceito matemático. Para ele, a “função chance perdida” é derivada da “função vantagem esperada” e varia conforme esta mesmo mantendo a sua autonomia.

Como já mencionado anteriormente⁹⁵, Sérgio Savi defende que a probabilidade de se conseguir a vantagem esperada deve ser superior a 50%, caso a probabilidade seja menor o juiz deverá considerar que a prova da existência da chance não foi produzida e, dessa forma, deverá julgar improcedente o pedido de indenização. Rafael Peteffi da Silva critica tal posição, assim como demonstrado na seção 2.1.

Sérgio Savi⁹⁶ entende que a chance, no momento de sua perda, tem um valor que mesmo sendo de difícil determinação é incontestável. Para ele, a quantificação do dano deve ser feita por arbitramento, de forma equitativa pelo juiz, também, considera que o juiz deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

No entendimento de Sergio Cavaliere Filho⁹⁷, a indenização deve corresponder à chance que foi perdida. É o valor dessa chance que deverá ser analisado pelo juiz no caso concreto, e não o valor que corresponde ao lucro ou a perda que dela era objeto.

94 SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 144.

95 Seção 2.1

96 SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 103.

97 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77.

Para o Desembargador Roberto de Abreu e Silva⁹⁸, a quantificação da sanção do lesante deve ser proporcional ao valor do prejuízo causado pela perda da oportunidade de obtenção da vantagem. Aconselha efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante desse balanço, se obterá a proporção do ressarcimento.

Fernando Noronha⁹⁹ também entende que é o grau da probabilidade que determinará o valor da reparação. Nesse sentido, o dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem esperada. A determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado dependerá da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse. Essa probabilidade deve ser a percentagem sobre o valor do dano final.

98 SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006, p. 26.

99 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 674.

CONCLUSÃO

O objetivo da responsabilidade civil é fazer com que aquele que provoca um dano injusto a outrem o indenize de forma a recolocar a vítima no *status quo ante*. A vontade de fazer justiça somada com o objetivo do Código Civil, que é a reparação integral do prejuízo sofrido pela vítima, levou a doutrina e a jurisprudência a criarem mecanismos que aumentam a possibilidade de reparação dos danos.

Esses novos mecanismos surgiram em consequência da evolução do instituto da responsabilidade civil que acompanhou as mudanças ocorridas na sociedade, buscando sempre a reparação dos danos causados à vítima. Dessa forma, surgiu, entre outras modalidades, a que decorre da perda da possibilidade de se conseguir uma vantagem ou evitar um prejuízo. Trata-se da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O ordenamento jurídico pátrio, por apresentar uma cláusula geral de responsabilidade civil, não é visto como obstáculo à aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Para que ela seja aplicada basta demonstrar o nexo de causalidade existente entre a conduta do ofensor e a perda da chance sofrida pela vítima. Outro argumento favorável à tese é a adoção pelo Código Civil, mesmo que de forma implícita, do princípio da reparação integral do prejuízo.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance defende que a vítima que perdeu a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, em consequência da conduta lesiva de outrem, deve ser indenizada por este. Nessa perspectiva, o que se indeniza é o valor econômico da chance, independente do resultado final. A questão relevante do ponto de vista prático é a definição do quantum

da indenização. Não nos parece que em casos dessa natureza haja a possibilidade de aplicação de uma fórmula matemática objetiva, ao contrário, é no caso concreto que será possível realizar a análise do montante da indenização.

A chance perdida é vista como um dano injusto e, portanto, reparável. Deve ser séria e não hipotética e o interesse violado deve ser juridicamente protegido pelo direito positivo. A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance objetiva a reparação pela perda da possibilidade que o indivíduo teria de conquistar determinada vantagem ou de evitar determinado prejuízo. Nesse sentido, pode-se afirmar que situações em que ocorre a perda de uma chance são na verdade subordinadas a eventos futuros e incertos, em que a vítima tinha apenas uma expectativa de direito com relação a determinado ganho.

Tal construção teórica surge para resolver situações em que provavelmente, apesar de um ato ilícito do agente, não seria possível demonstrar o nexo de causalidade entre o ato antijurídico e o dano final sofrido pela vítima. Isto, porque o agente não poderia ser responsabilizado diretamente pelo dano, mas sim por afastar a possibilidade de um ganho para a vítima. Dessa forma, o que se demonstra é o nexo causal entre a conduta do agente e a perda da chance, que, por si só, constitui um dano injusto. Por óbvio, também é necessário demonstrar a inexistência de causa de exclusão da responsabilidade.

A chance que tem relevância jurídica para a teoria é aquela em que haja probabilidade real de ocorrência. A chance deve ser séria e representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva, uma situação meramente hipotética. É na análise do caso concreto que será possível verificar o pressuposto da responsabilização.

Há quem fixe determinado percentual para que seja possível a admissão de indenização pela perda de uma chance. Contudo, esta não parece ser a melhor solução para a aplicação da teoria. O critério mais razoável é a verificação da natureza do dano, ou seja, se a chance era potencial e possível ou se era eventual e meramente hipotética. Assim, é a seriedade e a realidade da chance perdida que deverá orientar o magistrado em demandas dessa natureza.

Questão problemática é quanto à natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance. Não há, ainda, nos Tribunais brasileiros e mesmo na doutrina consenso quanto a isso. Ora é considerada como dano emergente, ora como lucro cessante, ora como dano moral e há ainda quem defenda que se trata de uma terceira categoria de dano, constituindo uma espécie de dano autônomo.

Outra questão de igual relevância é a fixação do quantum da indenização. Não há, ainda, um critério uniforme de mensuração do dano para se definir valor a ser indenizado. No entanto, há um consenso no sentido de que a reparação da chance perdida deva ser sempre inferior ao valor da vantagem esperada. A melhor solução é o magistrado partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Por tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que o instituto da perda de uma chance surge como um mecanismo que visa aumentar as possibilidades de reparação efetiva dos danos, não permitindo que em determinados casos, onde não é possível a demonstração do nexo de causalidade entre o ato e o dano final, a vítima fique irressarcida. Percebe-se que por se tratar de uma teoria relativamente nova no direito brasileiro a responsabilidade civil pela perda de uma chance está ainda em fase

de construção, demandando atenção e cuidado dos juristas no sentido de se determinar contornos objetivos e, sobretudo, estabelecer critérios adequados para a quantificação do valor da indenização.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1965.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena de. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva 2002.

DOMINGOS, Helena Vicente. *Tratado de responsabilidad civil*. 3. ed. Cizur Menor: Thomson, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NORONHA, Fernando. *Responsabilidade por perda de chances*. São Paulo: Revista de Direito Privado, ano 6, n. 23, jul./set. 2005.

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

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, CALDEIRA, Mirella D'Ângelo. *O dano moral e a sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/artigos_ver.php?idConteudo=63438. Acesso em 20/10/2009.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA JUNIOR, Antônio Laért. *Responsabilidade civil do advogado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº 788.459. Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Publicado em 01/09/2006.

Agravo de Instrumento nº 272635. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Julgado em 11.02.2000.

Sumula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça. Publicada em 17/03/1992.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Embargos Infringentes Cíveis 20050110030200. Rel. Desembargados Natanael Caetano. Publicado em 28/09/2009.

Apelação Cível 20030111115808. Rel. Desembargador J.J. Costa Carvalho. Publicado em 25/08/2009.

Apelação Cível 1999 01 1 074136-9. Rel. Fernando Habibe. Publicado em 27/06/2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Apelação Cível nº 2009.001.53442. Rel. Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Publicado em 29/09/2009.

Apelação Cível 2006.001.08137. Rel. Desembargador Roberto de Abreu e Silva
Publicado em 02/06/ 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Apelação Cível 598069996. Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em
12/06/1990

Apelação Cível 591064837. Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em
29/8/1991.

Apelação Cível 70005635750. Rel. Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.
Julgado em 17/11/2003.

TRIBUNAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO.

Recurso 2005.51.01.000548-8. Rel. Juiz Federal convocado Theophilo Miguel. Julgado
em 21/11/2008.

ANEXO – ACÓRDÃO DO CASO DO SHOW DO MILHÃO