

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GISELA MELLO VIRTUOSO

A PROBLEMÁTICA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR
PERDA DE UMA CHANCE

FLORIANÓPOLIS/SC

2009

GISELA MELLO VIRTUOSO

A PROBLEMÁTICA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* PELOS TRIBUNAIS
BRASILEIROS NOS CASOS DE APLICAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR
PERDA DE UMA CHANCE

Trabalho de Conclusão do
Curso de Graduação em Direito
do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito
parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROFESSOR JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO

FLORIANÓPOLIS/SC

2009

A aprovação desta presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Aos meus pais, Elci e Zenir, primeiramente, por terem me dado a vida. Também, pelo amor incondicional que me dedicam, por confiarem em mim e terem proporcionado todos os meios necessários para que eu chegasse até aqui. Aos meus avós maternos, João e Aurora, que, mesmo não estando mais entre nós, foram meus segundos pais e contribuíram enormemente para minha educação. À minha irmã, Grasiela, pelo incentivo e companheirismo indispensáveis.

Agradeço aos meus pais, amigos, professores, colegas de trabalho, enfim, a todos aqueles que, de alguma forma, deram seu apoio e contribuição nesta jornada acadêmica. Em especial, ao Professor João dos Passos, por ter me apresentado a Responsabilidade Civil e despertado em mim o interesse por esta área. Ainda, pela paciência dedicada na orientação deste trabalho monográfico.

RESUMO

Trabalho de conclusão de curso, requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, que trata da aplicação da teoria francesa da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a questão da quantificação do dano consubstanciado na chance perdida. Objetivou-se ressaltar a necessidade de um estudo mais aprofundado pelos doutrinadores brasileiros sobre o instituto e, após, a sistematização de uma metodologia de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance e de quantificação dos danos das chances perdidas no ordenamento pátrio. Para tanto, realizou-se um estudo sucinto da evolução moderna na área da responsabilidade civil em geral, chegando à criação e consolidação da teoria nos ordenamentos estrangeiros da França e Itália. Compilou-se, após, trabalhos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema: sua aceitação pelos doutrinadores pátrios, aplicação jurisprudencial, a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, sua aceitação pela mais alta Corte em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça. A seguir, analisou-se os mais amplos aspectos acerca do instituto da perda de uma chance, como sua natureza jurídica dúplice, seus requisitos fáticos e jurídicos de aplicação, a responsabilização civil profissional dos médicos e advogados por perda de uma chance, já que são as áreas de maior enfoque na aceitação da teoria. Por fim, tratou-se dos mais relevantes equívocos cometidos na aplicação da perda de chance pela doutrina e jurisprudência pátrias, intentando-se chegar a uma conclusão sobre a questão da quantificação dos danos das chances perdidas, último tópico abordado, concluindo-se com as propostas de metodologia de valoração das chances perdidas por renomados civilistas brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Lucros Cessantes. Dano Moral. Dano Autônomo. Nexo Causal. Responsabilidade Profissional. *Quantum Debeatur*.

VIRTUOSO, Gisela Mello. A problemática da fixação do *quantum debeatur* pelos tribunais brasileiros nos casos de aplicação de responsabilização civil por perda de uma chance. Florianópolis, 2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE.....	12
1.1 Lucros cessantes e perda de uma chance.....	12
1.1.1 Lucros cessantes.....	12
1.1.2 Perda de uma chance.....	17
1.1.3 Distinção essencial.....	21
2.1 Responsabilidade civil por perda de uma chance.....	24
2.1.1 Responsabilidade civil.....	25
2.1.2 A mudança de visão da responsabilidade civil moderna: da punição do infrator à reparação do dano sofrido pela vítima.....	26
3.1 A indenizabilidade das chances perdidas.....	28
3.1.1 O surgimento e a evolução da teoria da perda de uma chance.....	30
3.1.2 O surgimento da teoria e sua evolução na França.....	30
3.1.3 A consolidação da teoria das chances perdidas na Itália.....	33
4.1 A aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.....	36
4.1.1 A possibilidade de aplicação.....	36
4.1.2 O reconhecimento da perda de uma chance pela doutrina civilista brasileira.....	43
4.1.3 O reconhecimento da indenizabilidade das chances perdidas na jurisprudência brasileira.....	53
2. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE CHANCE: METODOLOGIA DE QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA.....	57
1.1 Natureza jurídica da perda de uma chance.....	57
1.1.1 O dano ocasionado pela perda de chance como dano autônomo do dano final.....	58
1.1.2 O dano da perda de chance como relativização do nexos causal: a causalidade parcial.....	61
2.1 Critérios de indenização da chance perdida.....	65
2.1.1 A necessidade de seriedade e viabilidade da chance perdida.....	67
2.1.2 Liame causal entre a perda de chance e o ato do ofensor.....	69
3.1 A questão da responsabilização profissional.....	71

3.1.1 A responsabilização do médico por perda de chance de cura ou sobrevivência.....	72
3.1.2 Responsabilidade do advogado por perda de chance do constituinte.....	76
4.1 Os equívocos cometidos na aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro.....	80
4.1.1 A inclusão da chance perdida na modalidade de dano moral.....	81
4.1.2 A inclusão da chance perdida na espécie lucros cessantes.....	89
4.1.3 A falta de fixação de critérios na quantificação da indenização pela chance perdida.....	96
5.1 Critérios de quantificação da indenização por perda de chance.....	101
5.1.1 A proposta de Noronha.....	104
5.1.2 A proposta de Savi.....	106
5.1.3 A proposta de Peteffi.....	109
5.1.3.1 Combinação de eventos aleatórios.....	110
5.1.3.2 O novo método de quantificação das chances perdidas proposto por Paul Speaker.....	111
CONCLUSÕES.....	115
REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tratará da aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a questão da quantificação do dano consubstanciado na chance perdida.

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance surgiu seguindo a tendência de ampliação dos conceitos da responsabilidade civil geral no sentido de abranger todas as possibilidades de reparação dos prejuízos sofridos pela vítima, sendo que, atualmente, não há mais espaço neste campo para o “tudo ou nada”.

Na responsabilidade civil clássica, os prejuízos cujas causas se encontravam incertas, não podendo ser relacionados a um agente infrator específico e conhecido, eram, conseqüentemente, suportados pela própria vítima, sendo o fato considerado uma fatalidade. Ou seja, dava-se ênfase à punição ao agente do ato ilícito, em detrimento da proteção à vítima.

A tendência atual de mudança do ponto central da responsabilização civil da punição do agente infrator para o amparo do ofendido, dá lugar à aplicação da indenização por perda de chance, uma vez que, segundo esta ótica, mesmo que não se possa provar que o resultado favorável se concretizaria caso o ato ilícito do infrator não tivesse mudado o curso dos acontecimentos, inegável é que a possibilidade de concretização daquele evento almejado já integrava o patrimônio da vítima no momento dos acontecimentos desfavoráveis, não podendo ela suportar sozinha tal prejuízo somente pelo fato de não poder fazer prova concreta relativamente ao dano final.

Apesar de tal reconhecimento, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, até pouco tempo, ainda não havia sido objeto de estudo mais aprofundado na doutrina civilista brasileira, com raríssimas exceções. Atualmente, este cenário vem se modificando, sobretudo na jurisprudência pátria, a qual vem reconhecendo, com maior frequência, a possibilidade, já há muito admitida na doutrina e jurisprudência alienígenas, sobretudo européias, de indenização das chances perdidas.

Ocorre que, em que pese reconheça o cabimento da indenização civil nos casos de perda de uma chance, justamente pelo fato de não ter sido objeto de estudos mais

aprofundados sobre a natureza jurídica e os requisitos essenciais deste novo instituto, muitos equívocos ainda são cometidos na sua discussão e, principalmente, na sua aplicação prática pelos tribunais brasileiros.

Daí a importância de se fazer um estudo mais aprofundado sobre o instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, dado que, em que pese sua enorme importância no mundo moderno em virtude do crescente número de casos por ela abrangidos, o tratamento da matéria, no Brasil, ainda é muito incipiente e sua aplicação, repleta de equívocos, necessitando claramente de uma sistematização.

Para a correta análise do tema, a presente monografia foi dividida em dois capítulos. O primeiro deles tratará da responsabilidade civil por perda de uma chance desde o seu surgimento, enquanto novo instituto da responsabilidade civil geral. Assim, o estudo será iniciado naquele que é o ponto mais complexo na aplicação deste instituto: a sua diferenciação dos lucros cessantes.

Após, será analisada a mudança de foco da responsabilidade civil geral que culminou no surgimento da perda de uma chance. Passar-se-á, então, ao estudo da evolução da teoria nos ordenamentos estrangeiros: seu surgimento na França e posterior consolidação na Itália, concluindo-se com sua aceitação no Brasil: o acatamento pelos clássicos civilistas pátrios, a aplicação jurisprudencial e, por fim, seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará dos principais aspectos fáticos e jurídicos do instituto da perda de uma chance, culminando no ponto central deste trabalho monográfico, a quantificação das chances perdidas.

Para tanto, iniciar-se-á o segundo capítulo tratando dos principais temas na aplicação desta teoria: seus requisitos de aplicação, a natureza jurídica dúplice do instituto, a responsabilização profissional dos médicos e advogados na perda de chance, em virtude de se dar nestas áreas o maior campo de aplicação da teoria francesa.

Em seguida, analisar-se-á os maiores equívocos cometidos no trato da chance perdida no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na equivocada quantificação dos danos consubstanciados na chance perdida.

Por fim, o trabalho monográfico será concluído com as propostas de métodos de quantificação das chances perdidas apresentadas por doutrinadores brasileiros.

1. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

1.1 Lucros cessantes e perda de uma chance

1.1.1 Lucros cessantes

Lucro cessante é a vantagem patrimonial futura que, razoavelmente, se pode admitir ter sido suprimida da vítima de um ato danoso presente, em razão da interrupção do curso normal dos acontecimentos por este ato.

Para LISBOA, lucros cessantes ou frustrados, “também conhecidos como danos negativos, são as vantagens ou interesses econômicos que o credor deixou de auferir por causa do prejuízo sofrido”. E continua: “os lucros cessantes acabam por se constituir, desse modo, em um reflexo futuro sobre o patrimônio da vítima, uma vez que seus interesses acerca da percepção das vantagens posteriores foram frustrados, graças ao dano perpetrado pelo agente”¹.

Nos dizeres de STOCO, lucros cessantes são “os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem”².

DINIZ, por sua vez, dispõe que a expressão “lucro cessante ou frustrado” é alusiva “à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado”³.

Neste sentido, ALVIM, em um estudo do Código Civil Alemão, disciplina que “tem-se por frustrado o lucro que certas probabilidades induzisse a esperar, atendendo ao curso normal dos acontecimentos ou às especiais circunstâncias do caso concreto, e particularmente às providências e medidas postas em prática”⁴.

VENOSA exemplifica:

¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. II, p. 498.

² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 584.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3 ed., Rio de Janeiro e São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 189.

Assim, por exemplo, se a vítima teve seu veículo abalroado por culpa, deve ser indenizada pelo dano efetivo: valor dos reparos e eventual porcentagem de desvalorização da coisa pelo acidente. Deverá receber também o equivalente que a supressão desse bem representou de prejuízo, durante certo período em seu patrimônio. Trata-se do lucro cessante. Destarte, se utilizava o veículo para trabalho, deverá receber o valor do aluguel de outro auto representativo do período em que a coisa ficou sem poder ser utilizada. Se, por exemplo, tratava-se de um taxista, deve ser avaliada a fêria média representativa dos dias em que o veículo ficou sem utilização”.⁵

Incontrovertida é a aceitação da indenização do lucro cessante no ordenamento jurídico brasileiro, como uma espécie de dano patrimonial, encontrando sua indenizabilidade respaldo no Diploma Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 402⁶, o qual disciplina que as perdas e danos devidas ao credor incluem tudo aquilo que o ofendido perdeu e aquilo que ele deixou de ganhar em decorrência da lesão sofrida em seu patrimônio.

Desse modo, o Código Civil agasalhou as duas espécies de danos patrimoniais. Com a expressão “além do que efetivamente perdeu” disciplina os danos emergentes e com “o que razoavelmente deixou de lucrar” refere-se aos lucros cessantes.

Sempre atuais as palavras de MONTEIRO a esse respeito. Relativamente ao dano emergente estabelece que “é o *deficit* no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (*quantum mihi abfuit*)”. Já no que tange ao lucro cessante, explicita que “é o que ele razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (*quantum lucrari potui*)”⁷.

Questão pacífica na doutrina civilista é a de que a expressão “razoavelmente” do mencionado artigo 402 do Diploma Civil faz correspondência àquilo que, considerando-se o curso normal dos acontecimentos, ocorreria não fosse o prejuízo provocado pelo ato do agente ofensor. Essa a conceituação mais precisa dos lucros cessantes.

Na linguagem de AGUIAR DIAS, citado por STOCO, a expressão razoavelmente “considera ‘frustrado’ o lucro que certas possibilidades induzissem a esperar,

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. IV, p. 198.

⁶ Art. 402 do Código Civil de 2002: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. IV, p. 334.

atendendo ao curso normal dos acontecimentos ou às especiais circunstâncias do caso concreto e particularmente às providências e medidas postas em prática”⁸.

Importante trecho da lição de VENOSA ao tratar do assunto. Citando CAVALIERI o autor esclarece:

Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa, **deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade**, de um juízo causal hipotético que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; **se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito**⁹ (grifou-se).

Relativamente, ainda, ao termo “razoavelmente”, assevera ALVIM:

Finalmente, e com intuito de assinalar, com a possível precisão, o significado do termo **razoavelmente**, empregado no art. 1.059 do Código, diremos que ele não significa que se pagará aquilo que for razoável (idéia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua **quantidade**. Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável e sim pelo provado¹⁰ (grifos no original).

Acrescenta CAVALIERI que “o nosso Código Civil, no já citado art. 402, consagrou o princípio da razoabilidade ao caracterizar o lucro cessante, dizendo ser aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar”. E, assim, conclui: “razoável é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta”¹¹.

⁸ DIAS, Aguiar *apud* STOCO, op. cit., p. 585.

⁹ VENOSA, op. cit., p. 31.

¹⁰ ALVIM, op. cit., p. 190.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

O que ocorre é que a doutrina civilista pátria alude, insistentemente, ao fato de que nem todo dano é ressarcível. “Somente o é aquele que preencher certos requisitos: certeza, atualidade e subsistência”, lembra PEREIRA¹².

Ou seja, o ordenamento jurídico pátrio não admite a reparação do dano meramente eventual ou hipotético, aquele que depende de uma eventualidade incerta, que não pode ser demonstrado e nem há indícios consistentes de que venha a ocorrer. Na disciplina de PEREIRA, “o que se exclui da reparação é o dano meramente *hipotético, eventual ou conjuntural*, isto é, aquele que não pode vir a concretizar-se”¹³ (grifos no original).

Nessa linha, , GAGLIANO e PAMPLONA FILHO colacionam acórdão de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, em sede do Recurso Especial 63/521, julgado em 23 de maio de 1994, julgamento no qual decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração da conduta ‘contra jus’, mas, também, na prova efetiva do ônus, já que não se repõe dano hipotético¹⁴.

Neste ponto, importante recordar lição de ALVIM, para o qual, com relação ao dano emergente, “é possível estabelecer, com precisão, o desfalque do nosso patrimônio, sem que as indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético. Mas, com relação ao lucro cessante, o mesmo já não se dá”¹⁵.

Como visto, o dano suportado pela vítima que pretende a reparação deve ser atual, certo e real, não sendo ressarcível dano meramente potencial ou incerto. No que toca aos lucros cessantes, entretanto, há que se atentar a algumas particularidades na sua configuração, haja vista tratar-se de uma possibilidade de lucro frustrada, a qual, muito embora não seja

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39.

¹³ PEREIRA, op. cit., p. 41.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. rev., atual. e reform., São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 43.

¹⁵ ALVIM, op. cit., p. 187.

ressarcível quando se tratar de dano eventual ou hipotético, jamais estará revestida pelo caráter de certeza próprio do dano emergente.

STOCO ensina que “enquanto ao dano positivo se oferece base firme, dada a sua relação com fatos passados, o lucro cessante se liga a elementos flutuantes, em face da incerteza que sempre domina a quem opere com dados imaginários. Com segurança, só se podem considerar os resultados que determinariam os lucros”. Por fim, acrescenta que “haverá sempre dúvida, porém, sobre se não interviria outra circunstância capaz de produzir o mesmo efeito do ato danoso, impedindo, tanto como este, aqueles resultados [...]”¹⁶.

Complementa este entendimento FISCHER, para o qual:

O Direito seria demasiadamente severo se exigisse ao prejudicado a prova matemática irrefutável de que essa outra possível circunstância se não teria produzido, nem o lucro previsto deparado com qualquer obstáculo. Mas, por outro lado, a experiência constante ensina-nos que os mais exagerados, menos fundados pedidos de indenização, tem precisamente o seu fundamento neste conceito imaginário dos lucros frustrados. Ao Direito compete distinguir nitidamente essas ‘miragens de lucro’ [...] da verdadeira idéia de dano¹⁷.

“É preciso prever, nesse campo, o curso normal dos acontecimentos. Por esse prisma, as hipóteses devem ficar sempre nos limites do razoável e no que pode ser materialmente demonstrado. Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados quando consequência de um dano presente”¹⁸, adverte VENOSA.

CAVALIERI, por sua vez, traz que “o cuidado que o juiz deve ter neste ponto é não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”¹⁹. E conclui: “deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito”²⁰.

¹⁶ STOCO, op. cit., p. 585.

¹⁷ FISCHER, Hans Albrecht *apud* STOCO, op. cit., p. 585.

¹⁸ VENOSA, op. cit., pp. 199-200.

¹⁹ CAVALIERI, op. cit., p. 72.

²⁰ *Idem*, p. 73.

ALVIM, transcrevendo algumas observações ao Código Civil Alemão, referentes à certeza que se espera na comprovação do dano, importa o ensinamento de que “uma vez que o fato, causador do dano, destruiu ou impediu que se realizasse o estado de coisas que deveria produzir o lucro, é impossível estabelecer, com certeza, que este último se teria realizado. É preciso, pois, que nos contentemos com uma possibilidade ou verossimilhança”²¹.

Nesse sentido, firmou entendimento a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial 846.455/MS, julgado em 10 de março de 2009, em acórdão da lavra do Ministro Sidnei Beneti. *Ipsis verbis*:

Correspondem os lucros cessantes a tudo aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, ficando condicionado, portanto, a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. A condenação a esse título pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor. No caso, os lucros alegados decorrem de previsões baseadas em suposta rentabilidade de uma atividade que nem mesmo se iniciou. **Assim sendo, não se pode deferir reparação por lucros cessantes se estes, em casos como o dos autos, configuram-se como dano hipotético, sem suporte na realidade em exame, da qual não se pode ter a previsão razoável e objetiva de lucro, aferível a partir de parâmetro anterior e concreto capaz de configurar a potencialidade de lucro**²² (grifou-se).

Mais recentemente, em acórdão de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, ao decidir o Recurso Especial 615.203/MS, julgado em 25 de agosto de 2009, a Quarta Turma da mesma Corte Superior decidiu que “o dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, do qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo”²³.

1.1.2 Perda de uma Chance

²¹ ALVIM, op. cit., pp. 189-190.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 846.455/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 10/03/2009.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 615.203/MS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25/08/2009.

Muito embora a indenização dos lucros cessantes, consoante até aqui afirmado, não exija, para sua comprovação, a certeza do dano sofrido pela vítima, admitindo, como visto, que haja uma probabilidade de ocorrência da vantagem esperada ou verossimilhança, como se refere o Código Civil Alemão, “há ainda casos que aparentemente estão situados em zona limítrofe”²⁴, conforme menciona AGUIAR DIAS.

O autor exemplifica sua afirmação através de uma obrigação que não foi cumprida pelo devedor, mas, assim mesmo, não pode ser enquadrada na categoria de lucros cessantes, apesar de poder parecer à primeira vista. E finaliza que “adotar esse ponto de vista seria um equívoco, porque, se não está ainda no patrimônio do credor o objeto da prestação não cumprida [...] lá não se encontra o direito em virtude do qual essa obrigação devia ser prestada”²⁵.

GONÇALVES traz, como exemplo, uma situação a qual, em virtude de suas peculiaridades, não pode ser enquadrada como espécie de lucros cessantes. No entanto, indiscutível é que, no caso, houve um dano e, em havendo prejuízo, este não pode ficar sem ressarcimento fazendo com que a vítima suporte sozinha suas conseqüências. *Ipsis litteris*:

Se alguém, por exemplo, sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. Mas não poderá cobrar os danos remotos, atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido, se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente. É que esses danos, embora filiados a ato do motorista, acham-se muito distante deste e podem ter outras causas²⁶.

E, após citar este exemplo, o autor complementa, aduzindo: “mas, segundo reconhece o próprio AGOSTINHO ALVIM, a teoria da necessariedade da causa **não tem o condão de resolver todas as dificuldades práticas que surgem**, embora seja a que de modo mais perfeito e mais simples cristalice a teoria do dano direto e imediato, adotada pelo nosso Código”²⁷ (grifou-se).

²⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 719.

²⁵ *Idem*, p. 720.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV, p. 333.

²⁷ *Ibidem*, p. 333.

O problema surge, por exemplo, quando o ofensor priva a vítima de realizar um ganho ou de evitar uma perda. Nessas hipóteses, apesar de ser impossível que se faça prova de que esse ganho se concretizaria não fosse o ato do ofensor retirar as possibilidades da vítima de produzi-lo, indiscutível é que há um dano sofrido pelo ofendido. Este dano se caracteriza pela perda da chance ou oportunidade de realizar a vantagem esperada ou evitar a perda efetivamente ocorrida.

Os MAZEAUD, citados em trecho da lição de PEREIRA, estabelecem, então, algumas hipóteses de vantagens almeçadas que, frustradas, caracterizam esta perda da chance: “ganhar um concurso, realizar um negócio, receber um legado ou herança, celebrar um casamento já projetado, obter uma promoção no emprego, aumentar o médico sua clientela”.²⁸

VENOSA, neste mesmo sentido, traz a seguinte problemática em sua obra:

Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente?”²⁹

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, ao tratarem da responsabilidade civil do advogado, também exemplificam algumas situações de chances perdidas. Segundo os civilistas, “a casuística é infundável: falta de propositura de ação judicial; recurso ou ação rescisória; não-formulação de pedido; omissão na produção de provas; extravio de autos, ausência de contrarrazões ou sustentação oral, falta de defesa etc”.³⁰

Por fim, NORONHA, ao exemplificar casos de chances que foram perdidas, aduz que:

Cabem nesta situação, entre tantos outros, casos como os seguintes: um estudante sofre um acidente, em consequência do qual fica impedido de fazer o vestibular, ou só vai fazê-lo em condições adversas, sem lograr sucesso; um candidato a juiz fica impedido de realizar a última e definitiva prova; um funcionário não pode habilitar-se a uma promoção; a parte perde a ação judicial porque seu advogado não apresentou rol de testemunhas, ou não recorreu a uma sentença desfavorável, mas suscetível de discussão;

²⁸ MAZEAUD e MAZEAUD *apud* PEREIRA, op. cit., p. 41.

²⁹ VENOSA, op. cit., p 28.

³⁰ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p 226.

uma moça estava recém-casada com um médico em início de carreira quando este foi morto, assim se esvaindo as expectativas dela por uma vida venturosa e economicamente bem-sucedida; um órgão público suprime uma licitação obrigatória e impede determinada empresa de participar da concorrência; uma pequena empresa detentora de tecnologia nova e que havia iniciado negociações com uma grande empresa, com vista à conclusão de um contrato que projetaria o nome daquela à escala nacional (razão pela qual até fizera preços inferiores aos que seriam razoáveis), vê tudo gorado devido a manobras fraudulentas de uma concorrente.³¹

Consoante se pode depreender, inúmeras são as situações cotidianas em que alguém vem a sofrer uma frustração de algo que almejava obter. Assim, pode-se citar, como se viu, perda de prazo por advogado; diagnóstico falho ou tratamento inadequado por parte de médico, fazendo com que o paciente perca uma chance de cura ou sobrevivência; extravio de tela enviada para participar de uma exposição de arte, ocorrendo a perda de chance de participar da exposição e ganhar o prêmio destinado ao artista vencedor por parte de pintor; atraso em vôo que ocasiona a perda de possibilidade de participar de concurso; entre tantas outras ocasiões.

Destarte, a citada perda de chance pode ser conceituada como, nas palavras de GONÇALVES, a “interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura”.³²

PETEFFI traz uma completa conceituação da chance perdida. Em suas palavras:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.³³

Desta forma, ante a evolução da responsabilidade civil no sentido de privilegiar a proteção e ressarcimento da vítima em detrimento da punição do ofensor, tornou-se imperiosa

³¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, pp. 669-670.

³² GONÇALVES, op. cit., p 241.

³³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

a criação de uma nova forma de reparação de danos para que essas dificuldades práticas acima mencionadas não ficassem sem proteção jurídica, abrindo-se espaço à denominada Teoria da Perda de uma Chance.

Esta nova espécie de dano, portanto, surgiu para abranger aqueles casos em que alguém restou ofendido em um direito seu de conseguir uma vantagem futura ou de evitar um dano, por um ato de outrem, vendo-se prejudicado, e, no entanto, não tem possibilidade de comprovar, certamente, que concretizaria o resultado almejado, e que, sendo assim, este dano é indenizável e necessita de proteção jurídica.

1.1.3 Distinção essencial

Imperioso destacar, neste ponto, a distinção entre o dano ocasionado pela caracterizada perda de chance e o lucro cessante tendo-se em vista que, muito embora sejam institutos próximos, não se confundem e não podem ser tratados como modalidades idênticas de dano. Isto porque, como espécies diferentes, exigem requisitos de comprovação diferentes e apresentam aspectos também distintos.

Na lição de BOCCHIOLA, cuja obra foi mencionada por SAVI:

De fato, existem características comuns entre o lucro cessante e a chance. Em ambos os casos, ao invés de subtrair da vítima uma importância que esta teria no momento em que o fato danoso se verifica, este impede que a vítima possa adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais. Ou seja, tanto a vítima de lucro cessante como a vítima da perda da chance, terão dificuldades no que tange à prova do dano. Seja no caso de lucro cessante, seja no caso de perda de chance, restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse. [...] **Aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa**³⁴ (grifou-se).

³⁴ BOCCHIOLA, Maurizio apud SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p 14.

PETEFFI, após fazer uma análise dos casos de perda de uma chance em que ocorre a morte da vítima fazendo com que seus dependentes percam a possibilidade de obter uma melhor posição social, faz a diferenciação entre os institutos dos lucros cessantes e da perda de chance, afirmando que “a reparação equivalente à manutenção do salário que a vítima já auferia no momento do acidente que a deixou inválida não necessita do mecanismo da perda de chances, pois a normal quantificação dos lucros cessantes dá conta da resolução do problema”.³⁵

Nos dizeres de BOCCHIOLA, citado na obra de SAVI, o lucro cessante e a perda de chance são espécies bastante diferentes:

Mas, de um ponto de vista teórico, as duas *fattispecies* são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito com uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é por definição indemonstrável.³⁶

Assim, pode-se dizer que, na hipótese de lucros cessantes, a vantagem já estava ocorrendo e a vítima é privada destes lucros que estava obtendo em virtude do dano experimentado pelo ato do ofensor. Esta vantagem deixa de ocorrer. Já no dano por perda de chance, a vítima estava em um processo aleatório que poderia levá-la a perceber alguma vantagem, a qual ainda não se havia concretizado no momento da ocorrência do dano.

Justamente por isso, nesta última hipótese se fala em perda de chance, pois o que a vítima perde é a possibilidade de implementar uma condição, concluindo o processo aleatório no qual se encontrava, e começar a perceber a vantagem que vislumbrava.

Percebe-se, destarte, que a comprovação do dano se dará de forma diversa nos dois casos. Em caso de ocorrência de lucros cessantes, a vítima tentará fazer prova de que percebia aquelas vantagens, para que o magistrado de convença de que, razoavelmente, ela continuaria a percebê-las se o curso normal dos acontecimentos não tivesse sido interrompido pelo fato antijurídico efetivamente ocorrido.

³⁵ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 225.

³⁶ BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, op. cit., p 16.

No caso de chance perdida, a comprovação se torna mais complicada, uma vez que a vítima fará prova de que tinha a chance, a possibilidade de obtenção de um lucro futuro, em seu patrimônio, no momento da ocorrência do ato do infrator, e ela foi perdida.

Sobre o assunto, dispõe BOCCHIOLA que:

No caso de lucros cessantes, o autor deverá fazer prova não do lucro cessante em si considerado, mas dos pressupostos e requisitos necessários para a verificação deste lucro. Já nas hipóteses de perda de uma chance, se permanecerá sempre no campo do desconhecido, pois, em tais casos, o dano final é, por definição, indemonstrável, mesmo sob o aspecto dos pressupostos de natureza constitutiva.³⁷

Muito embora ainda sejam muito confundidos os dois institutos até aqui considerados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias, conforme será demonstrado neste trabalho monográfico, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 17 de setembro de 2008, em acórdão da lavra da Desembargadora Selma Marques, na Apelação Cível n. 1.0024.05.700546-4/001³⁸, a qual, relatando o caso, analisou corretamente o tema ao tratar de um contrato de compra e venda de imóvel celebrado por um particular com uma construtora.

No contrato celebrado, restou acordado entre as partes que a construtora realizaria o financiamento junto à CEF, para pagamento do imóvel, após entregue toda a documentação pelo comprador. Ocorre que este ato não foi realizado pela construtora. Após a morte do comprador do imóvel, a esposa e os filhos ajuizaram ação declaratória contra a construtora ré para que fosse declarado quitado o restante da dívida, tendo em vista que, nos contratos de financiamento realizados com a Caixa Econômica Federal, em ocorrendo a morte do devedor, as parcelas restantes são consideradas quitadas.

Haja vista que não ocorreu a declaração de quitação em virtude de a construtora não ter entregado toda a documentação à CEF, os autores pugnavam pela indenização por perda de uma chance de ter sido emitida essa declaração.

³⁷ BOCCHIOLA, Maurizio *apud* SAVI, op. cit., p. 18.

³⁸ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0024.05.700546-4/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Selma Marques, julgado em 17/09/2008.

Tendo sido a ação julgada improcedente em primeiro grau de jurisdição, os autores interpuseram recurso de apelação, ascendendo os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Nesta oportunidade, a relatora do caso, Desembargadora Selma Marques, discorreu extensivamente sobre o instituto da perda de uma chance, razão pela qual se traz à colação importantes trechos do acórdão prolatado pela Eminente Desembargadora. *Ipsis litteris*:

Pois bem, a perda de uma chance diz respeito a um estágio de latência anterior a determinado evento que se poderia produzir, sendo, contudo, interrompido no curso dos fatos, razão pela qual além do insucesso no resultado que era esperado e se dissipou, tal resultado não é passível de demonstração. Importante salientar também que embora a perda de uma chance guarde características com o lucro cessante com ele não se confunde. **Tanto a vítima lesada no que toca a seus supostos lucros cessantes, quanto aquela da perda de uma chance, encontrarão dificuldade óbvias no que toca à prova do dano, posto que sempre existirá a dúvida a esperança, em princípio, fundada que mantinham, não seria impedida por algum outro acontecimento.** Ou seja, ‘aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa’ (Sérgio Savi. Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance. 2006 p. 14). [...] **Deste modo, em ambos os casos, lucro cessante e perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança.** [...] Demais, o próprio procedimento probatório para que seja satisfeita a pretensão num dos eventos e distinto do outro. Nos lucros cessantes o suposto prejudicado não deverá fazer prova do lucro em si considerado, mas sim dos elementos necessários à sua verificação. Em contrapartida tratando-se da perda de uma chance o resultado nutrido pela parte lesada não é passível de demonstração, permanecendo, portanto, sempre no campo do desconhecido.

Por isso a perda de uma chance jamais poderá ser indenizada como se tratasse de lucros cessantes, ou seja, a grosso modo, aquilo que a parte deixou de ganhar com a realização do evento tal qual nutrido por suas expectativas (grifou-se).

Destarte, muito embora existam características comuns aos institutos perda de chance e lucros cessantes, estes não podem ser tratados como similares, menos ainda como espécie e gênero, respectivamente, pois, como se pode perceber, a modalidade da perda de chance surgiu exatamente para abranger aqueles casos que não poderiam ser amparados com base na categoria dos lucros cessantes.

2.1 Responsabilidade civil por perda de uma chance

2.1.1 Responsabilidade civil

O vocábulo “responsabilidade” vem do latim, do verbo *respondere*, o qual, por sua vez, pode ser traduzido por responsabilizar-se, assegurar ou assumir algo do ato que praticou.

Neste sentido, oportuna a lição de AGUIAR DIAS sobre a noção de responsabilidade: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”³⁹, do que se pode concluir que o respaldo de tal conceituação no meio jurídico se dá de forma que o ato de alguém que cause prejuízo a outrem, obriga o primeiro a repará-lo, ou, ao menos, mitigar suas conseqüências para o ofendido.

Nas palavras de SAVATIER, citado por SILVIO RODRIGUES, a responsabilidade civil vem a ser “a obrigação que podia incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”⁴⁰.

Ampliando um pouco estes conceitos, MARIA HELENA DINIZ define a responsabilidade civil como a “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”⁴¹.

Deste modo, o gênero “responsabilidade” implica, conforme exposto, a análise de uma conduta voluntária a qual acabou por violar um dever jurídico.

Relativamente ao campo da responsabilidade civil, CLAYTON REIS observa que “o ofensor receberá a sanção correspondente, consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas”. E, assim, complementa: “a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar”⁴².

³⁹ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 1.

⁴⁰ RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, p. 6.

⁴¹ DINIZ, op. cit., p. 34.

⁴² REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 78-79.

Baseados em tais pressupostos, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO concluem que, de acordo com estas idéias, “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: *compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva*”⁴³ (grifos no original).

Vem da doutrina de CAVALIERI a complementação de que a responsabilidade civil possui como escopo reparar o dano sofrido pela vítima em virtude da frustração gerada pelo ato causador do dano, fazendo-a retornar, tanto quanto possível, à situação anterior à lesão. *Ipsis verbis*:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão⁴⁴.

Ou seja, em síntese, a responsabilidade civil é o instituto jurídico destinado à proteção daqueles casos em que alguém sofre um dano, uma frustração, por ato de outrem, razão pela qual obriga este último a restabelecer o modo como as coisas se encontravam antes da ocorrência do sinistro tanto quanto possível, para que a vítima não suporte sozinha um prejuízo do qual não foi causadora e nem contribuiu para sua ocorrência.

2.1.2 A mudança de visão da responsabilidade civil moderna: da punição do infrator à reparação do dano sofrido pela vítima

Atualmente, esta preocupação com o retorno ao *status quo ante* vem se tornando cada vez mais forte, sobremaneira no sentido de proporcionar à vítima a mais completa reparação possível dos prejuízos sofridos, fazendo com que as coisas voltem ao estado em que se

⁴³ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 21.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 13.

encontravam antes da ocorrência do dano sem que, para isso, o ofendido tenha de reparar integral ou parcialmente as perdas que sofreu.

Assim, encontrou espaço a idéia de relativização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil, principalmente o dano e o nexo causal, surgindo a denominada socialização dos riscos, buscando justamente o retorno ao *status quo ante* e uma maior proteção da vítima, passando ela a ser o centro da responsabilidade civil, e não mais a punição do ofensor.

De acordo com PETEFFI:

[...] verifica-se uma crescente consciência de que o direito, porque trata com complexos e probabilísticos conflitos dos fenômenos sociais, deve considerar a incerteza como parte integrante das soluções jurídicas. [...] No campo da responsabilidade civil, o novo paradigma solidarista acabou por conceber a reparação de certos danos complexos aos quais não se podia imputar um agente causador. Assim, mesmo os danos causados pela natureza poderiam ser reparados⁴⁵.

Em síntese, oportuna a lição de GOMES, o qual resume a noção de socialização dos riscos e deslocamento de foco da repressão do ato danoso à reparação das perdas sofridas pela vítima: “Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e social”⁴⁶.

Na lição de COUTO DE CASTRO:

Basta apresentar a equação nos seguintes termos: de um lado, o responsável pela conduta sem falha, mas que provocou o dano; de outro lado, o lesado, a vítima que, normalmente, também não terá agido com culpa. Se nenhum dos dois é culpado, é *socialmente mais justo* atribuir o ônus indenizatório àquele que cria o risco (teoria do risco criado) e, outras vezes mais ainda, provoca o risco e daí obtém um proveito (teoria do risco proveito)⁴⁷.

⁴⁵ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 9.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, in Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 293 e 295.

⁴⁷ COUTO DE CASTRO, Guilherme. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33.

Seguindo a atual tendência de se retornar ao *status quo ante*, ou, ao menos, o mais próximo possível dele, através de uma abrangente reparação dos danos sofridos pela vítima, surge um campo fértil para a aplicação da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance.

Conforme assinala SAVI, “a perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização”. E continua: “a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano”⁴⁸.

3.1 A indenizabilidade das chances perdidas

Como visto, a responsabilidade civil moderna vem, cada vez mais, seguindo uma tendência de ampliação de seus conceitos no sentido de abranger todas as possibilidades de reparação dos prejuízos sofridos pela vítima, para que esta não venha a suportá-los sozinha.

No campo da responsabilidade civil clássica, os prejuízos cujas causas se encontravam no terreno do incerto, não podendo ser comprovadas pelo ofendido, eram conseqüentemente suportados integralmente por este, haja vista que eram considerados uma fatalidade.

A citada tendência atual de mudança de foco da responsabilidade civil, passando da punição do ofensor à proteção integral da vítima, dá lugar à aplicação da teoria da perda de chances, uma vez que passa a abranger os casos em que, apesar da impossibilidade de se fazer prova de que o resultado positivo almejado pelo ofendido se concretizaria não fosse o ato do ofensor, há uma certeza de que a vítima teve um prejuízo, ou seja, perdeu a oportunidade de concretização daquele evento almejado, o qual já integrava seu patrimônio no momento da ocorrência do dano. E, assim, esse prejuízo não pode ficar sem reparação.

⁴⁸ SAVI, op. cit., p. 99.

SAVI, assim fundamenta a aplicação de referida teoria no âmbito da Responsabilidade Civil:

Durante muito tempo, o dano decorrente da perda desta oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo foi ignorado pelo Direito. Como não era possível afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, ignorava-se a existência de um dano diverso da perda da vantagem esperada, qual seja, o dano da perda da oportunidade de obter aquela vantagem. Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e das probabilidades, hoje é possível predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que inicialmente parecia entregue à própria sorte, a ponto de poder considera-lo um valor normal, dotado de certa autonomia em relação ao resultado definitivo⁴⁹.

A conceituação mais precisa da perda de uma chance vem da doutrina de PETEFFI, do qual se pode retirar a lição de que “será sempre possível observar, em casos de responsabilidade pela chance perdida, uma ‘aposta’ perdida por parte da vítima. Tal aposta é uma possibilidade de ganho; é a vantagem que a vítima esperava auferir”.⁵⁰

E o autor continua:

Não podemos afirmar que o ato culposo do ofensor foi a causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida, ou se a gestante permaneceria viva, é bastante incerto, cercado de fatores externos múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial e as misteriosas características das enfermidades. Entretanto, não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de ver o seu processo julgado, o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio, e a gestante perdeu a chance de continuar viva, ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É este prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa indenizar.

[...]

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza⁵¹.

⁴⁹ SAVI, op. cit., p. 2.

⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 12.

⁵¹ Ibidem, p. 13.

Neste sentido, pode-se complementar com trecho da lição de SERPA LOPES: “tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance”⁵².

3.1.1 O surgimento e a evolução da teoria da perda de uma chance

3.1.2 O surgimento da teoria e sua evolução na França

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance* para os franceses) passou a ter aplicação, inicialmente, no século XIX, na França, ao serem julgados casos da seara médica pela Corte de Cassação francesa.

“Já no século XIX, precisamente em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento”⁵³, menciona PETEFFI, ressaltando que foi essa a primeira aplicação da perda de chances na jurisprudência francesa.

“Dentro da família romano-germânica, foi o direito francês o sistema mais evoluído no trato da teoria da perda de uma chance”, assevera PETEFFI. E continua:

⁵² SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral**. 7 ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. II, p. 391.

⁵³ PETEFFI DA SILVA, op. cit., pp. 10-11.

[...] a partir do exemplo dado, a atividade criadora dos juízes franceses passou a alargar enormemente o campo de aplicação desse conceito, estendendo-o a variadas noções de responsabilidade civil. Atualmente, a utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos, assim como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva.⁵⁴

“Como exemplos clássicos dos prejuízos atuais têm-se os casos de jogos de azar, como na hipótese do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio, ou os casos de perda de uma chance em matéria contenciosa, como na atitude culposa de um advogado que perde o prazo do recurso de apelação e faz com que seu cliente não tenha chance de ver o seu direito reconhecido na instância superior”⁵⁵, conclui PETEFFI.

Atualmente, a Corte de Cassação francesa “pode ser considerada a mais criativa em relação às possibilidades de utilização da teoria da perda de uma chance”⁵⁶, ressalta o autor. E apresenta o largo espectro de possibilidades de utilização da teoria e que vem sendo objeto de julgamento na jurisprudência francesa.

São os citados casos de chances de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva, a perda de chances pela quebra do dever de informar, chances perdidas de auferir melhor condição social no futuro e de obter alimentos. Todos estes além de vários outros casos julgados em matéria contenciosa e em matéria empresarial.

No que concerne à reparação das chances perdidas em matéria contenciosa na jurisprudência francesa, PETEFFI relembra que “a primeira utilização da noção de perda de uma chance de que se tem notícia foi observada quando da falha de um auxiliar de justiça”⁵⁷, asseverando que a Corte de Cassação francesa se divide em duas correntes com relação a estes casos.

Nas palavras do autor:

Assim, uma posição representada por várias decisões jurisprudenciais determina que uma das condições necessárias para a concessão da reparação é a suficiente probabilidade de procedência da demanda perdida em razão da falha profissional, ou seja, o caráter por demais aleatório da demanda definitivamente perdida pelo erro do

⁵⁴ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 11.

⁵⁵ Ibidem, p. 12.

⁵⁶ Ibidem, p. 155.

⁵⁷ Ibidem, p. 165.

auxiliar de justiça é um entrave à caracterização da certeza necessária ao dano reparável.⁵⁸

No entanto, para a outra corrente jurisprudencial francesa, “a fraqueza da chance apresentada não é motivo suficiente para gerar a improcedência da demanda, mas apenas um baixo valor de indenização”.⁵⁹

KFOURI complementa, com relação à aplicação da teoria da perda de uma chance relativamente à área médica, que a jurisprudência civil francesa “aplica a noção de perda de uma chance de cura ou sobrevivência, modo geral, a todo caso de culpa médica – seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos”.⁶⁰

Para demonstrar como vem se dando esta aplicação, o autor exemplifica:

A Corte de Cassação referendou julgado da Corte de Paris (11 mars 1977). Condenou-se cirurgião que se fez assistir, durante a cirurgia, por outro médico não especialista em anestesia. Durante a indução anestésica, efetuada por este último, a paciente sofreu uma crise de apnéia, seguida de distúrbios cardíacos. Transportada, em coma, ao hospital, a mulher morreu dias mais tarde. A culpa do cirurgião foi reconhecida pelos peritos da Corte de Paris: por falta de diligência, o cirurgião ocasionou a perda de uma chance de sobrevivência à paciente.⁶¹

PETEFFI traz, a título exemplificativo, um julgado datado de 1966, da Corte de Apelação de Paris:

Em 10 de março de 1966, a Corte de Apelação de Paris julgou um caso em que uma mulher, após dar à luz um bebê, foi acometida de forte hemorragia, em função da qual veio a falecer. A Corte entendeu que o médico que tratou a paciente foi negligente por tê-la deixado sem assistência adequada logo após o parto. Porém, não houve condenação integral porque os peritos afirmaram que, mesmo com a terapêutica correta, em torno de 20% das pacientes nesse estado vem a falecer. Deste modo, a Corte decidiu por condenar o médico pela perda de 80% das chances de cura.⁶²

⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 167.

⁵⁹ Ibidem, p 167.

⁶⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

⁶¹ Ibidem, p 109.

⁶² PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 84.

No entanto, apesar de seu surgimento na França e, portanto, do pioneirismo do país no trato do instituto da perda de uma chance, sua utilização não ficou restrita ao ordenamento francês, espalhando-se, inicialmente, por outros países europeus e, atualmente, por outros continentes, conforme se perceberá.

3.1.3 A consolidação da teoria das chances perdidas na Itália

Posteriormente, ante a fervorosa discussão doutrinária francesa e os julgados sobre o tema neste país, a teoria da perda de uma chance passou a ser difundida em outros países europeus. Na Itália, passou a ser discutida, mais precisamente, a partir de 1940, por meio da obra *Diritto Civile Italiano* de Giovanni Pacchioni.

Entre os italianos, a teoria, de início, encontrou alguns entraves. Os primeiros estudiosos, Giovanni Pacchioni e Francesco Donato Busnelli, consideravam que “uma simples possibilidade, uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado”⁶³, ressalta SAVI.

PACCHIONI, por exemplo, ao analisar algumas situações típicas de perda de chance, como um jôquei cujo cavalo não é entregue a tempo de participar de uma competição; um pintor cuja pintura é extraviada por culpa do correio, não podendo participar de uma exposição e, por fim, um advogado que deixa transcorrer o prazo para apelar sem, no entanto, interpor o recurso, fazendo com que o constituinte perca a chance de ver seu pedido ser apreciado em instância superior, concluiu que “em todas essas hipóteses as vítimas [...] teriam sem dúvida razão para se queixar”.⁶⁴

⁶³ SAVI, op. cit., p. 8.

⁶⁴ DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, op. cit., p. 8.

Em que pese admitisse o dano sofrido pelos ofendidos, o autor italiano entendia “ser muito controverso se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que não se poderia falar em um dano certo”.⁶⁵

Já em 1965, o autor italiano Francesco Donato Busnelli passou a analisar o tema, no entanto, mantendo o mesmo posicionamento de Pacchioni. Após analisar um caso típico de perda de chance julgado pelo Tribunal de Apelação de Paris, BUSNELLI enquadrou “a perda de chance como um mero interesse de fato e, portanto, como um dano que não seria indenizável de acordo com o ordenamento jurídico italiano”.⁶⁶

A teoria da perda de uma chance somente passou a ser corretamente estudada e admitida através de Adriano de Cupis, ao publicar, em 1966, obra denominada “*Il Danno: Teoria Generale Della Reponsabilitá Civile*”, o qual “conseguiu visualizar um dano independente do resultado final e, portanto, enquadrar a chance perdida no conceito de dano emergente e não de lucro cessante, como vinha sendo feito pelos autores que o antecederam”⁶⁷, completa o doutrinador SAVI. Assim, o problema da incerteza do dano estava resolvido naquele ordenamento.

De Cupis foi responsável pela fixação de importantes premissas necessárias à admissão da indenizabilidade das chances perdidas, como requisitos para a quantificação das chances perdidas e para sua indenização.

Nesse sentido, importante lição de DE CUPIS, precursor da admissibilidade da teoria na Itália:

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída; de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.⁶⁸

⁶⁵ DE CUPIS, Adriano *apud* SAVI, op. cit., p. 8

⁶⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 11.

BOCCHIOLA, em artigo datado de 1976, foi o grande precursor na adequada compreensão da teoria no ordenamento italiano, trazendo outros importantes conceitos e fixando algumas importantes premissas na aplicação da teoria da perda de uma chance. Vem de sua obra, por exemplo, imprescindíveis conceitos na diferenciação entre o instituto da perda de uma chance e a espécie lucros cessantes da responsabilidade civil geral, os quais já foram abordados mais detalhadamente neste trabalho monográfico (seção 1.1.3).

Entretanto, como esclarece SAVI, “apesar de reconhecer, em tese, a possibilidade de indenizar as chances perdidas, Bocchiola deixa claro que tudo dependerá do caso concreto”. E continua: “após longo trabalho de fixação das premissas e de esclarecimentos dos conceitos, BOCCHIOLA chega à conclusão de que não há qualquer razão [...] que impeça a indenização das chances perdidas na Itália”.⁶⁹

Nos dizeres de SAVI:

Assim como na França, doutrina e jurisprudência italianas passaram a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Passou-se, então, a admitir o valor patrimonial da chance por si só considerada, desde que séria, e a traçar os requisitos para o acolhimento da teoria.⁷⁰

Muito embora todo esse trabalho doutrinário, apenas em 1983 a Corte de Cassação italiana julgou o primeiro caso favoravelmente à indenização da perda de chance. Assim, trecho da lição de SAVI sintetizando as principais premissas doutrinárias utilizadas pela Corte de Cassação italiana na aplicação da responsabilidade civil por perda de chance:

Para tanto, seguindo as premissas fixadas pela Doutrina, inseriu a perda de chance no conceito de dano emergente, passou a exigir (na maioria dos casos) uma probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) como prova da certeza do dano e, por fim, a liquidar o dano, partindo do dano final multiplicado pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado útil impedido pela conduta do ofensor.⁷¹

⁶⁹ SAVI, op. cit., pp. 21-22.

⁷⁰ Ibidem, p. 4.

⁷¹ Ibidem, p. 33.

Atualmente, pode-se afirmar que a jurisprudência italiana fez grandes evoluções no que concerne à reparação das chances perdidas, pois, após acreditar durante anos que, por se tratar de mera expectativa de fato, não seria dano ressarcível, passou a reconhecer e, principalmente, indenizar o dano consubstanciado na chance perdida.

4.1 A aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro

4.1.1 O reconhecimento da perda de uma chance pela doutrina civilista brasileira

Muito embora se comparada à doutrina e jurisprudência estrangeiras, sobretudo europeias, a aplicação da teoria da perda de uma chance ainda seja escassa no Brasil, atualmente o tema vem ganhando considerável atenção por parte dos juristas pátrios, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Justamente pelo fato de eles ainda não terem dedicado especial estudo e atenção, principalmente no que toca à natureza jurídica deste instituto e seus métodos de quantificação, doutrina e jurisprudência brasileiras ainda cometem tantos equívocos na aplicação da perda de chances.

O que se pode afirmar, entretanto, é que, não obstante ainda se esteja distante da larga aplicação da perda de chances ocorrida em países estrangeiros (França, Itália e países da *Common Law*), ela é amplamente aceita no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo na seara médica e relativamente à responsabilização de advogados por perda de prazo.

O primeiro a dissertar algumas linhas sobre a teoria da perda de uma chance dos doutrinadores civilistas pátrios foi AGOSTINHO ALVIM em obra datada de 1948. O autor, após

falar sobre os lucros cessantes, afirma haver “o caso do dano cuja prova seja difícilíssima, ou mesmo, impossível”⁷², referindo-se à aludida teoria.

Assim, apresenta a hipótese de um advogado que, negligentemente, deixa de apresentar recurso de apelação. Após afirmar que a comprovação do prejuízo pelo constituinte, neste caso, seria absolutamente impossível, apresenta a questão de como se faria a prova de que o recurso, acaso interposto tempestivamente pelo advogado, seria provido. Ao que responde:

Com efeito, se ele está inibido de provar a existência direta do dano, tal como o supusemos, outro dano há, resultante da mesma origem o qual se pode provar e é, portanto, indenizável. A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma **chance**, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos. [...] No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficaria reduzido o crédito após a sentença de primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.⁷³ (grifos no original).

Consoante se pode perceber, além de admitir a indenização das chances perdidas, ALVIM supõe que a quantificação da indenização seja feita apreciando-se o grau de probabilidade de provimento do recurso, acaso fosse interposto tempestivamente, penetrando corretamente na questão da quantificação das chances perdidas, o que não ocorre na doutrina brasileira, com raríssimas exceções, como mais adiante se verá.

Ainda na mesma obra, ALVIM continua na defesa da indenizabilidade das chances perdidas, trazendo à colação o caso de “alguém que vai concorrer a um certame, onde apresentará um animal havido como raridade, de modo a candidatar-se a um grande prêmio. Todavia, a pessoa incumbida da sua guarda deixa-o perecer, num acidente que poderia ter evitado”.⁷⁴

⁷² ALVIM, op. cit., p. 190.

⁷³ *Ibidem*, p. 191.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 192.

O doutrinador conclui, então, que, reclamando o dono do animal, pela indenização integral do prêmio ao qual deixou de concorrer, “sua pretensão terá que ser repelida. Tal lucro era hipotético”.⁷⁵

No entanto, segundo ele, uma probabilidade de ganho havia, não podendo ser ignorada. As chances de o animal sair vencedor da corrida, acresciam a ele considerável valor no momento da ocorrência do dano. Assim, depreende que “esse **a mais** que ele valia, entrava como elemento ativo no patrimônio do seu dono. [...] se o que se pede é esse **a mais**, e não o prêmio, não se está no terreno da fantasia e sim do real”⁷⁶ (grifos no original).

Ou seja, o autor já em 1965 defendia a correta distinção entre perda de chance e lucro cessante.

Ainda entre os autores clássicos, AGUIAR DIAS, em obra datada de 1995, dissertando sobre a responsabilidade civil dos advogados, assim como ALVIM, também aceita a responsabilização por perda de chances.

Analisando uma sentença proferida por um magistrado do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, em 1929, fica evidente o posicionamento do autor pelo cabimento da indenização das chances perdidas:

Magistrado bizonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, com votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque esse fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não podia [...].⁷⁷

Após anunciar o caso, AGUIAR DIAS conclui que, por se tratar de desobediência ao que foi reclamado pelo constituinte, o caso de o causídico não interpor recurso, retirando as chances de reforma do constituinte, essa possibilidade dissipada, por si só, já constitui um dano, passível, portanto, de indenização.

⁷⁵ ALVIM, op. cit., pp. 192-193.

⁷⁶ Ibidem, p. 193.

⁷⁷ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 297.

PEREIRA, por sua vez, ao dissertar sobre a necessidade de que o dano seja certo para que possa ser ressarcível e, por conseguinte, o não cabimento de indenização em casos de danos hipotéticos ou eventuais, assevera que “o problema surge, notadamente, quando o demandante, por sua culpa, priva o defendente de realizar um ganho ou evitar uma perda”⁷⁸, demonstrando ser favorável à indenização das chances perdidas.

Segundo o autor, nestes casos de possibilidades de ganho perdidas, “figura-se o fato de uma situação que já é definitiva e que nada modificará; mas por um fato seu o defendente detém o desenvolvimento de uma série de acontecimentos que poderiam oferecer a chance de ganhar ou de perder”.⁷⁹

Após descrever alguns casos citados por doutrinadores franceses como “vencer uma corrida de cavalos, ganhar um concurso, ser vitorioso numa demanda”⁸⁰, conclui que a questão da perda de chance se resume a saber se o prejuízo é certo, aduzindo que “se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia da perda de uma oportunidade (*perte d'une chance*) e puder situar-se na certeza do dano”.⁸¹

Por fim, o civilista pátrio conclui que “o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou”⁸², implicitamente aduzindo não admitir a indenizabilidade da chance perdida quando esta se tratar de dano puramente extrapatrimonial.

NOVAIS DIAS demonstrou pioneirismo ao tratar da responsabilidade civil dos advogados por perda de chance em obra exclusiva sobre o tema datada de 1999. O autor defende a responsabilização profissional do causídico mesmo nas hipóteses em que o sucesso do recurso era improvável, aduzindo que, nestes casos, haverá indenização por dano extrapatrimonial consistente na perda de chance.

Nos seus dizeres, “não se pode negar que, em existindo a previsão legal de recurso, e sendo ele cabível no caso, tem a parte o direito de tentar ver a decisão reformada pela instância superior, quando não alcança na instância inferior aquilo que desejava”.⁸³

⁷⁸ PEREIRA, op. cit., p. 41.

⁷⁹ Ibidem, p. 41.

⁸⁰ Ibidem, p. 41.

⁸¹ Ibidem, p. 42.

⁸² Ibidem, p. 42.

⁸³ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 52.

O autor demonstra acreditar na indenizabilidade do dano extrapatrimonial caracterizado pela chance perdida ao complementar que “nas situações em que o sucesso do recurso é improvável, não se pode cogitar, em decorrência dessa perda do direito [...] de um dano material, já que inócurrenxe nexoe de causalidade entre o dano e a ausência do recurso”. E, por fim, “o dano que se pode cogitar dessa ‘perda do direito de ver a causa julgada na instância superior’, nesses casos de improbabilidade de sucesso do recurso, só pode ser pensado na esfera extrapatrimonial, do chamado dano moral”.⁸⁴

Em 2000, SERPA LOPES passa a tratar do novo instituto e, apesar de fazê-lo de maneira resumida sem tratar profundamente do tema, demonstra sua aceitação do dano consistente na chance perdida como um dano ressarcível. Para o clássico doutrinador brasileiro, desde que se considere se da perda da chance “emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética”, em havendo a certeza do dano, ele será indenizável.

Na mesma linha de admissibilidade da indenização das chances perdidas, mas, desta vez, da indenização das chances perdidas de cura ou sobrevivência, encontra-se MIGUEL KFOURI NETO, o qual dedicou-se, extensivamente, ao tema em obra de sua autoria sobre a responsabilidade civil dos médicos, datada de 2002.

O autor dedica capítulo inteiro de sua obra ao tema, demonstrando ser favorável à indenização das chances perdidas ao aduzir que “o direito tem pois de se bastar com certo grau de probabilidade e normalidade (verossimilhança)”.⁸⁵ Em defesa de sua tese, complementa que:

Entre as hipóteses de dano futuro juridicamente considerado como certo e aquelas em que é meramente eventual ou hipotético (não indenizável), situam-se os casos em que o facto gerador de responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (*chance*) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo [...] ⁸⁶ (grifos no original).

JEOVÁ SANTOS, por sua vez, dissertou em obra de sua autoria sobre dano moral, dedicando um trecho à perda de chance, tratando dela de forma resumida também. O

⁸⁴ SERPA LOPES, op. cit., p. 52.

⁸⁵ KFOURI NETO, op. cit., p. 98.

⁸⁶ Ibidem, p. 98.

autor, apesar de não mencionar o dano da chance perdida quando este se enquadrar na categoria de dano material, não defendendo ser ele indenizável ou não, demonstra ser favorável à indenizabilidade do dano moral consubstanciado na perda de uma possibilidade de ganho.

O único equívoco do autor está em considerar este dano apenas como um dano futuro, dando a entender, ademais, que se trata apenas de um “agregador do *dano moral*”⁸⁷ (grifos no original).

No entanto, o autor dá sua contribuição ao estudo da teoria ao asseverar que “a chance deve ser séria e provável. O sonho de prosperidade, sem que tivesse existido de forma preexistente uma situação fática que pudesse propiciar a expectativa ou aspiração, não é a perda de chance, mas *ens imaginationis*”⁸⁸, além de propor alguns padrões a serem observados na quantificação da chance perdida, os quais serão adiante analisados.

NORONHA, além de mostrar-se favorável à aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, dedica parte de obra sua, datada de 2003, ao estudo do tema, demonstrando conhecimento amplo sobre o assunto.

O autor divide as hipóteses de perda de chance em frustração da chance de obter uma vantagem futura e frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido, propondo uma nova sistemática das chances perdidas.

GONÇALVES, ao tratar da responsabilidade profissional dos médicos e advogados admite a indenizabilidade das chances perdidas nestas duas áreas, ressaltando que o dano provocado pela interrupção do processo em que se encontrava a vítima será ressarcível “quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”.⁸⁹

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO também ao tratar da necessidade de certeza do dano para que possa ser ressarcível, mostram-se favoráveis à teoria, alegando que, na hipótese de perda de uma chance, “temos que analisar se há ou não a *certeza do dano*”.⁹⁰ Na mesma obra, os autores inserem a teoria ao tratar da responsabilidade civil do advogado, demonstrando admitirem a sua aplicação também por perda de prazos.

⁸⁷ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: LTr, 2003, p. 106.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁸⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 242.

⁹⁰ GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 39.

CAVALIERI advoga pela indenização das chances perdidas desde que, portanto, a chance caracterize “um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético”. Na indenizabilidade da perda de chance, segundo o civilista, “tem plena aplicação o princípio da razoabilidade”.⁹¹

VENOSA, de mesmo modo, pode ser citado como doutrinador civilista pátrio favorável à indenizabilidade da perda de chance, enquadrando-a como uma terceira categoria de danos materiais, entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Além de defender a indenização desta espécie de dano, ainda determina que seja reparado o prejuízo integral, pois, segundo ele, “de nada adiante indenizar de forma insignificante ou incompleta”.⁹²

Ainda entre os doutrinadores clássicos, DINIZ demonstra admitir serem ressarcíveis os danos consubstanciados na perda de uma possibilidade de lucro ou de evitar uma perda. No entanto, ela acaba enquadrando, equivocadamente, este dano como se lucro cessante fosse, ao afirmar que o lucro cessante “trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa [...]”.⁹³

Imprescindível, ademais, que se destaque SAVI e PETEFFI, os quais foram responsáveis pelas duas grandes obras brasileiras dedicadas inteiramente ao assunto da perda de uma chance na responsabilidade civil, apresentando aspectos e requisitos da teoria em terras estrangeiras e sua aceitação pelos doutrinadores brasileiros. O primeiro, baseando-se em doutrina italiana, traz os principais critérios e requisitos para aplicação da teoria, finalizando com um estudo da aplicação da teoria na doutrina e jurisprudência pátrias, bem como seu enquadramento em nosso ordenamento jurídico.

PETEFFI, por sua vez, elaborou a obra brasileira mais completa sobre o assunto, baseando-se em doutrina e jurisprudência estrangeiras (francesa e inglesa e norte-americana), apresentando os principais e mais modernos aspectos da teoria, sua natureza jurídica, requisitos de aplicação e aceitação sistemática.

O civilista apresenta novas propostas de quantificação das chances perdidas para o ordenamento pátrio, em virtude, principalmente, dos grandes equívocos cometidos pelos juristas brasileiros na aplicação deste novo instituto, finalizando com valiosas críticas sobre a

⁹¹ CAVALIERI, op. cit., p. 75.

⁹² VENOSA, op. cit., p. 199.

⁹³ DINIZ, op. cit., p. 68.

utilização inadequada da teoria em sede doutrinária e jurisprudencial e a possibilidade de aceitação sistemática do instituto no direito brasileiro.

Por fim, CARVALHO SANTOS e STOCO parecem ser os únicos doutrinadores pátrios a mostrarem-se contrários à indenização das chances perdidas. STOCO, por exemplo, ao tratar de sua aplicação aos casos de responsabilização civil dos advogados, afirma que a aplicação da teoria “exsurge como inaceitável”.⁹⁴

Destarte, pode-se defender a aceitação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro, apesar dos poucos estudos aprofundados realizados por doutrinadores brasileiros acerca do tema e, por conseguinte, dos equívocos ainda cometidos no seu trato, como se verá adiante neste trabalho monográfico.

4.1.2 O reconhecimento da indenizabilidade das chances perdidas na jurisprudência brasileira

Apesar de alguns tribunais pátrios ainda não terem se ocupado da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance, pode-se dizer que o tratamento jurisprudencial atualmente dispensado à matéria “se caracteriza pela ebulição da teoria da perda de uma chance em alguns tribunais brasileiros”, nas palavras de PETEFFI.⁹⁵

Pode-se afirmar que não apenas os magistrados vem reconhecendo a aplicabilidade da teoria nos mais variados contextos, como os advogados já pugnam pela indenização da chance perdida por seu constituinte, também em uma variada gama de situações.

Assim, não só o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual se mostra pioneiro em muitas ocasiões ante os demais tribunais brasileiros, assim o sendo também relativamente à aplicação da responsabilização da perda de chance, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Paraná, Tribunal de Justiça de São Paulo, de Minas

⁹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 512.

⁹⁵ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 194.

Gerais mostram que a teoria vem se tornando cada vez mais presente e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, apesar do escasso número de casos que reconhecem a teoria da perda de uma chance, pode-se citar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça de Goiás, do Distrito Federal, os quais, apesar da escassa aplicação, também já demonstraram o acolhimento da teoria.

Com muita propriedade, o Superior Tribunal de Justiça, além de se mostrar inteiramente favorável à aplicação da teoria no ordenamento jurídico pátrio, também vem dispensando um tratamento crescente à matéria e demonstrando um aprofundamento no estudo de suas principais características, o qual será visto com mais particularidade adiante.

Deste modo, a teoria vem sendo aplicada na esfera da responsabilidade civil dos advogados, dos médicos, em casos de perda de chance de realizar concurso, perda de chance de realização de negócios como venda de imóveis, perda da possibilidade de conseguir um novo emprego, entre inúmeras outras situações.

Por óbvio, como afirmou PETEFFI, “mesmo avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aplicação geral e irrestrita, por parte da jurisprudência brasileira”⁹⁶, devido ao fato de, como afirmado acima, muitos tribunais demonstrarem falta de conhecimento acerca da existência da matéria.

O julgado pioneiro a referir-se à teoria francesa, no ordenamento jurídico brasileiro, foi a Apelação Cível n. 589069996⁹⁷ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatada pelo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, e datada de 12 de junho de 1990.

O caso referia-se a uma ação de indenização por danos decorrentes de falha médica em uma cirurgia para correção de miopia. Da cirurgia, resultou hipermetropia e cicatrizes nos olhos do requerente. Apesar de, no caso, não ser reconhecida a perda de uma chance, pois o Tribunal entendeu que existia causalidade entre o dano final e a ação médica, o acórdão tratou da existência do instituto de forma pioneira na jurisprudência brasileira.

⁹⁶ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p 195.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 589069996, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990.

No mesmo ano, em 29 de outubro, a mais alta Corte em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, referiu-se à perda de chance pela primeira vez, ao analisar o Agravo Regimental n. 4364/SP.⁹⁸

Tratava-se de um caso de indenização pela chance perdida de vencer uma licitação pública, movida por uma distribuidora de combustíveis, a qual alegava que a autorização para a instalação de postos de abastecimento ao longo de uma rodovia pública deveria ser precedida de licitação. Não ocorrendo o certame, sustentava sua perda de chance com relação aos lucros que poderia auferir com os postos de combustíveis.

O relator, Ministro Ilmar Galvão, admitindo o valor econômico da chance perdida, demonstra sua aceitação pela indenizabilidade desta espécie de dano. Em suas palavras:

Como se sabe, não são raras as cessões de direito de ação, o que demonstra que se trata de mera chance com valor econômico. Frustrada a chance de vencer, por culpa do advogado, **é inegável que remanesce um direito de ressarcimento**, que se restringe, entretanto, ao simples valor pago pela cessão, e não pelo resultado da causa (grifo nosso).

Em 29 de agosto de 1991, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível n. 591064837⁹⁹, de relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, conferiu indenização por perda de chance pela primeira vez no ordenamento brasileiro.

Tratava-se de um caso clássico de perda de chance, de responsabilidade profissional de advogado por extravio de autos relativos a pedido de pensão em face do INSS. O requerente reclamava por indenização em desfavor do mandatário negligente por dano decorrente do fato de não ter ele restaurado os autos do processo que haviam sido extraviados, sequer dando ciência ao seu constituinte da ocorrência deste fato, situação que se manteve por doze anos, não tendo o advogado tomado qualquer providência durante todo este período.

Assim, o Eminentíssimo Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em análise dos fatos, concluiu que o cliente havia perdido uma possibilidade de ver sua pretensão apreciada

⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental n. 4364/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 29/10/1990.

⁹⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 591064837, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29/08/1991.

pelo órgão judiciário. Admitindo o Tribunal, desta forma, a indenizabilidade das chances perdidas, o acórdão foi ementado da seguinte forma:

Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato a sua cliente e nem trata de restaurá-los, devendo indenizar o mandante pela perda da chance.

O apelo foi provido, ao final, atentando ao fato de que “o dano corresponde apenas à perda da chance”.

Atualmente, como já aduzido acima, a teoria da perda de uma chance vem tendo crescente aplicabilidade e reconhecimento por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras. Grande parte das Cortes demonstram interesse pelo assunto, concedendo indenizações por chances perdidas nas mais variadas ocasiões.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, por terem se mostrado pioneiros na aplicação do novo instituto da responsabilidade civil, vem trabalhando o assunto com mais propriedade, conforme se poderá perceber na análise dos julgados dos Tribunais pátrios, apesar de ainda incorrerem em erro em algumas situações.

. No entanto, a indenizabilidade das chances perdidas está sendo admitida por todos os que se referem ao instituto, independentemente de maior aprofundamento sobre a questão e dos equívocos cometidos.

Em decisão recentíssima, por exemplo, a 9ª Câmara Cível do tribunal gaúcho, no julgamento da Apelação Cível n. 70030588370¹⁰⁰, de relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, concedeu indenização por perda de chance de preservação da visão.

Tratava-se de pedido de indenização por danos materiais e morais formulado por menor e sua genitora em virtude de erro médico na forma omissiva ocasionado pelo fato de não ter sido providenciado exame oftalmológico no primeiro autor, recém nascido prematuro, o qual se inseria entre aqueles com maior incidência de uma doença chamada retinopatia da prematuridade, cuja possibilidade de tratamento, com resultados satisfatórios, está ligada ao

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70030588370, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 02/09/2009.

tempo do diagnóstico em sua fase inicial e a implementação do tratamento necessário, o qual, se não inibe algum defeito visual, pode impedir que se instale a cegueira, como consequência de um descolamento total da retina.

No caso em epígrafe, o menor teve perda total de visão aos três meses de idade em virtude da demora no atendimento e na realização dos exames necessários, além da omissão por parte do hospital recorrido, o qual não dispunha do equipamento para tal procedimento. Os autores pugnavam, portanto, por indenização pela chance perdida de tratamento curativo ou, no mínimo, mitigador, com a conseqüente preservação da visão do menor, o que poderia ter acontecido caso houvesse sido realizado a tempo o exame oftalmológico inicial e a cirurgia necessária na retina do recém-nascido. Alegavam desídia por parte do hospital demandado.

O relator, no acórdão prolatado, demonstrou conhecimento acerca da teoria da perda de uma chance, e aceitação da indenizabilidade do dano dela decorrente, bem como fez uma correta diferenciação entre os institutos da perda de chance e dos lucros cessantes. Neste norte, importante colação de trecho do voto proferido:

Perfeitamente aplicável, portanto, a teoria da perda de uma chance, que surge na doutrina da responsabilidade civil justamente para determinar a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar um nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso. [...]E assim menciona para justificar a inserção da indenização por perda de uma chance como danos emergentes, e não lucros cessantes, pois nestes se têm a certeza do dano, ou do resultado, e na chance se têm a probabilidade, já que a demonstração do resultado efetivo que se obteria com a conduta imputada é indemonstrável. [...]Típico caso, pois de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a cegueira, ou perda da visão, mas sim a perda da oportunidade de cura. [...]tenho que a proporcionalidade das probabilidades não inibe a indenização também por danos materiais, sob pena de se sobrepujar a qualificação de dano emergente, transformando a indenização pela perda da chance em mero agregador da quantificação dos danos morais.

Outrossim, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao analisar o Agravo Interno na Apelação Cível n. 63286/08¹⁰¹, de relatoria do Desembargador

¹⁰¹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo Interno na Apelação Cível n. 63286/08, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, julgado em 14/01/2009.

Alexandre Freitas Câmara analisou a teoria e seus requisitos de aplicação, conferindo-lhe caráter de dano ressarcível.

O caso tratava-se de agravo interno contra decisão monocrática que havia negado provimento ao recurso interposto por empresa de transporte coletivo em face de sentença que a havia condenado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em virtude de acidente ocorrido, dentro de coletivo seu, com o agravado, o que ocasionou a perda de chance por parte do último de ser aprovado em concurso público para Inspetor de Segurança Penitenciária, realizado através de prova de capacitação física.

O relator, Desembargador Alexandre Câmara, confirmou a sentença proferida em juízo de primeiro grau, condenando a agravante ao pagamento por danos materiais decorrentes da perda de chance, por parte do agravado, de ser aprovado em concurso público, uma vez que, em virtude do acidente ocorrido no interior de veículo da agravante, teve fraturas que o impossibilitaram de participar, posteriormente, da prova de capacidade física.

Por sua importância e contribuição no estudo da teoria, principalmente no que concerne à sua diferenciação do instituto do lucro cessante, traz-se à colação excertos do acórdão prolatado do tribunal de justiça carioca:

Melhor sorte não merece o agravante ao sustentar que houve exagero na consideração da perda de uma chance, diante da impossibilidade de se saber se o agravado seria ou não classificado no concurso público, pois, como ensina Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª edição, Editora Atlas S.A., pág. 75, a teoria da perda de uma chance se pauta num juízo de probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda, devendo se verificar, em cada caso, se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória, restando configurada a primeira hipótese na questão em apreço, **eis que o apelado possuía uma chance séria e real de ser aprovado, caso se submetesse à avaliação física, sendo ainda certo que se fosse considerado, como dito nas razões recursais, que o agravado seria aprovado, o valor da condenação deveria ser majorado para abranger toda a remuneração que o autor deixou de perceber, o que não ocorreu na hipótese versada.** [...] É preciso observar que o dano material de que aqui se cogita, não se traduz em lucros cessantes, mas no dano decorrente da perda de uma chance. Assim, deve-se considerar que o prejuízo aconteceu no momento em que o apelado perdeu a chance de concorrer (grifei).

No mesmo norte, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná conferiu indenização por chance perdida no julgamento da Apelação Cível n. 0471982-0¹⁰², de relatoria do Desembargador Rogério Ribas, a qual tratava de pedido de ressarcimento de danos materiais e morais, em virtude do extravio de obra de arte no transporte para um evento cultural.

No referido caso, o requerente ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra a empresa transportadora, reclamando ressarcimento não só pelo valor do contrato realizado com esta, remessa e embalagem, mas também quanto aos insumos gastos para a confecção da obra de arte. Houve a condenação da empresa transportadora no juízo monocrático, ao que esta apelou, ascendendo os autos ao Tribunal de Justiça do Paraná.

A Corte paranaense, em julgamento, confirmou a sentença de primeiro grau, mantendo a condenação da transportadora, por entender que, ainda que recuperado o bem transportado, restara comprovada sua imprestabilidade por não ter chegado ao destino a tempo, sendo devida indenização pelo valor gasto com sua confecção e não só com o que foi gasto com o transporte.

O Tribunal de Justiça paranaense convenceu-se, ainda, de que, havendo probabilidade de o autor findar o concurso entre os três melhores trabalhos, caracterizada estava a necessidade de indenização por perda de uma chance de lograr êxito no referido concurso.

Este entendimento é perfeitamente demonstrado, conforme se pode depreender de trecho retirado do acórdão prolatado pela referida Corte, por meio do Eminentíssimo Desembargador Rogério Ribas:

[...]CONTRATO DE TRANSPORTE. OBRAS DE ARTE QUE DEIXARAM DE CHEGAR A TEMPO DE CONCORRER A PRÊMIOS EM MOSTRA CULTURAL. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE REALIZADORA DO EVENTO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL SOMENTE DA EMPRESA TRANSPORTADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA NÃO SÓ PELO VALOR DO CONTRATO (REMESSA E EMBALAGEM), MAS TAMBÉM QUANTO AOS INSUMOS GASTOS PARA CONFECÇÃO DA OBRA DE ARTE. CONCURSO QUE EXIGIA OBRA INÉDITA. IMPRESTABILIDADE DESTA APÓS A OCORRÊNCIA DA MOSTRA. INDENIZAÇÃO AINDA PELA "PERDA DE UMA CHANCE". DOUTRINA DA "PERTE D'UNE CHANCE". ACOLHIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUTOR COM PROBABILIDADE EFETIVA DE FINDAR O CONCURSO ENTRE OS TRÊS MELHORES TRABALHOS. INDENIZAÇÃO CALCULADA DE ACORDO COM A CHANCE MATEMÁTICA DE ÊXITO. [...]Há casos, contudo, em que, em razão de um ato ilícito ou quebra de

¹⁰² PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0471982-0, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Ribas, julgado em 18/11/2008.

contrato (como no presente caso) alguém fica privado da oportunidade de obter determinada vantagem. Isso é que dá ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance. Em suma, por muito tempo o Direito Brasileiro ignorou esta modalidade de responsabilidade civil, ao argumento de que o fato incorrente não é certo e, portanto, não gera direito à reparação. Algo que não mais prospera diante da nova Jurisprudência pátria [...]. É dizer: mesmo incerta, a perda de uma chance comporta juízo de probabilidade que alguém tem de obter um lucro, ou ainda, de evitar um prejuízo. Assim, passa-se, acertadamente, a entender que não se cogita de indenizar o valor patrimonial total da chance perdida (com quer o autor), mas sim a possibilidade/probabilidade de obtenção do resultado esperado. A natureza jurídica, portanto, de tal indenização, é de dano material emergente, devendo ter o quantum fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado, e sobre este devendo incidir uma redução proporcional às probabilidades matemáticas de obtenção do resultado final lucrativo. Destarte, não se exige, por óbvio, prova do dano efetivo (certeza de que teria o lucro), mas apenas da probabilidade da sua ocorrência.

O entendimento da admissibilidade da indenização do dano consubstanciado na perda de chance de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo restou confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode depreender acima. Atualmente, a utilização da teoria por esta Corte vem sendo intensificada, o que resulta em uma compreensão adequada dos mais variados aspectos do instituto e na sua conseqüente aplicação às mais variadas situações.

O mais conhecido caso de aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, foi o Recurso Especial n. 788.459/BA¹⁰³, julgado em 8 de novembro de 2005 e relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, o conhecido caso do Programa “Show do Milhão”. Tal recurso se caracterizou, ainda, pela adequada utilização da teoria em seus mais variados aspectos.

Referido programa de televisão, apresentado por Sílvio Santos e veiculado pela rede Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), tratava-se de um concurso de perguntas e respostas sobre conhecimentos gerais em que, a cada pergunta corretamente respondida, o participante ia dobrando o valor de seu prêmio, em barras de ouro, chegando, ao final, a receber um milhão de reais.

O participante que chegasse à penúltima pergunta e a respondesse de forma correta, acumulava um prêmio de quinhentos mil reais em barras de ouro. Neste momento, restando responder apenas a última questão, denominada “pergunta do milhão”, o apresentador

¹⁰³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 788.459/BA, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.

do programa Sílvio Santos lia a pergunta e, após esta leitura, dava ao concorrente alguns segundos para que escolhesse entre respondê-la ou não.

Caso optasse por responder a questão e o fizesse corretamente, o participante levava para casa o prêmio total de um milhão de reais; escolhendo a opção incorreta, perdia, inclusive os quinhentos mil reais acumulados até então, lhe restando somente um valor simbólico de trezentos reais. De outro modo, optando por não responder a “pergunta do milhão”, o participante recebia os quinhentos mil reais acumulados ao longo de sua participação no programa.

No caso em questão, a autora da ação indenizatória alegava ter participado do programa “Show do Milhão” no dia 8 de novembro de 2000, respondendo, de forma correta, todas as questões formuladas até a penúltima, acumulando um prêmio de quinhentos mil reais, quando lhe foi apresentada a última pergunta.

Referida pergunta colocava a questão de qual a percentagem do território brasileiro é destinada aos indígenas, segundo a Carta Magna.¹⁰⁴ De acordo com a autora, tal pergunta não possui resposta, já que a Constituição Federal não destina qualquer percentual do território brasileiro aos índios, tendo sido dela subtraída a possibilidade de responder corretamente a última questão e ganhar o prêmio de um milhão de reais em barras de ouro.

O magistrado de primeiro grau, concluindo que a autora realmente foi impossibilitada de responder a pergunta erroneamente formulada, cuja resposta inexistia na Constituição Federal, julgou procedente o pedido de danos materiais formulados, rejeitando, somente, o pedido de danos morais, concedendo à requerente uma indenização no valor de quinhentos mil reais, que ela poderia perceber caso houvesse sido corretamente formulada a questão.

Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação, ascendendo os autos ao Tribunal de Justiça da Bahia, ocasião na qual foi negado provimento ao apelo e integralmente mantida a sentença proferida no juízo singular.

Inconformada, novamente, com a decisão exarada pela Corte baiana, a ré interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, sob fundamento de violação ao art.

¹⁰⁴ A “pergunta do milhão” foi formulada da seguinte maneira: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?”. E como respostas, dava as seguintes alternativas: 22% (vinte e dois por cento), 2% (dois por cento), 4% (quatro por cento) ou 10 % (dez por cento).

1059 do Código Civil brasileiro de 1916, aduzindo que foi retirada da autora a chance de responder corretamente à questão formulada, não sendo, no entanto, devida indenização no valor arbitrado de quinhentos mil reais. O montante correto, segundo a requerida, seria de 25% (vinte e cinco por cento), uma vez que, para a questão, havia quatro alternativas de resposta.

O Ministro relator Fernando Gonçalves, analisando as razões do recurso especial, entendeu ser o caso de aplicação da teoria francesa da perda de uma chance, reduzindo o *quantum debeatur* nos termos requeridos pela ré, baseando-se no percentual de chances que entendeu teria a autora de acertar a última pergunta.

É o que se pode depreender da análise de excerto do acórdão proferido pela Corte Superior:

Nestas circunstâncias, firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta “irrespondível”, não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso, a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente haja deixado de lucrar [...]. 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 foi surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido o 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”. Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais). 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. 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 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 probabilidades de êxito da recorrida.

Em decisão recente, a mais alta Corte em matéria infraconstitucional, ao julgar o Recurso Especial n. 1.079.185/MG¹⁰⁵, de relatoria da Ministra Nancy Adrighi, responsabilizou advogado por perda de prazo pra interposição de apelação, conforme se pode verificar de fragmento da ementa:

Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de ‘uma simples esperança subjetiva’, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

Pode-se concluir, portanto, da análise dos julgados colacionados, que a teoria da chance perdida vem sendo amplamente aceita no Brasil, não só doutrinária como jurisprudencialmente, a começar pela Corte máxima em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, que não só lhe vem concedendo ampla aceitação, como a vem aplicando corretamente nos seus mais variados aspectos e em uma variada gama de situações.

4.1.3 A possibilidade de aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro

A admissibilidade da indenização dos danos consubstanciados na perda de uma chance de obter um resultado favorável ou de evitar um prejuízo encontrou ampla aceitação no ordenamento jurídico francês, onde surgiu, em virtude da alargada conceituação do pressuposto “dano” da responsabilidade civil, “abarcando em sua vasta amplitude todas as espécies de danos, dentre os quais o dano da perda de uma chance”¹⁰⁶, conforme assevera SAVI.

¹⁰⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185/MG, Terceira Turma, Relator. Min. Nancy Adrighi, Brasília, julgado em 11/11/2008.

¹⁰⁶ SAVI, op. cit., p. 83.

Ainda nas palavras do autor, “é importante anotar que, assim como nos Códigos Civis Francês e Italiano, o Código Civil Brasileiro também utilizou um conceito amplo de dano, sem delimitar quais seriam as espécies de danos abarcados pelo conceito”.¹⁰⁷

Ocorre que o Código Civil Brasileiro contém, no seu art. 186¹⁰⁸, uma cláusula geral de responsabilidade civil que considera ato ilícito todo aquele praticado mediante ação ou omissão voluntária, por negligência, imprudência ou imperícia, que cause um prejuízo a outrem, ou seja, traz um amplo conceito de dano, sem delimitações ou restrições, na mesma esteira do Código Civil Francês.

Em complemento, o art. 927 apresenta uma vasta possibilidade de reparação dos danos injustos, impondo àquele que cometa o ato ilícito disciplinado no art. 186 do mesmo diploma civil que o repare, igualmente sem restrições de qualquer espécie.

Neste norte, o que se poderia apresentar como empecilho à indenizabilidade do dano da perda de chance seria a necessidade de certeza do dano sofrido pela vítima, imposta tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias. Na lição de GONÇALVES, “o requisito da ‘certeza’ do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar”.¹⁰⁹

VENOSA, no mesmo sentido, ao tratar da conceituação da expressão “dano injusto”, trazida pelo Código Civil brasileiro no citado art. 927¹¹⁰, aduz que “trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente”. Ao que complementa: “o dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizável, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.¹¹¹

Ao tratar do interesse violado com o ato ilícito, PEREIRA explica que “a questão única a apreciar é se esta situação ou interesse tinham uma estabilidade ou promessa de

¹⁰⁷ SAVI, op. cit., p. 84.

¹⁰⁸ O art. 186 do CC assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁰⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 339.

¹¹⁰ O art. 927 do CC assim dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹¹¹ VENOSA, op. cit., p. 28.

duração suficiente para que o prejuízo, mesmo na ausência de um direito, possa ser considerado como suficientemente certo”.¹¹²

Essa necessidade de certeza do dano provocado encontra sustentação legal nos arts. 402 e 403¹¹³ do diploma civilista brasileiro, haja vista que emana deste primeiro dispositivo o consagrado princípio da reparação integral dos danos, através do ressarcimento daquilo que a vítima efetivamente perdeu e, também, daquilo que ela deixou de ganhar em virtude do fato antijurídico ocorrido.

ALESSANDRA PINORI, citada por SAVI, disserta a respeito deste princípio:

Trata-se de um princípio implícito extraído pelos intérpretes por intermédio de um procedimento argumentativo que, partindo da previsão legislativa destinada a descrever de modo exauriente as duas principais espécies de dano, atribui ao legislador a intenção de assegurar uma cobertura integral dos prejuízos patrimoniais.¹¹⁴

SAVI complementa o entendimento: “este princípio tem a importante função de garantir seja estabelecido o equilíbrio entre o dano e a reparação, como forma de assegurar, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*”.¹¹⁵

O art. 403, por sua vez, requisita somente que haja liame causal entre as perdas e danos e o ato do ofensor, ao que PETEFFI leciona: “vale lembrar que o art. 403 também lança os alicerces para a teoria da causalidade no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que o estudo da certeza do dano perpassa, inexoravelmente, pela análise do nexo causal”.¹¹⁶

Diante do texto dos citados dispositivos legais, SAVI, ao interpretá-los, afirma: “uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance”.¹¹⁷

¹¹² PEREIRA, op. cit., p. 38.

¹¹³ O art. 403 do CC assim dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

¹¹⁴ PINORI, Alessandra *apud* SAVI, op. cit., p. 87.

¹¹⁵ SAVI, op. cit., p. 87.

¹¹⁶ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 232.

¹¹⁷ SAVI, op. cit., p. 86.

Em assim sendo, desde que a chance perdida se apresente como séria e real, ou seja, como um dano certo, e esteja direta e imediatamente ligada ao ato ilícito praticado pelo infrator, não há qualquer restrição no ordenamento jurídico brasileiro que a impeça de ser indenizada. Essa conclusão pode ser retirada de trecho da obra de PETEFFI, segundo o qual:

Atualmente, uma simples chance possui um valor pecuniário, assim como a perda desta mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial. [...] também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexo de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda da chance. [...] a aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance.¹¹⁸

Em assim sendo, somado ao fato de que a chance perdida, consoante já consolidado em muitos ordenamentos estrangeiros, apresenta-se como um dano ressarcível e passível de comprovação, não havendo óbice no ordenamento jurídico brasileiro que a impeça de ser indenizada, sua aplicação em solo brasileiro só vem a acrescentar e abrir novos horizontes no trato da responsabilidade civil em geral.

¹¹⁸ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 233.

2. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE CHANCE: METODOLOGIA DE QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

1.1 Natureza jurídica da perda de chance

Como visto até este momento, o desenvolvimento da teoria da perda de uma chance já se encontra bastante avançado no direito francês e italiano, bem como nos ordenamentos integrantes da *Common Law*. No entanto, “quanto ao direito brasileiro, a situação é bastante distinta, pois o tratamento sistemático da matéria é recente”¹¹⁹, como assevera PETEFFI.

Em virtude do fato de que os doutrinadores pátrios que já apresentaram algum estudo referente à perda de uma chance não o fizeram a fundo, com algumas exceções, ainda não houve, no Brasil, uma sistematização quanto às principais questões que envolvem a perda de chance, como, por exemplo, a natureza jurídica do instituto.

No ordenamento brasileiro, a fixação de sua natureza jurídica está restrita à obra de PETEFFI, o qual realizou um aprofundado estudo sobre o tratamento da matéria nos ordenamentos mais avançados no assunto, em especial os integrantes da *Common Law*.

Nestes ordenamentos, em virtude do avançado aprofundamento sobre o instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, há grandes discussões e, portanto, opiniões diversas sobre sua natureza jurídica e os atuais conceitos de dano e nexo causal.

Conforme ressalta PETEFFI, “sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, existem diversas correntes antagônicas, algumas acreditando ser uma concepção menos ortodoxa do nexo causal o seu verdadeiro fundamento [...]. Em sentido oposto, encontramos as teorias que tem como base uma ampliação do conceito de dano”¹²⁰.

Neste sentido, portanto, convém ressaltar que a doutrina majoritária traça a natureza jurídica dúplice das espécies de chances perdidas, ora as tratando como modalidade de

¹¹⁹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 14.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 17.

dano autônomo, ora como espécie de causalidade parcial do dano final, como costuma acontecer nos casos de perda de chance na seara médica.

Acrescente-se, neste aspecto, a existência de uma corrente minoritária, capitaneada por JOSEPH KING JR., a qual defende, em síntese, que a utilização da causalidade parcial no campo médico não se faz necessária, haja vista que “nas hipóteses em que o processo aleatório chegou ao seu resultado derradeiro, também é possível o isolamento de um prejuízo independente do dano final”.¹²¹

Ou seja, para esta corrente, em todas as situações, as chances perdidas somente podem ser consideradas sob a perspectiva de autonomia com relação ao dano final, não havendo necessidade de mitigação do nexos causal.

Nos dizeres de PETEFFI, “Joseph King Jr. vislumbra as chances perdidas pela vítima como um dano autônomo e perfeitamente reparável, sendo despcienda qualquer utilização alternativa do nexos de causalidade”.¹²²

O autor norte-americano defende sua posição aduzindo que os tribunais erram ao não reconhecer o dano da perda de chance, por si só, como um dano reparável e independente do dano final, utilizando-se do conceito de causalidade parcial, pois, assim, “algo que é visceralmente probabilístico passa a ser encarado como certeza ou como impossibilidade absoluta”¹²³, resume PETEFFI.

1.1.1 O dano ocasionado pela perda de chance como dano autônomo do dano final

Conforme anteriormente analisado, a responsabilidade civil moderna, no intuito de acompanhar as mudanças da sociedade, propiciando uma maior proteção à vítima de danos, sobremaneira tendo em vista sua condição já fragilizada no atual cenário social, afastou-se da

¹²¹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 105.

¹²² *Ibidem*, p. 77.

¹²³ *Ibidem*, p. 77.

análise da culpa do ofensor, mudando seu foco para a reparação efetiva dos prejuízos suportados pelo ofendido.

Assim, consoante doutrina de PETEFFI, “a mudança de paradigma na seara da responsabilidade civil não poderia deixar de influenciar e ampliar, de forma profunda e significativa, o conceito de dano reparável”.¹²⁴

NANCY LEVIT, citada por PETEFFI, acrescenta que “nos últimos 100 anos, vislumbrou-se um avanço no sentido de abandonar a reparação circunscrita a danos diretos e tangíveis e de evoluir para um conceito mais amplo de dano reparável que abarcasse os danos intangíveis e as meras expectativas”.¹²⁵

Neste sentido, um espaço foi aberto no campo da responsabilidade civil para a reparação daqueles danos que, apesar de não atingirem diretamente o patrimônio de alguém, possuindo causas emocionais e, portanto, incalculáveis economicamente, causassem algum prejuízo a outrem. Como exemplo desses danos, pode-se citar a perda de chance de conseguir alguma vantagem ou evitar um dano, caracterizando o surgimento da responsabilidade civil por perda de chance.

SAVI, ocupando-se do estudo das chances perdidas no ordenamento jurídico italiano, comenta que “a sistematização da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no ordenamento jurídico italiano é atribuída à evolução dos conceitos de responsabilidade civil, de dano injusto e da conseqüente obrigação indenizatória”.¹²⁶

NORONHA corrobora estes argumentos, afirmando que “a possibilidade de reparação de danos relativos à perda de chances, de natureza um tanto aleatória, é um dos aspectos em que se revela o fenômeno contemporâneo da expansão dos danos suscetíveis de reparação”.¹²⁷

Ao que o autor conceitua o dano da perda de chance:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando

¹²⁴ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 6.

¹²⁵ LEVIT, Nancy *apud* PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 9.

¹²⁶ SAVI, op. cit., p. 12.

¹²⁷ NORONHA, op. cit., p. 667.

se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída.¹²⁸

SAVI, por sua vez, acrescenta que “a premissa estabelecida é a de que a chance no momento de sua perda tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável”. E continua: “É, portanto, o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade”.¹²⁹

Ao tratar da corrente doutrinária que enquadra a perda de chance na categoria de dano autônomo do dano final, PETEFFI aduz que “a simples interrupção do processo aleatório no qual se encontrava a vítima é suficiente para caracterizar um dano reparável: a perda de uma chance. As chances perdidas seriam passíveis de aferição pecuniária, exatamente como ocorreria com o roubo de um bilhete de loteria antes do resultado do sorteio”.¹³⁰

Essa conceituação de dano autônomo vem bem ressaltada na doutrina de NORONHA, conforme se pode depreender de trecho em que o civilista afirma que “esse dano da perda de chance contrapõe-se a um *dano final* que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto”¹³¹ (grifos no original).

Com base nestes argumentos, percebe-se claramente que, para a teoria clássica da perda de chances, essa chance perdida é um bem integrante do patrimônio da vítima no momento da ocorrência do dano, independente, portanto, do resultado do processo aleatório para que reste caracterizada. Assim, o dano da perda de uma chance, nessa concepção, é tratado como dano autônomo e independente do dano final, afinal uma chance de concluir o processo aleatório e concretizar o resultado almejado foi perdida.

Nas palavras de AGUIAR DIAS, “o que é significativo é que a chance perdida tem algum valor, do qual a vítima se privou”.¹³²

Tratando, ainda, da perda de chance como dano autônomo do dano final, conclui PETEFFI:

¹²⁸ NORONHA, op. cit., p. 665.

¹²⁹ SAVI, op. cit., p. 23.

¹³⁰ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 76.

¹³¹ NORONHA, op. cit., p. 667.

¹³² AGUIAR DIAS, op. cit., p. 42.

Nesses casos, a chance pode ser isolada como uma propriedade anterior da vítima, que está incluída no seu patrimônio e se encontra totalmente independente do dano final. Aqui o fato do ofensor impossibilita totalmente a ‘aposta’, isto é, retira a álea própria da vantagem esperada. O processo aleatório é interrompido antes de chegar ao seu fim. Deste modo, resta absoluta a relação causal entre o fato danoso e a perda das chances, caracterizando essas chances como um dano específico distinto do dano final.¹³³

Percebe-se, ademais, que a doutrina civilista brasileira, apesar de não tratar da natureza jurídica das chances perdidas, dedicando, em sua grande maioria, um tratamento superficial à matéria, acabou se filiando à teoria clássica e dando autonomia à chance perdida relativamente ao dano final. Este entendimento resta muito claro na doutrina de KFOURI NETO, quando o autor ressalta que “a *perda de uma chance*, no domínio médico, atinge a *causalidade*, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao *prejuízo*”¹³⁴ (grifos no original).

1.1.2 O dano da perda de chance como relativização do nexos causal: a causalidade parcial

Verificou-se na seção anterior que a corrente adepta da teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance, seguida pelos doutrinadores civilistas pátrios, encara a chance perdida como um dano autônomo, independente do dano final que seria a perda do próprio resultado almejado pela vítima. Neste sentido, o dano da perda da chance possui um valor próprio e distinto do dano final.

Neste sentido, de acordo com a teoria clássica da responsabilidade civil por perda de chance, “a paralisação do processo aleatório seria suficiente para respaldar a ação de

¹³³ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 86.

¹³⁴ KFOURI NETO, op. cit., p. 111.

indenização, pois as chances que a vítima detinha nesse momento poderiam ter aferição pecuniária [...]»¹³⁵, leciona PETEFFI.

No entanto, conforme visto, a responsabilidade civil moderna vem trabalhando não só com o conceito alargado de dano, como também com a mitigação da causalidade. Assim sendo, há uma outra corrente doutrinária que considera a responsabilização por chances perdidas sob outro ponto de vista, através da relativização no nexo de causalidade. Esse conceito mitigado de causalidade é utilizado, principalmente, nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, ou seja, nas chances perdidas na seara médica.

Isto ocorre porque, como JEAN PENNEAU, citado por NORONHA disserta:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pode participar de uma corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa, em razão da interrupção prematura do processo: o ato ilícito é a causa desta interrupção; só falta apreciar a existência e o volume de um eventual prejuízo. A perda de chance de cura ou de sobrevivência coloca-se numa perspectiva bem diversa. Aqui o doente está inválido ou mesmo é falecido; o processo desenrolou-se até seu último estágio e conhece-se o prejuízo final e sua importância. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre este prejuízo e o ato ilícito do médico; não se sabe com certeza suficiente qual é a verdadeira causa do prejuízo: [se] este ato ilícito ou a evolução (complicação) natural da doença.¹³⁶

Daí surgiu a necessidade de relativização do nexo causal, pois de outra forma, não se poderia considerar um dano autônomo em relação ao prejuízo final, sendo que o processo aleatório, nestes casos (em especial na área médica, onde o processo aleatório de possível desenvolvimento da doença deveria ter sido interrompido e não o foi), foi concluído, e justamente nisso consiste o a chance perdida, pois o processo deveria ter sido interrompido.

A mitigação da causalidade, nestes casos, se torna importante porque é a única solução viável para que se possa demonstrar o prejuízo sofrido pela vítima e relacioná-lo à conduta do ofensor.

¹³⁵ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 19.

¹³⁶ PENNEAU, Jean *apud* NORONHA, op. cit., p. 678.

Assim, consoante lição de PETEFFI, uma parte da doutrina, capitaneada por Geneviève Viney, passou a relativizar os pressupostos das teorias clássicas referentes ao nexo causal, de forma que se tornou adepta da causalidade alternativa.

Com relação à utilização da causalidade alternativa, importante lição de NORONHA, para o qual “temos causalidade alternativa quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador”. Segundo ele, nestes casos, “o ônus da prova do nexo causal cabe ao lesado, uma vez que se trata de fato constitutivo do direito deste”.¹³⁷

PETEFFI, por sua vez, leciona que “a instituição de presunções é uma das formas pelas quais é relativizado o princípio geral de que incumbe ao autor provar a causalidade entre o ato do ofensor e o dano. Essa presunções podem advir com o trabalho da jurisprudência ou pela ação do legislador”.¹³⁸

A este respeito, o civilista aduz que “a utilização dessas presunções encontra a sua aplicação mais contundente nos casos de responsabilidade coletiva ou responsabilidade civil dos grupos. A responsabilidade coletiva se configura quando o dano é realizado por um membro anônimo de um grupo identificado ou identificável”.

Após asseverar ser este o tipo de causalidade utilizada na seara médica, o autor acrescenta que:

De acordo com a grande maioria da doutrina, a responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica tem a sua aplicação realizada com a modificação de padrões tradicionais da causalidade. Porém, duas são as soluções dogmáticas propugnadas para solucionar a questão da responsabilidade pela perda de uma chance. A primeira lança mão de uma espécie de **presunção causal**, nos moldes verificados na responsabilidade civil dos grupos, alcançando, desta forma, a indenização da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima [...]. A segunda solução dogmática, ao contrário, propugna que a reparação deve continuar limitada ao valor das chances perdidas [...]. Entretanto, ao contrário dos autores que acreditam que a maioria dos casos da perda de uma chance baseia-se em um conceito alargado de dano, essa posição apropria-se de um conceito de **causalidade parcial**, o qual é utilizado para identificar a proporção de causalidade entre a ação ou omissão do réu e o dano final [...]”¹³⁹ (grifou-se).

¹³⁷ NORONHA, op. cit., p. 652.

¹³⁸ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 47.

¹³⁹ Ibidem, p. 49.

Destarte, outra parte da doutrina, liderada por Jacques Boré e John Makdisi, propõe a indenização das chances perdidas através da utilização da causalidade parcial, calculando a proporção existente entre o ato infrator e o dano final.

Como visto, grande parte da doutrina que trata da responsabilidade civil por perda de chance de cura ou sobrevivência, é adepta da utilização da causalidade parcial para que a chance perdida seja provada mediante uma relativização da prova da condição necessária. No entanto, Jacques Boré e John Makdisi propõem a aplicação da causalidade parcial para todos os casos de perda de uma chance.

“Desse modo, ao invés de considerar as chances perdidas como um dano autônomo, estar-se-iam utilizando as chances perdidas apenas como um meio de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o dano final (perda da vantagem esperada)”¹⁴⁰, constata PETEFFI.

De acordo com a teoria da causalidade parcial, propugnada por Boré e Makdisi, “se o prejuízo final não está em relação totalmente provada com o ato do ofensor, ou seja, se este não representa uma *conditio sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada – pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo, consubstanciada na perda de chances”¹⁴¹, alega PETEFFI.

Nas palavras de PETEFFI:

John Makdisi afirma que a reparação deverá ser quantificada de acordo com a probabilidade da causalidade provada. Se existem oitenta por cento (80%) de probabilidade de que a conduta do réu tenha causado o dano experienciado pela vítima, o dano será quantificado em oitenta por cento (80%) do prejuízo total sofrido. Da mesma forma, se o conjunto probatório indica uma probabilidade causal de quarenta por cento (40%), é exatamente segundo esta proporção que será calculada a indenização.¹⁴²

¹⁴⁰ PETEFFI DA SILVA, p. 50.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 51.

¹⁴² *Ibidem*, p. 51.

JACQUES BORÉ, citado por PETEFFI, critica a corrente que considera a autonomia das chances perdidas, pois, segundo ele, de acordo com esta teoria, o dano da perda da chance fica na dependência da realização da perda da vantagem final, o que faz com que o dano causado pelas chances perdidas “não seja considerado como revestido de caráter danoso próprio, mas somente como uma causa, tendo concorrido para a produção de um dano final, que é reparado somente em parte”.¹⁴³

Consoante disposto, “o que Jacques Boré e John Makdisi propõem é que a reparação seja concedida de acordo com a probabilidade efetiva e cientificamente provada”¹⁴⁴, expõe PETEFFI, de que aquele ato tenha efetivamente causado o dano.

Aqui surge a principal crítica à teoria capitaneada pelos autores norte-americanos, pois segundo a doutrina majoritária, estar-se-ia reconhecendo um nexo causal comprovado tão somente por fatores aleatórios e, portanto, desconhecidos.

Neste sentido, PETEFFI traz a resposta de Boré e Makdisi: “a jurisprudência que aceita a perda de uma chance apenas apresenta o problema da certeza de forma mais clara, pois tenta resolvê-lo com base em dados científicos, negando-se a indenizar os elementos aleatórios do prejuízo, **os quais são eliminados por meio de um cálculo de probabilidades**”¹⁴⁵ (grifos no original).

Destarte, conclui PETEFFI, “com a utilização da causalidade parcial, o réu será condenado a pagar apenas pelo dano que, segundo as estatísticas, se espera que ele tenha causado”.¹⁴⁶

2.1 Critérios de indenização das chances perdidas

¹⁴³ BORÉ, Jacques *apud* PETEFFI DA SILVA, op. cit., pp. 52-53.

¹⁴⁴ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 58.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 60.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 62.

Como visto, o dano que interessa à responsabilidade civil é o indenizável e, para que assim o seja, ele deve se revestir de algumas características, dentre as quais a certeza.

Destarte, a responsabilidade civil por perda de uma chance, muito embora seja uma modalidade da responsabilidade civil moderna e, enquanto tal, esteja revestida de algumas características peculiares que a diferenciam de outras espécies deste ramo do direito, não dispensa a certeza do dano para que este possa ser ressarcido, em que pese os equívocos doutrinários existentes acerca da matéria.

Para que não se incorra em erro a este respeito, ressalte-se que o dano de que trata a espécie responsabilidade civil por perda de uma chance, consoante lembrado por CAVALIERI, “deve ser pela *perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem*. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”¹⁴⁷ (grifos no original).

Grande parte dos equívocos cometidos na aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro se deve a essa confusão, razão pela qual torna-se imperioso que se ressalte essa diferenciação.

Sendo assim, o que deve ser certo e real é o dano autônomo decorrente da perda da possibilidade de conseguir uma vantagem, bem como o nexo de causalidade a ser comprovado deve se dar entre o ato praticado pelo ofensor e a perda dessa chance de obter um ganho.

Nas palavras de GONDIM:

Em virtude da necessidade de certeza e atualidade no prejuízo sofrido pela vítima, a fim de que este seja ressarcido, muitos doutrinadores admitem a existência de uma ‘zona gris’, na qual se localiza a teoria da perda de uma chance, pois não se trata de um dano certo e atual, mas sim, de probabilidades. O que ocorre é que a conduta do agente faz com que uma certeza deixe de se realizar¹⁴⁸.

ALTERINI e CABANA, citados por VENOSA, sintetizam os requisitos a serem analisados em casos de perda de chance:

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 75.

¹⁴⁸ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance**. Revista dos Tribunais, v. 840, out. 2005, pp. 17-18.

A indenização deverá ser da ‘chance’ e não do ganho perdido. Não se identifica com que se deixou de receber; a medida desse dano deve ser apreciada judicialmente segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza e sem que deva se assimilar com o eventual benefício perdido.¹⁴⁹

FRANÇOIS CHABAS define como elementos caracterizadores da responsabilidade civil por perda de uma chance: “a conduta do agente, um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como dano; o nexa causal entre a conduta e as chances que se perderam”.¹⁵⁰

2.1.1 A necessidade de seriedade e viabilidade da chance perdida

Em assim sendo, o dano a ser ressarcido, como visto, não será a perda do resultado almejado, mas a perda da possibilidade de chegar a este resultado. GONDIM dispõe da seguinte forma:

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance. Não se admitem as expectativas incertas ou pouco prováveis, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do ato danoso. [...] **A chance perdida a ser indenizada não pode, em hipótese alguma, ser meramente hipotética, devendo existir a atual certeza de que houve uma impossibilidade de realizar um ganho ou evitar uma perda.** Esta certeza reside na comprovação de que a oportunidade que se perdeu em virtude da conduta do agente se concretizaria. Por óbvio que a certeza não é totalmente absoluta, mas também não pode ser fundada em dados hipotéticos; trata-se do grau de probabilidade que deverá ser analisado pelo juiz.¹⁵¹ (grifo nosso).

¹⁴⁹ ALTERINI e CABANA, *apud* VENOSA, op. cit., p. 200.

¹⁵⁰ CHABAS, François *apud* GONDIM, op. cit., p. 23.

¹⁵¹ GONDIM, op. cit., pp. 23-24.

De forma resumida, a lição de GONÇALVES no sentido de que “mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser *séria e real* para ingressar no domínio do dano ressarcível”¹⁵² (grifos no original).

SERPA LOPES também se pronuncia a respeito da indenização das chances perdidas, aduzindo que “tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia uma probabilidade suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração”.¹⁵³

Em outras palavras, a lição de KFOURI NETO, ao tratar da responsabilidade civil dos médicos por perda de chance de cura ou sobrevivência: “a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado [...]”.¹⁵⁴

MARTINS-COSTA, tratando da responsabilidade civil dos advogados, exemplifica a questão:

Em apertadíssima síntese: na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesante. As chances devem ser ‘reais e sérias’, como no caso de alguém que ingressa em júízo, mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. ex., perde o prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Neste caso, **não se trata de mera e subjetiva ‘esperança de vencer a causa’**, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior.¹⁵⁵ (grifo nosso).

NORONHA, acrescentando que o dano ocasionado pela perda de chances pode se tratar de dano presente ou futuro, estabelece que ‘o *dano da perda da chance* é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro

¹⁵² GONÇALVES, op. cit., p. 258.

¹⁵³ SERPA LOPES, op. cit., p. 391.

¹⁵⁴ KFOURI NETO, op. cit., p. 67.

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, tomo II, pp. 360-361.

(dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente)”,¹⁵⁶ (grifos no original).

PETEFFI esclarece que o dano ocasionado pela perda da chance será indenizável quer se trate de dano presente, quer se trate de dano futuro porque:

[...] apesar do lapso temporal entre o evento danoso e o momento em que as chances seriam utilizadas ser um critério importante, haverá casos em que a reparação será concedida mesmo com o aludido lapso temporal dilatado, pois outros fatores poderão indicar a seriedade da chance perdida.¹⁵⁷

No que concerne ao conceito de seriedade e realidade das chances perdidas, o que é importante que se tenha em mente, portanto, é que “é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória”¹⁵⁸, conforme lembra CAVALIERI.

Isto porque, de acordo com ensinamento de PETEFFI, “a verificação da seriedade das chances é uma questão de grau e não de natureza. Portanto, impossível que um simples conceito de chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operador do direito, pois somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis”.¹⁵⁹

2.1.2 Liame causal entre a perda de chance e o ato do ofensor

Segundo MARTINS-COSTA, “o que o art. 403¹⁶⁰ afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexos causal entre a ação culposa e ilícita do

¹⁵⁶ NORONHA, op. cit., p. 667.

¹⁵⁷ PETEFFI, op. cit., p. 141.

¹⁵⁸ CAVALIERI, op. cit., p. 75.

¹⁵⁹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 139.

¹⁶⁰ O art. 403 do Código Civil de 2002 assim dispõe: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar”.¹⁶¹

Sendo assim, conforme se pode perceber, o outro dos requisitos necessários à configuração do dever de indenizar por perda de uma chance é o nexo causal entre o dano suportado pela vítima e o ato provocado pelo ofensor. O dano suportado, considerando-se os casos clássicos da teoria, como já visto, é a perda das chances, pela vítima, de conseguir a vantagem final almejada, uma vez que o processo aleatório em que se encontrava foi interrompido pela ação do infrator.

Neste sentido, tratando da causalidade na perda de chances, PETEFFI dispõe que:

Em todos os casos típicos de responsabilidade pela perda de uma chance existe um prejuízo sofrido pela vítima bastante fácil de identificar: a perda da vantagem esperada pela vítima, também denominada de dano final. Esse dano final pode ser a perda do processo judicial para o litigante; a perda da vida, para o paciente; ou a perda do concurso vestibular, para o estudante. Entretanto, a perda definitiva da vantagem esperada não pode ser indenizada, tendo em vista que **a conduta do réu, nos casos de perda de uma chance, nunca se caracteriza como uma condição *sine qua non***. Desta forma, a indenização das chances subtraídas pela conduta do réu é o único caminho para que a vítima seja reparada de alguma forma. **Como a doutrina tradicional não aceita a causalidade parcial, utilizando-se do conceito de tudo ou nada, as chances perdidas devem ser isoladas como um prejuízo independente.**¹⁶² (grifo nosso).

Ao que o autor complementa, afirmando que “para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes de chegar ao seu fim”¹⁶³.

GONDIM, por sua vez, ao dissertar sobre a responsabilidade médica por perda de chance, ensina que “a causalidade reside não no dano, mas sim na perda de chance de sobrevida”.¹⁶⁴

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 362.

¹⁶² PETEFFI, op. cit., pp. 104-105.

¹⁶³ Ibidem, p. 105.

¹⁶⁴ GONDIM, op. cit, p 26.

Ou, ainda, nos seus dizeres, “o **nexo causal deverá ser abordado considerando que sem a conduta do ofensor o dano seria evitado, ou sem a conduta deste, ocorreria o ganho**”¹⁶⁵ (grifou-se).

Considere-se, por outro lado, os casos em que se deve utilizar a noção de causalidade parcial, pois o processo aleatório em que se encontrava a vítima não foi interrompido, chegando até o seu final., como costuma ocorrer na seara médica, apesar de, como visto, não estar restrita a esta área (vide seção 1.5.1).

Destarte, nesses casos em que, para que se reconheça a chance perdida como um dano ressarcível, é utilizada a noção de causalidade parcial, pois não há como se isolar a chance perdida enquanto um prejuízo autônomo, as dificuldades da prova de certeza do nexo de causalidade são suavizadas.

Assim, para que reste provado o nexo de causalidade, que deve se dar entre o dano experimentado pela vítima ao final do processo aleatório e o ato do ofensor, que não interrompeu este processo, leva-se em consideração que “se o prejuízo final não está em relação causal totalmente provada com o ato do ofensor, ou seja, se este não representa uma *conditio sine qua non* para a realização da perda da vantagem esperada – pode-se conceder a reparação para um prejuízo parcial e relativo”¹⁶⁶, leciona PETEFFI.

KFOURI NETO corrobora as afirmações de PETEFFI, demonstrando comungar da mesma opinião, afirmando, ao tratar da perda de chance de cura ou sobrevivência, que o que se deve considerar é se “o retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver”¹⁶⁷.

3.1 A questão da responsabilização profissional

¹⁶⁵ GONDIM, op. cit., p. 26.

¹⁶⁶ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 51.

¹⁶⁷ KFOURI NETO, op. cit., p 113.

As situações mais comuns na aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance são encontradas nas atividades dos profissionais liberais. Aliás, a responsabilidade civil por perda de chance foi criada, especificamente, para punição de condutas médicas que, apesar de prejudiciais ao paciente, não eram abrangidas pela responsabilidade civil geral e, por conseguinte, faziam com que a vítima suportasse sozinha os prejuízos dela advindos.

“Destes profissionais que assumem obrigações de meio, os casos mais comuns que poderão incorrer em indenização por perda de chances, serão as atuações do médico ou do advogado”¹⁶⁸, assevera GONDIM.

A autora bem sintetiza a aplicação da responsabilidade civil por chances perdidas nestas áreas:

A análise da responsabilidade nestes casos é apurada sobre o enfoque da atuação do profissional, e não pelo alcance do resultado esperado; é a denominada obrigação de meio, em que o agente fica obrigado a agir, da melhor maneira possível, obrigando-se a utilizar os meios necessários e pré-existentes para alcançar o melhor resultado.¹⁶⁹

Neste sentido, inúmeras situações podem se enquadrar nesta espécie de responsabilidade civil, as quais, antes, não teriam proteção jurídica. Dentre elas, pode-se citar: diagnóstico equivocado, falta de vigilância e cuidado em pós-operatório, tratamento equivocado, perda de prazo para contestar ou recorrer, extravio de autos.

3.1.1 A responsabilização por perda de chance de cura ou sobrevivência na seara médica

Nas palavras de ITURRASPE: “há um descompasso na ciência médica entre seu avanço tecnológico e o humanismo, isto é, o respeito pela pessoa humana. Mais e mais

¹⁶⁸ GONDIM, op. cit., p. 27.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 26.

sofrem os seres humanos dessa personalização, todos nós, pacientes reais e potenciais de um médico ou de uma prestadora de serviços dessa natureza”.¹⁷⁰

“Cabe ao Direito, hoje tendo em seu bojo o poderoso instrumento da lei do consumidor, colocar nos devidos extremos a responsabilidade civil do médico”¹⁷¹, completa VENOSA.

O Código Civil Brasileiro disciplina as modalidades de indenização na responsabilidade médica em seu art. 951:

O disposto nos arts. 948¹⁷², 949¹⁷³ e 950¹⁷⁴ aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Assim, na área médica pacífica é a existência de uma obrigação de não atuar com negligência, imperícia ou imprudência. Sob este prisma, tem espaço a responsabilização do médico por perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

DINIZ estabelece em sua doutrina que o médico deve responder pelos danos que causar “se agiu negligerentemente ou imprudentemente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica, resultando morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento”. A que complementa que “responderá também pela perda de chance de vida e integridade psicofísica do paciente se por culpa sua as comprometeu, limitando as possibilidades de cura, embora a ação culposa do médico não tenha causado diretamente o dano”.¹⁷⁵

Assim, na responsabilização civil do médico por perda de chance de cura ou sobrevivência, consoante ensina CAVALIERI, “o elemento que determina a indenização é a *perda de*

¹⁷⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset *apud* GONÇALVES, op. cit., p. 29

¹⁷¹ VENOSA, op. cit., p. 93.

¹⁷² Art. 948 do CC: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: 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 morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

¹⁷³ Art. 949 do CC: “No caso de lesão 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 algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

¹⁷⁴ Art. 950 do CC: “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

¹⁷⁵ DINIZ, op. cit., p. 301.

*uma chance de resultado favorável no tratamento [...]. A falta reside em não dar ao paciente todas as chances de cura [...]*¹⁷⁶ (grifos no original).

O complemento vem da lição de JOAQUIN ATAZ LÓPEZ, citado por KFOURI NETO, que assim disciplina:

[...] não foi o médico mesmo quem, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque absteve-se em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. O médico terá descumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de atuar e, em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável.¹⁷⁷

Na visão de GONDIM, caso a atuação do médico tenha tirado as chances de sobrevivência do paciente por não haver diagnosticado uma doença grave. “o médico não será responsável pela morte, pois inexistente nexo causal, tendo em vista que não importam quais condutas fossem adotadas, o resultado morte ocorreria; todavia, incorreu a chance de sobrevivência do paciente”¹⁷⁸.

Importante a colação de trecho da lição de CAVALIERI sobre o assunto. Para o autor, na perda de chance na seara médica, “o problema gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada”¹⁷⁹.

“Então, a causalidade não reside no dano, mas sim, na perda da chance de sobrevivência. O magistrado não possui a certeza de que o evento teria ocorrido pela conduta do agente, mas possui a certeza de que esta ação ou omissão facilitou a ocorrência do resultado”¹⁸⁰, leciona GONDIM.

Nesta linha, NORONHA exemplifica:

¹⁷⁶ CAVALIERI, op. cit., p. 379.

¹⁷⁷ LÓPEZ, Joaquín Ataz *apud* KFOURI NETO, op. cit., p. 99.

¹⁷⁸ GONDIM, op. cit., p. 25.

¹⁷⁹ CAVALIERI, op. cit., p. 379.

¹⁸⁰ GONDIM, op. cit., p. 26.

Um exemplo característico de perda de chance de cura ou de sobrevida é do paciente que está definitivamente inválido, ou que morreu mesmo (estes são os prejuízos presentes), porque o médico cometeu um erro de diagnóstico, ou de tratamento: mesmo sem esse erro, poderia ser que o paciente acabasse inválido ou morresse, mas com o erro as chances de que isso acontecesse ficaram maiores.¹⁸¹

Conforme visto até aqui, os casos de perda de chance de cura ou sobrevida diferenciam-se do que costuma ocorrer nos chamados casos clássicos de perda de chance, nos quais o processo aleatório é interrompido antes de chegar ao final, tirando todas as chances da vítima de conseguir a vantagem almejada, e é justamente nisso que consiste o dano, razão pela qual nestes casos é reconhecida a autonomia das chances (seção 1.1.1).

Nos casos de perda de chance de cura ou sobrevida, por sua vez, o processo aleatório em que se encontrava o paciente (vítima) foi concluído, ao passo que deveria ter sido interrompido pelo médico através do tratamento ou diagnóstico correto. Assim, uma vez que o processo aleatório chegou até o seu final, não há como se garantir autonomia ao dano da perda de chance, razão pela qual se torna necessário partir para um conceito diferenciado de causalidade: a causalidade alternativa e a causalidade parcial (seção 1.1.2).

Justamente por isso, a teoria mais aceita pelos doutrinadores franceses propõe a divisão dos casos de chances perdidas entre casos clássicos e seara médica, apesar de haver muitas críticas a essa divisão por haver casos médicos em que se pode aplicar a teoria clássica e, por outro lado, haver casos fora da área médica em que se deve utilizar o conceito mitigado de causalidade para que se garanta a indenização das chances perdidas.

A grande questão que se coloca é que, não fosse a utilização da causalidade parcial aos casos médicos, ou a utilização alternativa da causalidade, o paciente, apesar de ter sofrido um dano, consubstanciado este na perda de chance de cura ou sobrevida, restaria sem proteção jurídica por não ter como provar o liame causal entre a conduta médica e esta perda.

Nas palavras de KFOURI NETO, com a utilização da causalidade parcial na responsabilidade civil dos médicos por perda de chance, desaparece “a dificuldade em estabelecer

¹⁸¹ NORONHA, op. cit., p. 677.

a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente [...]”¹⁸²

3.1.2 Responsabilidade do advogado por perda de uma chance do constituinte

Como observa VENOSA ao tratar do tema: “no tocante à responsabilidade do advogado, entre nós ela é contratual e decorre especificamente do mandato. [...] As obrigações do advogado consistem em defender a parte em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio”. No seu entendimento, “o advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo”¹⁸³.

Em que pese defenda a tese de que a obrigação do advogado é uma obrigação de meio, e não de resultado, o autor acrescenta que “no entanto, existem áreas de atuação da advocacia que, em princípio, são caracterizadas como obrigação de resultado”¹⁸⁴.

Neste sentido, imperioso ressaltar que, ao aceitar uma demanda, o causídico torna-se responsável não apenas pela defesa da causa como também por todas as providências preliminares que a acompanham. Dentre estas, destaque-se o dever de evitar a prescrição, ante o retardamento na propositura de uma ação judicial.

Conforme ressalta DINIZ, “haverá responsabilidade do advogado [...] pelas omissões de providências necessárias para ressaltar os direitos do seu constituinte, pois, se aceitou o patrocínio da causa, deverá zelar pelo bom desempenho do mandato, fazendo tudo o que puder para sair vitorioso na demanda”, ao que complementa que “assim, p. ex., responderá

¹⁸² KFOURI NETO, op. cit., p. 59.

¹⁸³ VENOSA, op. cit., pp. 175-176.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 176.

civilmente o advogado que [...] não cumpriu as obrigações assumidas em contrato de mandato judicial, deixando prescrever a pretensão de seu constituinte de perceber prestações devidas”.¹⁸⁵

Essa conduta desidiosa do advogado que, por deixar de promover a ação judicial para a qual fora contratado ou perder o prazo para contestar ou recorrer, permite que prescreva o direito de seu constituinte, caracteriza a perda de uma chance por parte deste último. Essa perda de chance está consubstanciada na perda da possibilidade de “a) ver seu pleito analisado em instância superior, havendo probabilidade de o recurso cabível não interposto ser bem-sucedido; b) conseguir produção de prova necessária ao êxito de sua pretensão, que seria provável se tal prova tivesse sido provocada [...]”¹⁸⁶, de acordo com lição da referida autora.

NOVAIS DIAS amplia este rol, aduzindo que a conduta do advogado será desidiosa quando ocorre a falta de propositura de uma ação judicial, não formulação dos pedidos no sentido de abrangerem todas as vantagens que a lei assegura ao seu constituinte no caso, não-interposição de recurso, omissão na produção de prova necessária, extravio de autos, não-interposição de recurso de natureza extraordinária, ausência de contra-razões a recurso, ausência de sustentação oral de recurso e ação rescisória não proposta.

Destarte, conforme lição deste autor:

Os prazos processuais são, em regra geral, peremptórios, ou seja, se não praticados os atos naquele espaço de tempo não mais podem ser realizados. Não se cumprem com atraso os prazos processuais, de maneira que, ultrapassado o prazo sem que o advogado adote a providência que era de sua obrigação fazê-lo, seu cliente perde definitivamente a chance de ver a pretensão examinada pelo Poder Judiciário.¹⁸⁷

Sendo assim, no seu entender, “cabe à parte autora demonstrar em juízo que seu advogado omitiu-se na prática de ato que lhe competia, causando-lhe a perda da chance de obter o exame judicial da pretensão ou a reforma da decisão, e que isso lhe causou o dano X”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DINIZ, op. cit., pp. 280-281.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 283.

¹⁸⁷ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 66.

¹⁸⁸ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 67.

Importante a respeito deste assunto que se acrescente trecho da obra de VENOSA, no qual o autor assevera que “na perda de chance por culpa do advogado, o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter seu processo apreciado pelo Judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia propiciar-lhe ao final”.¹⁸⁹

Deste modo, como o que será indenizada é a perda, pelo constituinte, da possibilidade de ver sua causa apreciada pelo Judiciário, para que se conceda a indenização torna-se imperioso verificar as reais chances de sucesso que este constituinte possuía quando da perda de prazo pelo causídico.

Neste norte, ÊNIO ZULIANI, cuja obra foi citada por GONÇALVES, ao tratar da perda de prazo por mandatário, ocasionando, ao constituinte, perda da oportunidade de satisfação íntegra de suas pretensões, preleciona que:

Não perde uma causa certa, perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance.¹⁹⁰

Nas palavras de NOVAIS DIAS:

Constatada a existência do dano, bem como a falta cometida pelo advogado que causou a perda de uma chance, o estudo que se segue, importante e complexo, é o exame do nexo de causalidade. Caberá ao juiz decidir se o dano ocorrido decorreu realmente – num juízo de probabilidade – do ato ou omissão do advogado. Será preciso, pois, reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta a julgamento para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente.¹⁹¹

Outra questão que surge, neste ponto, é o problema de verificar quais as chances de que o recurso, acaso interposto tempestivamente, seria provido. Isso porque, segundo KARL LARENZ, “é impossível prever, com absoluta certeza, em todos os casos, o resultado de um

¹⁸⁹ VENOSA, op. cit., p. 179.

¹⁹⁰ ZULIANI, Ênio *apud* GONÇALVES, op. cit., pp. 256-257.

¹⁹¹ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 67.

juízo, porque o ato de julgar envolve juízo de valor e há sempre ‘a irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz’”.¹⁹²

Importante salientar que dessa verificação de probabilidade de provimento do recurso não depende o deferimento ou indeferimento do pedido de indenização proposto pelo constituinte em face de seu advogado. O dano já está provado, pois, como lembra NOVAIS DIAS, “toda vez em que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão examinada pela instância superior”.¹⁹³

A questão que se coloca é apenas relativa ao fato de que o dano, nos “casos de improbabilidade de sucesso do recurso, só pode ser pensado na esfera extrapatrimonial”,¹⁹⁴ de acordo com NOVAIS DIAS.

Assim, como se trata da perda de uma chance e jamais se poderá ter certeza do resultado do julgamento se o ato houvesse sido validamente realizado pelo advogado, o autor propõe algumas formas de verificação da probabilidade de sucesso do recurso. Segundo ele, “em casos de interpretação legal em que o tribunal superior ou o Supremo Tribunal Federal sumularam o entendimento, a probabilidade é de que o julgamento se faça no mesmo sentido da súmula”.¹⁹⁵

Acrescenta, por fim, que:

Não sendo uma dessas hipóteses de matéria sumulada, pensamos que se considerará provável todo resultado que decorrer de uma interpretação razoável da norma legal [...]. Caso, porém, o STF e o STJ tenham pacificado a jurisprudência para dizer qual é a interpretação correta entre as consideradas razoáveis, respectivamente nas suas áreas de atuação onde lhes compete dizer o direito como última palavra, a probabilidade é que o resultado do julgamento fique em sintonia com esse entendimento, até porque, se o tribunal de segunda instância adotar posição diversa, é previsível que a parte vencida recorra buscando a solução em sintonia com a jurisprudência pacificada do STF ou do STJ. No que toca à valoração de matéria fática ou de prova, será provável o resultado que decorrer de uma avaliação razoável da questão, mesmo que não seja a única. É, portanto, possível fazer um juízo do resultado provável do julgamento que não houve e, assim, atribuir a responsabilidade civil pela perda de uma chance.¹⁹⁶

¹⁹² LARENZ, Karl *apud* NOVAIS DIAS, op. cit., p. 47.

¹⁹³ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 67.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 50.

Destarte, em se considerando o simples fato da perda de prazo pelo constituinte como um dano ocasionado ao cliente, consubstanciado na frustração de ver sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário, independentemente da análise das chances de êxito do pedido formulado, toda vez que um causídico deixar de recorrer, haverá a perda de chance por parte de seu constituinte e, portanto, a possibilidade de indenização da chance perdida, mesmo que, como visto, esta venha a se tratar apenas de prejuízo extrapatrimonial.

4.1 Os equívocos cometidos na aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro

Consoante analisado até o momento neste trabalho monográfico, a teoria da perda de uma chance, tão amplamente estudada em alguns países estrangeiros, como França e Itália, em nosso ordenamento apenas atualmente está passando “por uma fase de ebulição”¹⁹⁷, nas palavras de PETEFFI, ainda não tendo sido objeto de estudos muito aprofundados, com raríssimas exceções, como as citadas obras de SAVI e PETEFFI.

Os demais escritos sobre responsabilidade civil, em sua grande maioria, limitam-se a se referir à sua existência e à necessidade de seriedade da chance para que se possa caracterizar como dano ressarcível. Restringem-se, ademais, muitas das vezes, ao estudo deste instituto no campo da responsabilização civil profissional do médico e do advogado.

Em que pese a inexistência de aprofundamento sobre suas principais nuances no ordenamento jurídico pátrio, pode-se afirmar que a teoria encontrou ampla aceitação no meio doutrinário e jurisprudencial, à exceção de STOCO e CARVALHO SANTOS, como já visto.

“[...] Ainda que analisada de forma superficial pela maior parte da doutrina brasileira, percebe-se claramente que tanto os autores clássicos, quanto os contemporâneos,

¹⁹⁷ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 189.

acabam por aceitar a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em nosso ordenamento”¹⁹⁸, corrobora SAVI.

Assim sendo, ainda que amplamente aceita a teoria, sua aplicação se dá, muitas vezes, de forma equivocada, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente em virtude da escassa produção pátria aprofundada sobre o assunto.

Neste norte, muitos equívocos vem sendo cometidos na sua aplicação, como a confusão do instituto da perda de chance e do lucro cessante e seu enquadramento como simples agregador do dano moral.

4.1.1 A inclusão da chance perdida na modalidade de dano moral

A chance perdida, como dano autônomo que é, pode ser ora caracterizada como um dano exclusivamente patrimonial, ora extrapatrimonial, a depender das circunstâncias em que ocorre este dano. Pode acontecer, outrossim, que a perda de chance, quando for um dano puramente patrimonial, possa ser cumulada com um dano de natureza extrapatrimonial.

Neste sentido, PETEFFI, analisando os ensinamentos de JACQUES BORÉ, assevera que:

[..] quanto ao aspecto qualitativo, não há qualquer distinção do dano representado pela perda de uma chance e o dano final. Destarte, observa-se que a vítima, pela perda de uma chance, não requer qualquer dano que tenha elementos diferenciadores do prejuízo final: se a perda da vantagem esperada representa um dano moral, a perda das chances também será um prejuízo extrapatrimonial, o mesmo acontecendo com o dano material, se este for a categoria na qual se encaixe o prejuízo derradeiro.¹⁹⁹

¹⁹⁸ SAVI, op. cit., p. 36.

¹⁹⁹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 213.

NOVAIS DIAS, por exemplo, ao tratar da responsabilização civil do advogado por perda de uma chance, afirma que, nos casos de perda de prazo pelo causídico para interposição de recurso, quando o advogado conseguir provar que eram ínfimas as possibilidades de sucesso do recurso, acaso interposto tempestivamente, o dano da perda de chance só poderá ser extrapatrimonial.

Nos dizeres do autor, a chance perdida será um dano moral “partindo do suposto de que o cliente não queria utilizar-se do recurso como forma de procrastinação do feito, mas que sinceramente encontrava-se inconformado com a decisão, de tal forma que o fato de não ver a causa reexaminada pela instância superior, ter-lhe-ia causado um dano psicológico”.²⁰⁰

PETEFFI demonstra sua discordância do pensamento de NOVAIS DIAS, prelecionando que:

Acredita-se que, se a chance não apresenta a seriedade suficiente para engendrar o dano patrimonial, maiores seriam as razões para ser impedida de gerar reparação extrapatrimonial. Assim, se as chances de vitória de determinado recurso eram ínfimas, conclui-se que a demanda continuaria a ser julgada de forma contrária à vítima, sendo difícil imaginar a legitimidade em se indenizar o inconformismo de “não ver a causa reexaminada pela instância superior”, quando estava praticamente certo que tal instância superior não reformaria a decisão recorrida.²⁰¹

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrou seu entendimento no reconhecimento da chance perdida de natureza exclusivamente extrapatrimonial ao julgar a Apelação Cível n. 70026384438²⁰², de relatoria do Desembargador Alzir Felipe Schimitz.

Tratava-se de uma ação de indenização por danos morais contra o Estado do Rio Grande do Sul pela ausência de inscrição de um menor no cadastro de crianças disponíveis para a adoção, provocando a perda de oportunidade, para a criança, de ser adotada. Neste sentido, caracterizada a perda de chance de natureza exclusivamente moral, conforme se pode depreender de trecho da ementa:

²⁰⁰ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 52.

²⁰¹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p 215.

²⁰² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70026384438, Rel. Des. Alzir Felipe Schimitz, julgado em 18/12/2008.

Flagrante o dano moral experimentado pela criança cujo encaminhamento para a adoção restou suspenso, inexplicavelmente, por mais de oito anos, impedindo a sua chance de ser colocada em família substituta em tenra idade.

Ocorre que, diante de um prejuízo final de natureza exclusivamente extrapatrimonial, doutrina e jurisprudência brasileiras tendem a desconsiderar a natureza de chance perdida, enquadrando a perda de uma chance na modalidade de dano moral, como se aquela fosse tão somente um agregador deste, como, simplesmente, uma característica a mais na quantificação do dano moral.

PETECCI leciona que “pela dificuldade de quantificar certos danos patrimoniais representados pela perda de uma chance, talvez a jurisprudência brasileira esteja criando uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais, posto que estão sujeitos a um subjetivismo mais acentuado na sua quantificação”.²⁰³

JEOVÁ SANTOS, em obra que trata da indenizabilidade do dano moral, equivocou-se, de mesmo modo, nessa diferenciação entre perda de chance e dano moral, ao aduzir que a chance tem de ser séria e real, não sendo “a mera conjectura que tornará viável a perda da chance como um agregador do *dano moral*”²⁰⁴ (grifos no original).

Este equívoco é cometido, outrossim, pela jurisprudência, ao tratar do assunto. Neste norte, fragmento da lição de PETECCI:

Com efeito, alguns julgados brasileiros parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com as hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial.²⁰⁵

Ao que SAVI conclui:

[...] a jurisprudência brasileira, ao se deparar com hipóteses de responsabilidade civil por perda de uma chance, na maioria dos casos reconhece a existência de um dano a ser

²⁰³ PETECCI DA SILVA, op. cit., p. 211.

²⁰⁴ JEOVÁ SANTOS, op. cit., p. 106.

²⁰⁵ PETECCI DA SILVA, op. cit., p. 209.

indenizado. Todavia, talvez por haver pouco trabalho doutrinário para aperfeiçoar os conceitos, apresenta as mesmas dificuldades encontradas pela doutrina.²⁰⁶

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível n. 70030088462²⁰⁷, de relatoria da Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, equivocou-se na diferenciação entre os dois institutos aqui mencionados.

Tratava-se de um caso de perda de chance de cura, no qual a autora pleiteava indenização por danos morais e materiais decorrentes de negligência em atendimento médico. Assevera que apresentava histórico de AVC e hipertensão e impossibilidade de falar ao chegar ao hospital, quadro de saúde que não autorizava a sua liberação, sendo imprescindível seu encaminhamento a outro hospital para exames de maior complexidade. Completa que, no entanto, foi liberada pelo nosocômio, vindo a sofrer um Acidente Vascular Cerebral, que a fez ficar com sequelas.

O tribunal gaúcho entendeu que havia sido subtraída da autora a chance de obter tratamento imediato e adequado à sua enfermidade, o que, certamente, reduziria as chances de sequela. Entretanto, apesar de admitir a perda de uma chance de cura por parte da autora, o magistrado, neste caso, ao quantificar o valor da indenização tratou a perda de chance como se dano moral fosse, arbitrando somente um valor a título de danos morais, consoante se pode concluir da transcrição de excerto do acórdão proferido:

Concluo, pois, ter ocorrido negligência do médico do nosocômio requerido [...] ao autorizar a liberação da paciente. Assim, aplicável à hipótese dos autos a teoria da perda de uma chance. [...] Ponderando as características do caso concreto, entendo adequado fixar-se o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quantia esta em patamar razoável e perfeitamente adequado ao caso dos autos. Tal valor não caracteriza enriquecimento ilícito da autora nem bancarrota do réu, e se presta para a recomposição dos prejuízos. [...]se está, aqui, delimitando valor de indenização por dano moral, cujo *quantum* é fixado pelo julgador no momento da prolação da decisão.

A Corte gaúcha, no julgamento da Apelação Cível n. 71001767789²⁰⁸, de relatoria do Desembargador João Pedro Cavalli Júnior, explicitamente, equivocou-se colocando a

²⁰⁶ SAVI, op. cit., p. 43.

²⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70030088462, 9ª Câmara Cível, Rel. Desª. Íris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 24/06/2009.

perda de chance e o dano moral no mesmo patamar, como se a primeira fosse tão somente uma subespécie do dano extrapatrimonial.

Tratava-se de um pedido de indenização por atraso em vôo que ocasionou a perda da conexão em outro vôo em São Paulo, com espera por horas no aeroporto e, conseqüentemente, perda de chance de realizar a prova de concurso público para professor da Universidade de Ponta Grossa no Estado do Paraná.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação interposta, entendeu tratar-se de um caso de indenização por danos morais provocado pela perda da chance de participar do referido concurso, em claro equívoco na aplicação da teoria, conforme fragmento da decisão proferida:

CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. ATRASO DE VÔO. PERDA DE CONCURSO PÚBLICO. TRATAMENTO INADEQUADO. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*. [...] Dano moral configurado, seja pela perda de uma chance – concurso público para o cargo de professor da Universidade de Ponta Grossa/Paraná -, seja pelo abalo psíquico que claramente resultou do descumprimento contratual.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na análise da Apelação Cível n. 2009.001.46805²⁰⁹, diante de uma típica situação de chance perdida, em que pese tenha reconhecido a sua indenizabilidade, a tratou como um simples agregador do dano moral, no sentido do entendimento de JEOVÁ SANTOS, como visto acima.

O caso era de um pedido de indenização por danos materiais e morais ajuizado por uma jovem que, vítima de crime de furto, figurou erroneamente no inquérito policial como ré da ação penal, tendo sido tal erro reconhecido pela autoridade policial, mas não corrigido como determinado.

²⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 71001767789, Terceira Turma dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, Re. Des. João Pedro Cavalli Júnior, julgado em 13/08/2009.

²⁰⁹ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2009.001.46805, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, julgado em 02/09/2009.

Assim, a autora, tendo se bacharelado em direito, restou impossibilitada de se submeter a exame da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como a concursos públicos, por ter figurado como ré em ação penal durante dez anos.

O relator do caso, Desembargador Jessé Torres, verificou, por parte da autora, a perda de chance de progredir na sua carreira, obtendo uma situação financeira futura melhor, conferindo-lhe indenização por danos morais, considerando, claramente, a perda de chance como modalidade do dano extrapatrimonial, por não ter encontrado critérios para a quantificação do dano material resultante da chance perdida. O acórdão prolatado demonstra esse posicionamento:

Ainda que se não possa presumir que a autora seria aprovada no exame de ordem e que exerceria a profissão de advogada, ou que seria aprovada em concursos públicos, é certo que a mácula ao seu nome obstou a busca de oportunidades sérias e reais de avanço profissional, atraindo a aplicação da teoria da “perda de uma chance”, segundo a qual o “ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa por falha do advogado etc.” (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Malheiros, 6ª Ed., p. 95-96). Embora não se possa estimar a perda material daí resultante, tal circunstância há de repercutir sobre a ponderação do dano moral.

O Tribunal carioca reincidiu no mesmo erro ao julgar a Apelação Cível n. 2008.001.32741²¹⁰, relatada pelo Desembargador Sérgio Cavalieri Filho. Neste caso, houve recusa por parte do hospital de atendimento da paciente, por entender que seu plano de saúde não cobria a internação – urgente e imprescindível no caso, o que agravou seu estado de saúde, provocando inúmeras seqüelas, entre elas a amputação da perna da apelada

O tribunal reconheceu a chance perdida pela vítima de tratamento adequado, equivocando-se, no entanto, ao enquadrar esta chance perdida como espécie de dano moral. Neste norte, colaciona-se trecho da decisão proferida:

DANO MORAL. Perda de uma Chance. [...] ilícita a conduta da ré/apelante ao não autorizar a internação da autora no hospital credenciado. O abalo psíquico sofrido por aquele que é impedido de se submeter a tratamento médico necessário ou de ser internado em hospital credenciado pelo plano é de extrema intensidade, pois ofende o

²¹⁰ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2008.001.32741, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julgado em 20/08/2008.

direito fundamental à saúde, indissolúvelmente ligado a outros valores essenciais, como a dignidade humana e a vida. No caso, a negativa de internação se reveste de maior gravidade por ter privado a autora da chance de melhor resultado no tratamento.

No mesmo norte, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná conferiu indenização por chance perdida no julgamento da Apelação Cível n. 0580250-4²¹¹, de relatoria da Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, a qual tratava de pedido de ressarcimento de danos materiais e morais, em virtude da perda de prazo, por mandatário, para interposição de demanda trabalhista, ocasionando a prescrição do direito da constituinte de ver sua pretensão analisada pelo Judiciário.

No referido caso, a autora ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra seu antigo advogado, alegando tê-lo procurado para ajuizar demanda trabalhista por ter sido demitida da empresa onde trabalhava. Segundo ela, nos vários anos que se passaram após a outorga da procuração, sempre que entrava em contato com o causídico obtinha como resposta que a ação já havia sido protocolada e que o andamento do feito cabia ao juiz. Ainda, que, por fim, foi informada de que havia sido feito acordo com a empresa em que trabalhava, em virtude do qual receberia trinta mil reais, tendo sido agendado dia para o recebimento do valor, o que não ocorreu, pois nunca mais o encontrou.

Destarte, no juízo monocrático, a demanda foi julgada parcialmente procedente, ao que as partes apelaram, subindo os autos ao Tribunal de Justiça do Paraná. A Corte paranaense, em julgamento, confirmou a sentença de primeiro grau, mantendo a condenação do advogado pela perda de chance de sua antiga constituinte de ver sua pretensão trabalhista analisada pelo Judiciário., demonstrando plena aceitação da teoria e, conseqüentemente, da indenizabilidade do dano caracterizado por chance perdida, equivocando-se, no entanto, ao enquadrá-la na modalidade de dano moral.

Este equívoco é perfeitamente demonstrado, conforme se pode depreender de fragmento retirado do acórdão prolatado pela referida Corte, por meio da Eminente Desembargadora Rosana Fachin:

²¹¹ PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0580250-4, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 18/06/2009.

DANOS EMERGENTES NÃO COMPROVADOS - DANOS MORAIS DEVIDOS [...] A obrigação assumida no exercício da advocacia é de meio e não de resultado, razão pela qual o causídico não tem o dever de indenizar a mera expectativa de direito do cliente. Porém, exsurge o dever de indenizar quando evidenciada a desídia do profissional, **sendo cabível a indenização por danos morais, em decorrência da perda de uma chance.** [...] Na sentença, tais prejuízos forma corretamente enquadrados na categoria doutrinária da “perda de uma chance” [...]. não seria razoável condenar o Apelado a indenizar o valor que a Apelante esperava obter com a procedência da reclamationária trabalhista, já que a presente indenização volta-se à reparação da perda da chance de pleitear direitos em juízo – e não da própria expectativa de direitos. [...] Em casos como o presente, a reparação à vítima é devida em razão da “perda de uma chance”.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, na Apelação Cível n. 1.0637.06.034545-0/002²¹², relatada pelo Desembargador Tibúrcio Marques, utilizou a teoria da perda de chance equivocadamente, na mesma linha seguida por JEOVÁ SANTOS, reduzindo-a a um simples agregador do dano moral.

Tratava-se de um pedido de indenização por dano materiais e morais feito por ex-aluno do curso de direito, o qual foi reconhecido pelo Ministério da Educação apenas um ano e nove meses após sua colação de grau, por demora da instituição de ensino ao protocolizar o pedido de reconhecimento ao referido ministério.

Assim, o estudante foi impedido de prestar o exame da Ordem dos Advogados do Brasil, razão pela qual a Corte mineira entendeu pela necessidade de indenização pela chance perdida pelo requerente de ascender profissionalmente, no entanto, a equiparando à indenização por danos morais, consoante se percebe da análise de excerto do acórdão prolatado:

O valor da reparação por danos morais deve recompor o abalo sofrido. Deve ser arbitrado com proporcionalidade, tendo em vista a extensão do dano e as condições econômicas do violador do dever de cuidado. Considerando que a instituição de ensino agiu com má-fé ao ofertar e disponibilizar um curso preparatório para OAB, mesmo tendo ciência que o aluno não poderia fazer o referido exame em virtude do não reconhecimento do curso, deve restituir o valor pago, em respeito à boa fé objetiva. Como não havia certeza que o aluno, se exercesse a profissão de advogado iria auferir renda de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), ou seja, havia apenas uma probabilidade, não há direito a reparação por danos patrimoniais, com fundamento nos lucros cessantes. [...] O apelado ingressou na faculdade de direito, freqüentou o curso por 5 (cinco) anos e no momento em que estava prestes a realizar seu sonho de exercer a profissão escolhida, teve que aguardar por 1 (um) ano e 9 (nove) meses o reconhecimento do curso. Tal

²¹² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0637.06.034545-0/002, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, julgado em 15/01/2009.

frustração, decepção, por si só são passíveis de gerar a reparação por danos morais. Além do mais, pelo contexto fático, o dano moral é presumido, pois certo é, que um estudante que após se formar e ter aniquilado o direito de ingressar no mercado de trabalho, teve sua imagem e honra maculados. [...] No que tange ao dano patrimonial, razão não assiste ao recorrente.

Consoante se pode perceber, a perda de chance, como um prejuízo autônomo e independente do dano final, poderá consubstanciar-se em um dano puramente patrimonial, bem como em um dano extrapatrimonial, como no citado caso de perda de prazo para recorrer por advogado quando as chances de êxito do recurso se mostravam praticamente inexistentes.

O que não poderia ocorrer, e vem se dando com muita frequência nos julgados pátrios, é a inclusão da chance perdida como um dano exclusivamente moral, ou seja, como um simples fator agregador na quantificação do dano moral, deste dependente.

4.1.2 A inclusão da chance perdida na espécie lucros cessantes

Outra questão problemática que surge quando da aplicação da perda de chance na doutrina e jurisprudência brasileiras se dá com relação à sua distinção da modalidade dos lucros cessantes.

Como já visto anteriormente, a perda de uma chance e o lucro cessante se apresentam como institutos bastante próximos, razão pela qual o maior equívoco cometido no estudo da teoria se dá nessa diferenciação. Até mesmo os doutrinadores civilistas clássicos se mostram um pouco reticentes ao tratar do assunto, por não restar bem clara essa discriminação.

AGUIAR DIAS, por exemplo, muito embora admita a indenização das chances perdidas, encontra dificuldades ao falar sobre a fixação do *quantum* indenizatório decorrente deste dano. Ocorre que o autor insere a perda de chance no mesmo conceito de lucros cessantes e, sendo assim, exige a certeza do dano para que possa ser indenizável, dano este consistente na perda da vantagem esperada. Não se atenta, no entanto, ao fato de que o dano a ser ressarcido, neste caso, é o da perda da chance de obter essa futura vantagem.

Esse entendimento do autor é facilmente perceptível quando, ao criticar um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo de 1936, no qual a ação de reparação contra advogado negligente que deixou de interpor recurso no prazo legal foi julgada improcedente, ele conclui que “o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente, possível uma condenação”.²¹³

Ademais, essa posição equivocada do autor de considerar a chance perdida como uma espécie de lucro cessante é bastante clara quando, ao tratar dos critérios a serem utilizados na verificação da ocorrência de lucros cessantes, o civilista exemplifica casos típicos de perda de uma chance como se lucro cessante fosse. Assim, exemplifica como sendo situações de lucro cessante:

[...] a probabilidade de: ganhar uma causa; vencer a corrida de cavalo; vencer um concurso; ganhar na Bolsa; obter o prêmio em uma exposição de pintura; probabilidade perdida, respectivamente, em consequência de fato do advogado; do transportador que não conduziu o animal a tempo ou do espectador que provocou o acidente de que resultou originariamente a sua má colocação; do mandatário que não promoveu a habilitação do candidato, a ele confiada; do banqueiro que não proporcionou em tempo o numerário do cliente; do indivíduo que destruiu o quadro.²¹⁴

CARVALHO SANTOS, na mesma trilha de AGUIAR DIAS, enquadra a chance perdida como subespécie de lucro cessante. A diferença, portanto, entre o entendimento dos dois autores consiste no fato de que CARVALHO SANTOS, por tratar a perda de chance como lucro cessante, sequer admite a existência de um dano autônomo e indenizável consubstanciado na chance perdida.

Neste norte, interessante a colação de trecho de sua obra:

Somente quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada.²¹⁵

²¹³ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 296.

²¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 721, nota 33.

²¹⁵ CARVALHO SANTOS. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, pp. 321-322.

SAVI, defendendo a discriminação entre os dois citados institutos, contraria este pensamento, afirmando que “se fosse possível produzir esta prova, estaríamos diante de um típico caso de lucro cessante e, por este motivo, o advogado teria que ser condenado ao pagamento de tudo aquilo que o cliente razoavelmente teria direito se o recurso fosse provido”.²¹⁶

DINIZ, por sua vez, ao conceituar o lucro cessante, aduz tratar-se “não só de um eventual benefício perdido, como também da *perda da chance*, de oportunidade ou de expectativa (frustração de uma oportunidade em que seria obtido, como diz Jeová Santos, um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito) [...]”.²¹⁷

Consoante se pode perceber, a autora trata de forma correta da perda de uma chance, dá exemplos típicos de casos de chance perdida, cita outras obras sobre a teoria, no entanto, a tratando juntamente com o lucro cessante, como se fosse uma subespécie deste, ou como se com ele se confundisse.

VENOSA, do mesmo modo que DINIZ, parece equivocar-se na discriminação dos aspectos da perda de chance e do lucro cessante. O autor, ao exemplificar um típico caso de lucro cessante, conclui por tratar-se de uma situação de chance perdida, conforme se verifica de fragmento de sua obra:

Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de dano é a aplicação da teoria da perda da chance.²¹⁸

Na jurisprudência brasileira, assim como na doutrina, o maior equívoco na aplicação da teoria se dá com relação à diferenciação entre os dois institutos, repercutindo em equívocos na admissibilidade do pedido e na quantificação da indenização a ser conferida à vítima.

Destarte, muitas vezes, em um típico caso de perda de uma chance, exige-se da parte requerente uma prova de certeza que só poderia ser produzida em um caso de lucros

²¹⁶ SAVI, op. cit., p. 39.

²¹⁷ DINIZ, op. cit., p. 68.

²¹⁸ VENOSA, op. cit., p. 201.

cessantes, acarretando, injustamente, o indeferimento do pedido. Noutras situações, a vítima que teve como prejuízo a perda de uma chance de conseguir uma vantagem é indenizada no valor integral da vantagem esperada, também por se entender, erroneamente, ser um caso de lucro cessante.

O Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível n. 129372-8/188²¹⁹, de relatoria do Desembargador Sival Guerra Pires, assinalou, de forma expressa, que a perda de uma chance constitui uma espécie de lucros cessantes.

Tratava-se de ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por laboratório de exames de paternidade em face de empresa prestadora de serviços de publicidade, por publicação errônea do número telefônico da requerente em lista telefônica, julgada improcedente no juízo monocrático.

Em sendo assim, a requerente interpôs recurso de apelação, alegando que a falha na prestação de serviços por parte da apelada a fez sofrer prejuízo material e moral pela perda da clientela interessada em realizar exames de DNA que não teve acesso ao laboratório por se encontrar na lista telefônica número de linha diverso do previsto na contratação, subindo os autos ao Tribunal de Justiça de Goiás.

A Corte do Estado de Goiás, conferiu a indenização pleiteada pelo laboratório, por acreditar ter havido a perda de chance de auferir rendimentos em virtude da perda da possível clientela que obteria caso seu número de linha estivesse corretamente inserido na lista telefônica, enquadrando a perda de chance, no entanto, no conceito de lucro cessante, por entender tratar-se do mesmo instituto.

É o que se pode depreender da transcrição de excerto do acórdão prolatado:

[...] A fixação do montante indenizatório por lucro cessante decorrente de perda de chance deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, devendo corresponder não ao prejuízo que simplesmente poderia ser sofrido pela parte, mas àquilo que provavelmente, a partir de parâmetros consistentes de probabilidade, mitigou a certa possibilidade de uma situação favorável à vítima. [...] Nesse contexto, não se pode negar que a divulgação errônea de número de linha telefônica diminui seriamente as chances de se viabilizar melhor acesso do consumidor ao serviço que a empresa oferece no mercado, fazendo com que haja a perda de oportunidade de auferir rendimentos, mormente quando se sabe da existência de considerável tendência do consumidor buscar

²¹⁹ GOIÁS, Tribunal de Justiça de Goiás, Apelação Cível n. 129372-8/188, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Sival Guerra Pires, julgado em 21/07/2009.

informações de fornecedores em lista telefônica, revelando eficácia deste meio propagandista para obtenção de clientela. A doutrina tem reconhecido a indenizabilidade desta diminuição de potencial de ganhos, como lucro cessante, por perda de chance, afirmando que a possibilidade de se colocar numa situação vantajosa tem, por si, valor econômico. [...] Evidente que em todo evento futuro e incerto contém, em si, dados de aleatoriedade, mas, diferentemente do que ocorre com dano eventual, no dano por lucros cessantes decorrentes da perda de chance, além daquele concorrente, insere-se elementos da ciência da estatística, notadamente as probabilidades. Com efeito, não se trata de dano eventual ou puramente hipotético, mas verdadeira perda de chance de obtenção de uma vantagem econômica. Não se procura simplesmente indenizar o dano material que, em si, poderia ter ou não se concretizado, mas a oportunidade de ganho afastada pelo comportamento alheio. [...] Portanto, caracterizada a ocorrência de lucros cessantes pela perda de chance da autora fornecer onerosamente seus serviços a consumidores, impõe-se o reconhecimento da parte ré indenizá-la.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, ao analisar a Apelação Cível n. 70027731231, relatada pelo Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, equivocou-se no mesmo sentido, equiparando a perda de chance ao lucro cessante.

A autora pugnava por indenização por danos materiais e morais em virtude de inscrição indevida de seu nome em cadastro de inadimplentes. A Corte gaúcha, entendendo que havia sido devidamente comprovado nos autos que, em função da inscrição indevida de seu nome em cadastro de restrição ao crédito, ela havia deixado de auferir vantagens patrimoniais, lhe conferiu indenização pelos “lucros cessantes ou perda de chance” como se se tratassem de institutos análogos. É o que se pode retirar de fragmento da decisão proferida:

[...] É preciso, portanto, que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. Aqui, também, tem plena aplicação o princípio da razoabilidade. A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. A indenização, por sua vez, deverá ser da chance, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não dos ganhos perdidos. Restou devidamente comprovado nos autos, que em razão do ato ilícito praticado pela ré, a autora deixou de auferir vantagens. **Daí que, lucros cessantes ou perda de uma chance, pelo ângulo que se veja, a autora deve ser indenizada, além dos danos morais experimentados** [...] (grifo nosso).

O mesmo equívoco foi cometido pela 9ª Câmara Cível da Corte gaúcha no julgamento da Apelação Cível n. 70005473061²²⁰, de relatoria do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano ao, julgando um típico caso de perda de chance, arbitrar o *quantum debeat* a título de lucros cessantes.

Tratava-se de um caso de responsabilização civil de advogado por perda de prazo para interposição de recurso de apelação em ação indenizatória por acidente de trânsito. O acórdão reconheceu a indenizabilidade do dano sofrido pela constituinte consubstanciado na perda de chance de ver sua pretensão analisada em instância superior, conferindo-lhe indenização por perda de chance.

Muito embora tenha admitido tratar-se de um caso de chance perdida, o acórdão condenou a advogada ao pagamento do valor integral que seu antigo cliente, apelante, receberia caso o recurso tivesse sido tempestivamente interposto e provido, ou seja, condenou a mandatária ao pagamento de lucros cessantes.

SAVI, ao comentar o referido julgado, preleciona que:

[...] apesar de se tratar de um caso típico de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão, a nosso sentir equivocadamente, condenou o advogado ao pagamento dos lucros cessantes sofridos pelo autor da ação. Isto porque ninguém poderia afirmar que se o recurso tivesse sido interposto, ele seria provido com certeza. O máximo que se poderia afirmar era que o mesmo tinha muitas chances de êxito, e estas chances é que deveriam ter sido indenizadas.²²¹

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n. 1171977001²²², relatada pelo Desembargador Adilson de Araújo, reconheceu a responsabilidade civil de advogado por perda de uma chance em função da perda de prazo recursal pelo mandatário, conforme se pode depreender da ementa abaixo transcrita:

MANDATO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. PERDA DO PRAZO RECURSAL. TEORIA DA PERDA DA CHANCE.

²²⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70005473061, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003.

²²¹ SAVI, op. cit., p. 61.

²²² SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 1171977001, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, julgado em 04/08/2009.

VIABILIDADE DA CHANCE PERDIDA. NECESSIDADE. OCORRÊNCIA. APELO DO AUTOR PROVIDO. Imperiosa a utilização do critério da seriedade e realidade das chances perdidas, fazendo-se distinção dos danos potenciais e prováveis, indenizáveis, portanto, do danos puramente eventuais. No caso em apreço houve a perda do prazo para a interposição do recurso, e tal fato não foi negado, mas, ao contrário, candidamente admitido pela ré. Inafastável, pois, o dever de indenizar.

Entretanto, o mesmo equívoco cometido pela Corte gaúcha ocorreu aqui. O Tribunal paulista, em que pese tenha admitido tratar-se de um típico caso de responsabilização civil por chance perdida, fixou o montante indenizatório em valor correspondente ao que o constituinte teria recebido caso o recurso tivesse sido tempestivamente interposto e integralmente provido ao final. Ou seja, entendendo tratar-se de perda de chance, conferiu indenização pelos lucros cessantes.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, analisando a Apelação Cível n. 2007.001.47396²²³, de relatoria da Desembargadora Cristina Tereza Gaulia, conferiu indenização por perda de chance, cometendo, outrossim, alguns equívocos relativamente à teoria.

Tratava-se de um pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de rescisão unilateral de contrato de franquia, tendo havido desistência pelo franqueador após formalização do pacto e pagamento inicial pelo franqueado.

O franqueado pleiteava a devolução dos valores gastos com a abertura da franquia, bem como indenização material em virtude dos danos decorrentes da impossibilidade de explorar a franquia almejada, pela rescisão unilateral da franqueadora. Ademais, alegava quebra da boa-fé objetiva pelo fato de o franqueador ter rescindido a avença sob o fundamento de onerosidade operacional, passando a explorar ele próprio o empreendimento comercial no mesmo ponto em que pretendiam fazê-lo os requerentes.

O pedido foi julgado improcedente no juízo monocrático, ao que o franqueado interpôs recurso de apelação, subindo os autos ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O acórdão reformou a sentença, alegando tratar-se de perda da expectativa de bom negócio, gerando frustração nos apelantes de ver o negócio que pretendiam realizar sendo explorado pela própria franqueadora.

²²³ RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2007.001.47396, 2ª Câmara Cível, Rel. Desª. Cristina Tereza Gaulia, julgado em 26/09/2007.

O acórdão conferiu indenização por perda de chance aos apelantes, quantificando corretamente a chance perdida, no entanto equivocou-se na caracterização dos institutos, conforme se pode perceber de excerto do acórdão prolatado:

[...] Necessária adequação da nova teoria da perda da chance à já arraigada teoria geral da responsabilidade civil, em especial, quanto aos lucros cessantes. Perda da chance que projeta a perda de uma oportunidade de se obter vantagem ou evitar-se um mal, ambos futuros, mas com repercussão presente. Lucros cessantes que se voltam para a um fato passado, qual seja: a atividade lucrativa cessada, que servirá de base para aquilo que o lesado deixou de ganhar. Perda da chance que é espécie do gênero lucro cessante e sob esta ótica é de ser contemplada. Ressarcimento que reintegra o apelante por sua frustração em ver o negócio que idealizara explorado pelo pela própria franqueadora, em frontal quebra à confiança e à boa-fé; pela perda da expectativa do bom negócio, possibilidade que já se incorporara ao seu patrimônio jurídico e, portanto, deve ser ressarcida. [...] A perda da chance, portanto, é espécie do gênero lucros cessantes e sob tal ótica deve ser aqui contemplada.

Por razões anteriormente mencionadas, e que não convém aqui repetir, perda de chance e lucros cessantes, apesar de institutos próximos, não se confundem, e a inclusão da chance perdida como uma espécie de lucros cessantes, ou como uma nova maneira de enxergar o próprio instituto dos lucros cessantes, trata-se de mais um equívoco cometido na aplicação da teoria pelos juristas brasileiros, o que, conforme se verá nos tópicos seguintes, vem repercutir diretamente na equivocada quantificação do dano chance perdida.

4.1.3 A falta de fixação de critérios na quantificação da indenização pela chance perdida

Consoante visto até aqui, a indenizabilidade do dano consubstanciado na perda de chance de auferir uma vantagem futura ou evitar a ocorrência de um prejuízo foi amplamente acatada, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, o fato de haver ainda pouca discussão doutrinária sobre o tema, contando o cenário nacional com pouquíssimas obras mais aprofundadas acerca da referida

teoria, faz com que o assunto acabe por ser tratado, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma superficial, apesar de seu reconhecimento.

Assim, a indenização da chance perdida, muito embora seja amplamente admitida pelos juristas pátrios, não é discutida mais a fundo, com raríssimas exceções, conforme se verá adiante neste trabalho monográfico, o que faz com que não haja uma sistematização sobre a fixação de critérios na quantificação da indenização por dano decorrente da perda de chance.

Atualmente, como a aplicação da referida teoria vem se dando de forma superficial no cenário jurídico brasileiro, a quantificação do dano dela decorrente vem sendo tratada da mesma forma. Isso ocorre, principalmente, em virtude dos equívocos já apontados, como o enquadramento da chance perdida como modalidade de dano moral e a confusão entre os conceitos de perda de chance e de lucros cessantes.

Conforme analisado nos julgados acima transcritos, em muitas das decisões proferidas pelos tribunais pátrios, apesar de reconhecerem tratar-se de um caso de perda de chance, muitos magistrados, na quantificação, arbitram o valor a título de danos morais, ou então, de lucros cessantes.

Por óbvio que a fixação do *quantum* indenizatório no campo da responsabilidade civil consiste numa árdua tarefa aos magistrados em virtude de o caso concreto trazer, em si, a certeza da reparação, cabendo a eles toda a análise acerca do montante a ser arbitrado a título ressarcitório.

Como bem assinalado por VENOSA, “quando o juiz decide matéria de responsabilidade civil, a tarefa mais árdua não é convencer-se da culpa, mas conferir à vítima a indenização mais adequada. Em indenizações complexas, a liquidação dos danos é, portanto, a questão mais sensível”.²²⁴

Sendo a quantificação dos danos uma questão controversa já na esfera da responsabilidade civil geral, essa dificuldade é ainda mais acentuada quando se fala em responsabilidade civil por perda de chance, uma vez que a própria teoria já é, em muitos de seus aspectos, uma questão polêmica.

²²⁴ VENOSA, op. cit., p. 30.

PETEFFI corrobora a afirmação, aduzindo que “a questão da quantificação dos danos em decorrência da perda de uma chance é bastante tormentosa na jurisprudência pátria. Tal situação é agravada pelo grande número de decisões judiciais que decide pela quantificação do dano em procedimento de liquidação de sentença.”²²⁵

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, ao analisar a Apelação Cível n. 591064837²²⁶, de relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, reconheceu a responsabilidade civil de mandatário por perda de uma chance em razão de não ter proposto a devida restauração de autos extraviados, fazendo com que sua cliente perdesse a chance de ver sua pretensão analisada pelo Poder Judiciário.

O acórdão concluiu pela indenização da constituinte por perda de chance, determinando, no entanto, que a indenização fosse fixada em liquidação de sentença, se atendo a ressaltar que o valor arbitrado deveria corresponder “apenas à perda de chance”, consoante se verifica de fragmento da decisão proferida:

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

NOVAIS DIAS, ao analisar o julgado, comentou que “também nesse acórdão o tribunal empurrou a solução do problema para o juiz da execução [...]”.²²⁷

O Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento da Apelação Cível n. 833²²⁸, relatada pelo Desembargador Carlos Hoffmann, a qual tratava de responsabilidade civil de advogado por perda de prazo recursal, concluiu que:

[...] O prejuízo da parte consiste na perda da possibilidade de ver apreciado o mérito da causa na instância superior. Não se configurando qualquer causa de exclusão de responsabilidade civil do advogado, impõe-se a procedência do pedido indenizatório,

²²⁵ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 221.

²²⁶ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 591064837, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29/08/1991.

²²⁷ NOVAIS DIAS, op. cit., p. 56.

²²⁸ PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 833, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Hoffmann, julgado em 22/04/1996.

com fixação da indenização através de arbitramento em liquidação de sentença, levando-se em conta que o dano corresponde à perda de uma chance.

E esta não é a única problemática relativamente à indenizabilidade da chance perdida. Mesmo quando a escolha do *quantum* indenizatório é feita pelo magistrado quando da prolação da sentença ou acórdão, não é seguido critério algum para essa fixação, ficando a cargo de cada magistrado o modo pelo qual será estabelecido este valor.

Nas palavras de PETEFFI:

Mesmo em alguns acórdãos nos quais a quantificação do dano pela perda de uma chance é levada a cabo, não há qualquer menção expressa à metodologia empregada para se chegar ao valor conferido à vítima, denotando, para o operador do direito, a impressão de uma quantificação realizada ‘por sentimento’, isto é, sem qualquer critério técnico.²²⁹

Assim, o que se pode afirmar é que os julgados sobre perda de chance na jurisprudência pátria caracterizam-se, em sua quase totalidade, pela quantificação equivocada dos danos. Muitos deles, como visto, conferem indenização a título de danos morais por não encontrarem critérios suficientes a fundamentar uma indenização por dano material.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível n. 0486468-8²³⁰, de relatoria do Desembargador José Augusto Gomes Aniceto, no qual o Tribunal de Justiça do Paraná, analisando caso de responsabilização civil de advogado por perda de chance cometeu flagrante equívoco na quantificação do prejuízo.

Tratava-se de uma ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em virtude da não-interposição de ação para a qual o causídico fora contratado, o que fez com que decaísse o direito da autora, ocasionando a perda de chance por parte desta de ver seu pedido apreciado pelo Poder Judiciário.

Muito embora o acórdão tenha sido claro no reconhecimento da perda de uma chance, vinculando o dano sofrido pela autora à impossibilidade de ver apreciado seu pleito pelo Poder Judiciário, valorou o dano sofrido como sendo caso de dano moral.

²²⁹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 221.

²³⁰ PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0486468-8, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, julgado em 16/07/2009.

É o que se pode perceber da transcrição de excerto do acórdão prolatado:

[...] DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANOS MORAIS DEMONSTRADOS PELA PERDA DA CHANCE DE VER SEU PEDIDO APRECIADO PELO PODER JUDICIÁRIO - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE [...] Porém, não é necessário que se apure se a autora/apelada tinha ou não direitos em relação à ação trabalhista. Isto porque a perda da chance de ter seu direito analisado pelo Poder Judiciário dá ensejo ao dano moral, sendo que não teve a oportunidade de que fosse apurado eventual benefício econômico que seria incorporado ao seu patrimônio.

Em outros pretórios nacionais, o montante da indenização da chance perdida é calculado tendo em vista a vantagem final. Diante desta perspectiva, PETEFFI assinala que existe uma dúvida, na jurisprudência pátria, quanto ao verdadeiro dano que está sendo indenizado, se o dano final ou a chance perdida. Segundo ele, nossos julgados conferem “a reparação do dano final em casos de perda de uma chance”.²³¹

Ao que SAVI conclui:

Nem sempre a quantificação da indenização pela perda da chance poderá ser feita facilmente. Contudo, a dificuldade de medir a extensão do dano jamais poderá ser utilizada como fundamento para os que eventualmente sejam contra a indenização das chances perdidas em nosso ordenamento. Afinal, [...] a possibilidade de existência de um dano certo em determinados casos de perda de chance se revela evidente.²³²

Ou seja, a dificuldade na fixação do *quantum debeatur* nos casos de indenização da chance perdida, não se pode mostrar como um obstáculo ao ressarcimento deste prejuízo, mas sim como um impulso à criação de uma metodologia de quantificação destes novos danos, que se mostre adequada ao ordenamento jurídico brasileiro e que possa ser utilizada no sentido de uma uniformização do modo de indenizá-los, buscando-se proporcionar, tanto quanto possível, segurança jurídica aos pleiteantes.

²³¹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 220.

²³² SAVI, op. cit., pp. 64-65.

5.1 Critérios de quantificação da indenização por perda de chance

A discussão doutrinária brasileira sobre a questão da quantificação do dano decorrente da perda de uma chance de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo, como visto, ainda se dá de forma bastante superficial, não tendo sido realizada uma sistematização acerca dos critérios a serem utilizados.

Assim sendo, grande parte dos civilistas pátrios não dissertam sobre o tema e, quando o fazem, somente se referem à necessidade de o montante fixado ser inferior ao valor que teria o dano final, por tratar-se apenas de chance perdida.

Neste sentido, trecho da lição de GONDIM:

Não há que se cogitar uma reparação equivalente ao benefício que provavelmente ocorreria, devendo o valor ser apurado pela chance e não pela perda, não podendo ser avaliado o dano causado, mas apenas a chance, tendo em vista que esta é comprovadamente a lesão do ofendido. O prejuízo da vítima é considerado como o evitamento do dano. Isto porque, o que será ressarcido não é a morte do paciente, por exemplo, mas sim a sua impossibilidade de sobrevivência.²³³

VENOSA, ao analisar julgado do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, relativo à responsabilidade civil de advogado por perda de prazo para propositura de demanda trabalhista, fazendo prescrever o direito do cliente de ver seu pleito analisado pelo Poder Judiciário, comenta que “na perda de chance por culpa do advogado, o que se indeniza é a negativa de possibilidade de o constituinte ter seu processo apreciado pelo Judiciário, e não o valor que eventualmente esse processo poderia propiciar-lhe a final”.²³⁴

Sobre o assunto, SERPA LOPES limita-se a afirmar que “tal indenização, porém, se refere à própria *chance*, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que

²³³ GONDIM, op. cit., p. 33.

²³⁴ VENOSA, op. cit., p. 179.

dela era objeto, uma vez que o que falhou foi a *chance*, cuja natureza é sempre problemática em sua realização”²³⁵ (grifos no original).

CAVALIERI, na mesma linha dos demais doutrinadores, aduz que “a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”. Ou seja, o autor não se aprofunda sobre o tema quantificação, deixando a cargo do magistrado a escolha do critério a ser utilizado, uma vez que afirma que “o valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz, atendendo também ao princípio da razoabilidade”.²³⁶

Outra parte da doutrina clássica a tratar da aplicação da perda de chance no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese também não tenha se aprofundado sobre o aspecto da quantificação do dano da chance perdida, tende a seguir o caminho correto da fixação do montante indenizatório.

O que ocorre é que a maioria dos doutrinadores civilistas pátrios defende a tese de que o valor da chance perdida deve ser calculado de acordo com a probabilidade de que a vantagem final fosse alcançada, calculando-se o percentual de chances de vitória ao final do processo aleatório que a vítima possuía em seu patrimônio no momento da ocorrência do evento danoso, apesar de, como outrora afirmado, não se aprofundarem sobre o assunto.

ALVIM, por exemplo, em sua obra de 1965, já defendia este modo de quantificação do prejuízo. É o que se pode depreender de excerto de sua obra no qual o autor, ao exemplificar um caso de perda de prazo por advogado, afirma que o que deve ser levado em conta é a probabilidade de que a causa fosse ganha em segunda instância, concluindo que:

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença de primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.²³⁷

KFOURI NETO, segue a mesma linha ao dissertar sobre a responsabilidade médica por perda de chance de cura ou sobrevivência. Segundo o autor:

²³⁵ SERPA LOPES, op. cit., p. 391.

²³⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 75.

²³⁷ ALVIM, op. cit., p. 191.

Na estipulação do *quantum*, deve ser levada em conta a probabilidade de que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima, ou seja, o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas a proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso.²³⁸

Conforme DINIZ, “a perda de uma oportunidade é um dano, cuja avaliação é difícil, por não ser possível a condução da vítima ao *status quo ante*, pois não mais terá a chance perdida. O lesado deve ser indenizado pelo equivalente daquela oportunidade; logo o prejuízo terá um valor que variará conforme maior ou menor probabilidade de a chance perdida se concretizar”.²³⁹

Na lição de ÊNIO ZULIANI, transcrita por GONÇALVES, apesar de ser prelecionada a quantificação medida pela probabilidade do alcance da vantagem esperada, a fixação do valor indenizatório fica a cargo da prudência do magistrado, defendendo o autor, assim como CAVALIERI, o julgamento por equidade. Em suas palavras:

[...] na ação de responsabilidade ajuizada pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance. [...] o único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz.²⁴⁰

Ao que GONÇALVES complementa que “a indenização da chance perdida será *sempre inferior* ao valor do resultado útil esperado”²⁴¹ (grifos no original).

JEOVÁ SANTOS coloca-se em uma posição um pouco diferente com relação ao doutrinadores até aqui citados. O autor, assim como eles, ensina que, em casos de perda de chance, o lesado não deve receber a totalidade da vantagem esperada, mas uma porcentagem proporcional à probabilidade de sua concretização.

²³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

²³⁹ DINIZ, op. cit., p. 68.

²⁴⁰ ZULIANI, Ênio *apud* GONÇALVES, op. cit., p. 257.

²⁴¹ GONÇALVES, op. cit., p. 257.

No entanto, o autor vai um pouco além, fixando os padrões que, segundo ele, devem ser observados pelo magistrado quando da mensuração do valor da chance frustrada:

a) a situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse se realizado. Deve tomar em conta, para isso, a existência e grau da álea; b) a chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; c) o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizada a chance o obtido o benefício esperado. Os juízes devem considerar integralmente a álea que afeta a realização da chance perdida; é por isso que a indenização deverá ser, em princípio, menor que a que corresponderia no caso de certeza total do dano. O que não significa que, por tratar-se de uma chance, a condenação seja irrisória que, para a vítima, constitua um valor simbólico.²⁴²

Assim, o que se pode depreender é que poucos foram os doutrinadores brasileiros que se dedicaram à apresentação de uma proposta consistente de quantificação das chances perdidas, a grande maioria furtando-se de uma análise mais aprofundada sobre o tema, com raríssimas exceções.

Por esta razão, traz-se à colação, adiante, os trabalhos mais consistentes acerca do tema, e que podem se mostrar como uma base para o início da criação de uma metodologia de quantificação da perda de chance no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1.1 A proposta de Noronha

NORONHA propõe uma classificação peculiar das chances perdidas, distinta das vistas até aqui. Para o autor, a perda de uma chance clássica é a *perda da chance de obter uma vantagem futura*. Assim são denominadas as hipóteses em que “devido a um fato antijurídico passado, fica frustrada a possibilidade de obter uma vantagem que era esperada no futuro”.²⁴³

²⁴² JEOVÁ SANTOS, op. cit., pp. 107-108.

²⁴³ NORONHA, op. cit., p. 669.

Já o caso em que “fica frustrada a possibilidade de evitar um prejuízo futuro”²⁴⁴ denomina de *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido*, o qual subdivide em duas categorias: *perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo* e a *perda de uma chance por falta de informação*. Quanto à última espécie, o autor aduz ocorrer, geralmente, nos casos de responsabilidade médica.

No que respeita à indenizabilidade de tais danos, o civilista preleciona que:

[...] nos dois casos a aferição do valor do dano depende de elementos que se projetam para um momento futuro, com relação a esse ponto de referência inicial: a determinação da verossimilhança da vantagem esperada depende do grau de probabilidade que havia em obtê-la no futuro, tal como, inversamente, a avaliação do prejuízo que efetivamente aconteceu depende do cômputo do grau de probabilidade que havia em ele poder ser evitado.²⁴⁵

NORONHA propõe que, na verificação da indenizabilidade destes danos, se verifique, primeiramente, a realidade e seriedade da chance perdida, recorrendo-se “às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.²⁴⁶

Após esta verificação, ensina que é necessário analisar o montante indenizatório, ou seja, o valor da chance perdida. Neste sentido, assevera que “a determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse”. Para ele “essa probabilidade há de ser traduzida numa *percentagem* sobre o valor do *dano total* (ou *dano final*) que o lesado teria, se a vantagem desejada se concretizasse”²⁴⁷ (grifos no original).

E exemplifica:

[...] se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chances de reverter a sentença, a indenização final pela perda de chance deveria ser de três mil reais.²⁴⁸

²⁴⁴ Ibidem., p. 669.

²⁴⁵ Ibidem., p. 665.

²⁴⁶ Ibidem., p. 674.

²⁴⁷ NORONHA, op. cit., p. 675.

²⁴⁸ Ibidem., p. 675.

No que concerne aos aspectos da quantificação do dano consubstanciado na chance perdida, conclui afirmando que “o fato de a reparação ser concedida sob a forma de percentagem incidente sobre o valor que teria o dano final não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. [...] O que acontece é ter a chance perdida um valor menor do que o dano dito final”.²⁴⁹

5.1.2 A proposta de Savi

SAVI, analisando a experiência italiana acerca da teoria da perda de uma chance, corrobora o método de quantificação das chances perdidas proposto por NORONHA, estabelecendo algumas importantes premissas a serem seguidas pelos juristas pátrios na sua aplicação.

O autor, como já visto, enquadra o dano da perda de chance como um dano material emergente. Assim sendo, defende que “a indenização da chance perdida *será sempre inferior* ao valor do resultado útil esperado”, pois, se a ocorrência da vantagem esperada ao final fosse certa, “a hipótese seria de indenização dos lucros cessantes e não da perda da chance, entendida, repita-se, como dano material emergente”.²⁵⁰

Em que pese o autor não se refira, expressamente, à natureza jurídica da chance perdida como um dano autônomo do dano final, assim como leciona PETEFFI, dá a entender ser adepto a essa corrente, defendendo o valor da chance perdida no momento da ocorrência do fato antijurídico “independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a tivesse privado daquela possibilidade”.²⁵¹

²⁴⁹ Ibidem, p. 675.

²⁵⁰ SAVI, op. cit., p. 63.

²⁵¹ Ibidem, p. 63.

Como visto, o autor comunga da opinião de NORONHA no que se refere ao valor da chance perdida. Relativamente ao cálculo de probabilidade de ocorrência da vantagem final esperada, o mesmo se dá. Para SAVI, a quantificação do dano “deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada”.²⁵²

Fundamentando suas alegações, o autor traz à baila um julgado italiano acerca de perda de chance, aconselhando sobre o modo como deveria ter sido quantificado o prejuízo.

Tratava-se de um pretório de 1992, julgado pelo Tribunal de Monza, no qual um piloto de carros de corrida, intentando chegar à Fórmula 1, pagou um milhão e duzentas mil libras a uma equipe de automobilismo para que pudesse participar do campeonato de Fórmula 3000 e, um dia, chegar à Fórmula 1.

No entanto, tendo o piloto sido excluído da corrida logo no seu início, teve contra si ajuizada uma ação por descumprimento contratual interposta pela citada equipe. O piloto, então, apresentou reconvenção alegando perda de chance de chegar ao circuito da Fórmula 1 por culpa da referida equipe, tendo sido este julgado procedente.

Ocorre que, em que pese tenha sido julgada procedente, a quantificação do dano sofrido pelo piloto foi equivocada, segundo SAVI. Aduz o autor que o Tribunal de Monza escolheu, aleatoriamente, uma porcentagem da cláusula penal prevista no contrato entabulado entre as partes, que era de quinhentos milhões de libras, estabelecendo uma indenização no valor de quatrocentos milhões de libras.²⁵³

Ao analisar referido julgado, SAVI leciona que:

Apesar de ser muito difícil definir o valor das chances em atividades esportivas, em razão da álea inerente a estas atividades, o tribunal poderia ter feito um esforço maior para determinar o montante da indenização. Deveria ter buscado descobrir (i) qual é o percentual de pilotos que são promovidos à categoria da Fórmula 1 a cada ano; (ii) qual era o recorde do piloto em questão; e (iii) quanto ganha em média um corredor de Fórmula 1 em início de carreira. As respostas a tais indagações permitiriam uma condenação mais coerente com o direito postulado pela vítima.²⁵⁴

²⁵² Ibidem, p. 63.

²⁵³ Cf. SAVI, op. cit., p. 64, nota 43.

²⁵⁴ SAVI, op. cit., p. 64, nota 43.

No entanto, SAVI estabelece algumas premissas não mencionadas por NORONHA. No que concerne à responsabilização civil do advogado por perda de chance de seu constituinte, por exemplo, o autor menciona que “com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e, conseqüentemente, a inserção da súmula vinculante em nosso sistema jurídico, será possível, em determinados casos concretos de responsabilidade civil de advogados, condená-los ao pagamento de indenização consistente naquilo que o seu constituinte obteria se tivesse vencido a demanda”.²⁵⁵

E explica que, através das súmulas vinculantes, as quais estabelecerão previamente a posição que, muito provavelmente, será seguida pelo Tribunal de Justiça por ser a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o cliente prejudicado, demonstrando que seu caso está previsto na súmula vinculante, poderá pleitear o ressarcimento dos valores que perceberia com a procedência de seu pedido, pois estará provando que o Tribunal julgaria favoravelmente à sua pretensão caso ela fosse analisada.

Nos dizeres de SAVI, “sabendo-se de antemão qual é a posição do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria e estando o Tribunal de origem vinculado àquele posicionamento, é razoável acreditar que o cliente do advogado negligente obteria uma decisão naquele sentido”.²⁵⁶

E continua, demonstrando como se procederá nestes casos concretos:

Para tanto, a vítima do dano (o cliente do advogado negligente) deverá demonstrar que a situação fática que deu origem à ação judicial em que foi derrotado por negligência do advogado era idêntica à dos casos que o Supremo Tribunal Federal se utilizou para a emissão da súmula vinculante. Demonstrada a identidade das situações fáticas – na ação judicial perdida e nos casos que deram origem à súmula vinculante – e que a súmula vinculante obrigaria o Tribunal julgado a acolher o pedido do cliente prejudicado, o advogado negligente deveria ser condenado ao pagamento de indenização, a título de lucros cessantes, de tudo aquilo que seu cliente razoavelmente receberia em caso de provimento do recurso intempestivamente interposto, ou seja, em caso de vitória na ação judicial em que foi derrotado.²⁵⁷

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 62.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁵⁷ SAVI, *op. cit.*, p. 62.

5.1.3 A proposta de Peteffi

É da autoria de PETEFFI a obra brasileira mais completa em termos de quantificação das chances perdidas, seguindo a sistemática utilizada no sistema da Common Law, por ser este “mais sofisticado do que o sistema francês”²⁵⁸. Assim, é o civilista quem estabelece as mais importantes premissas a serem utilizadas pelos juristas pátrios quando da estipulação do valor a ser arbitrado a título de indenização por perda de chance.

PETEFFI, seguindo o mesmo caminho depois trilhado por NORONHA e SAVI, preleciona que “a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima”, acrescentando que “mesmo nas espécies de dano moral, tal regra deve ser obedecida”.²⁵⁹

Sendo assim, estabelecendo a autonomia das chances perdidas como o grande referencial a ser utilizado na quantificação da perda de chance, o autor exemplifica:

[...] tem-se aquele do proprietário de um cavalo de corrida que esperava ganhar a importância de R\$ 20.000,00 (vantagem esperada), proveniente do primeiro prêmio da corrida que seu cavalo participaria não fosse a falha do advogado, o qual efetuou a inscrição do animal de forma equivocada. Se as bolsas de aposta mostravam que o aludido cavalo possuía vinte por cento (20%) de chances de ganhar o primeiro prêmio da corrida, a reparação pelas chances perdidas seria de R\$ 4.000,00.²⁶⁰

E traz à colação lição de JEAN-PIERRE COUTURIER, o qual assevera que “a ‘função chance perdida’ é a derivada da ‘função vantagem esperada’ (dano final)”²⁶¹ e acrescenta que aquela “varia conforme esta, mantendo a sua autonomia”.²⁶²

PETEFFI alega, ainda, que a jurisprudência norte-americana segue o mesmo caminho das Cortes francesas, exemplificando com alguns julgados. Entre estes, colaciona um

²⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 146.

²⁵⁹ Ibidem, pp. 142-143.

²⁶⁰ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 144.

²⁶¹ COUTURIER, Jean-Pierre *apud* PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 144.

²⁶² PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 144.

pretório analisado por JOSEPH KING JR., o qual, em função de sua complexidade, convém que se analise:

Imagine-se um paciente que é morto devido a uma dose excessiva de medicação (*overdose*). Sem a presença da falha médica, o paciente possuía quarenta por cento (40%) de chances de curar-se e viver mais trinta e cinco anos. Mesmo que a aludida cura não se concretizasse, o paciente certamente teria mais seis meses de vida, caso a falha médica (*overdose*) não tivesse ocorrido. [...] Dessa forma, os herdeiros da vítima receberiam indenização pelos seis meses de vida que ela certamente teria, mesmo com a provável (60%) subsequente morte pela doença. Em outro momento, após os seis meses, a perda da chance de sobreviver seria quantificada, ou seja, quarenta por cento do valor de a vítima viver trinta e quatro anos e seis meses.

Pelo fato já destacado de o sistema da Common Law de quantificação das chances perdidas ser o mais completo atualmente, PETEFFI baseia seus estudos na sistemática estabelecida por aquele ordenamento como uma proposta de importação dos principais conceitos para o sistema jurídico. Isto porque, como visto, ele carece de uma sistematização quanto ao método de quantificação deste novo conceito alargado de dano, sendo esta a única forma de mitigar-se os grandes equívocos ainda cometidos aqui na aplicação da estudada teoria.

5.1.3.1 Combinação de eventos aleatórios

A sistemática da combinação de eventos aleatórios foi desenvolvida por JOSEPH KING JR., para o qual “em algumas hipóteses, o cálculo das chances perdidas deverá levar em conta a participação de dois ou mais eventos aleatórios”,²⁶³ princípio denominado “*conjunction*”.

PETEFFI explica o modo como se dá este método de quantificação:

²⁶³ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 146.

Quando dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de um evento, a probabilidade de tal evento acontecer decresce exponencialmente. A regra que determina a junção de dois ou mais fatores aleatórios pode ser descrita da seguinte forma: a probabilidade de dois eventos ocorrerem é igual à probabilidade de o primeiro evento ocorrer, multiplicada pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, depois de se saber que o primeiro evento de fato ocorreu.²⁶⁴

E exemplifica através de um fato médico relatado por JOSEPH KING JR. Trata-se de um caso em que o médico não indica à paciente a realização de um exame complementar, em que pese seja facilmente perceptível a necessidade de sua realização ante o quadro clínico da paciente.

Dezoito meses depois, descobre-se que a vítima está com câncer terminal. Se o médico tivesse diagnosticado a doença mediante exame complementar à época da primeira consulta, a paciente teria cinquenta e cinco por cento de chances de ter uma sobrevida normal. Porém, devido ao local do tumor cancerígeno, a chance do aludido exame complementar diagnosticar a doença não era de cem por cento, mas de apenas oitenta e cinco por cento. Dessa forma, há que se considerar os dois fatores aleatórios em jogo, pois não era absolutamente certo que a paciente viveria após o diagnóstico tempestivo, bem como não era absolutamente certo que o exame complementar levaria a um diagnóstico correto. Assim, a chance de sobrevida perdida foi de 46,75%, eis que 0,85 multiplicado por 0,55 é igual a 0,4675.²⁶⁵

Por fim, o civilista adverte para o fato de que raramente se terá absoluta certeza com relação ao liame causal. “Em regra, o juiz chega à conclusão de que um dano foi ‘consequência certa e direta’ de determinado ato por meio de um julgamento probabilístico”. E completa: “Dessa forma, é usual que os juízes considerem que determinado fator, quando apresenta um alto grau de probabilidade de ser verificado (maior ou igual a noventa por cento), não seja incluído no cálculo do ‘princípio da *conjunction*’”.²⁶⁶

5.1.3.2 O novo método de quantificação das chances perdidas proposto por Paul Speaker

²⁶⁴ PETEFFI DA SILVA, op. cit, p. 146.

²⁶⁵ Ibidem, p. 147.

²⁶⁶ Ibidem, p. 147.

PETEFFI traz, por fim, a hipótese criada por PAUL SPEAKER no que concerne à quantificação das chances perdidas, objetivando generalizar sua proposta de sistematização de uma nova metodologia de valoração das chances perdidas, a qual foi restringida pelo norte-americano à seara médica.

Nas palavras do civilista brasileiro: “Utilizando-se das ações coletivas como paradigma, o autor confere elementos para uma diferenciação na sistemática de quantificação das chances perdidas, segundo as características de cada espécie”.²⁶⁷

Para o autor norte-americano, explica PETEFFI, “quando o dano final já ocorreu e o processo aleatório chegou até o seu final, a única postura cabível é perguntar qual a causa do dano final e não quantas chances foram perdidas. Vislumbrar o aumento de probabilidades de causar um dano como uma espécie de prejuízo autônomo somente faria sentido nos casos em que o dano final ainda não ocorreu”.²⁶⁸

Desta forma, SPEAKER criou um novo método de quantificação, dirigindo seu estudo aos casos em que uma coletividade, uma classe de indivíduos sofreu danos. “Paul Speaker acredita que, nos casos de ações coletivas esta objeção não seria eficaz, já que o autor da ação de indenização é toda uma classe, cujos danos são muito bem caracterizados pela média dos danos sofridos, ou seja, pela exata probabilidade auferida na perícia médica”²⁶⁹, menciona PETEFFI.

O norte-americano critica a metodologia tradicional de quantificação, pois, em sua concepção, o método tradicional não confere “a integralidade dos danos causados pela conduta do agente para as verdadeiras vítimas. Se o processo aleatório foi até o seu final, pode-se separar o grupo que efetivamente sofreu o dano final daquele para o qual a conduta equivocada do réu não representou qualquer dano efetivo, concedendo a reparação apenas ao primeiro”.²⁷⁰

Assim, o SPEAKER estabelece uma fórmula geral para abranger todos os casos de quantificação de chances perdidas nos quais o processo aleatório tenha chegado ao seu final, com a perda definitiva da vantagem esperada. Segundo ele:

²⁶⁷ PETEFFI DA SILVA, op. cit, p. 147.

²⁶⁸ Ibidem, p. 148.

²⁶⁹ Ibidem, p. 148.

²⁷⁰ Ibidem, p. 150.

Se a chance de a pessoa evitar o dano final pode ser representada por “X”, mas após a conduta do réu essa chance diminuída passa a ser representada por “Y”, observa-se que a verdadeira chance perdida é igual a “X” menos “Y”, dividido por 1 menos “Y” [...].²⁷¹

E PETEFFI exemplifica:

Tome-se, por exemplo, o caso de uma fábrica que contaminou o lençol freático de uma determinada cidade, restando cientificamente comprovado que a ingestão daquela água contaminada aumenta as probabilidades de os bebês nascerem com Síndrome de Down. Também restou comprovado que, antes da contaminação da água, a taxa de nascimento de bebês com Síndrome de Down era de um por cento (1%). Após a contaminação, essa taxa passou a ser de dois por cento (2%). Nesse caso, se a metodologia tradicional fosse utilizada, que consiste em apurar a diferença entre as chances que a vítima possuía antes da conduta do agente e as chances restantes após a conduta deste mesmo agente, haveria um por cento (1%) de chances perdidas ($2 - 1 = 1$), já que a criança que possuía noventa e nove por cento (99%) de chances de viver após a contaminação passou a ter noventa e oito por cento (98%). Entretanto, se a fórmula proposta por Paul Speaker for utilizada, o percentual seria de cinquenta por cento (50%) de chances de sobreviver perdidas, já que, em cada dois bebês com Síndrome de Down, um teve como causa a contaminação engendrada pela fábrica.

Importa salientar, ademais, que SPEAKER alerta para o fato de que “a metodologia de quantificação apresentada também deverá ser utilizada em demandas individuais, caso a jurisprudência decida continuar utilizando a responsabilidade pela perda de uma chance para os casos individuais em que o processo aleatório chegou até o final”.²⁷²

Ao tratar da utilização destes métodos de quantificação apresentados na aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio, PETEFFI entende ser apropriada a nova metodologia proposta por SPEAKER “para os casos em que o processo aleatório foi até o fim”.²⁷³

O autor brasileiro alerta, porém, para o fato de que “existem espécies de responsabilidade pela perda de uma chance que não apresentam essas características. Desse

²⁷¹ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 150.

²⁷² SPEAKER, Paul *apud* PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 151.

²⁷³ PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 152.

modo, pode-se afirmar que o autor propõe uma diferenciação em relação ao método de quantificação das chances perdidas, conforme as características do caso concreto”.²⁷⁴

E propõe que “naqueles casos em que a perda de uma chance se caracterize como um dano autônomo e independente, a metodologia clássica de quantificação dos danos poderia ser utilizada. Por outro lado, nos casos em que a chance perdida não passe de uma parcela do dano final, verificada através da utilização da causalidade parcial, a fórmula proposta por Paul Speaker seria a mais adequada”.²⁷⁵

E, por fim, conclui que a noção de causalidade parcial continua “sendo necessária para a verificação das chances perdidas, em qualquer caso em que o processo aleatório tenha chegado ao seu final”.²⁷⁶

²⁷⁴ PETEFFI DA SILVA, op. cit, p. 152.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 154.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 154.

CONCLUSÕES

A palavra “responsabilidade” pode ser traduzida como a obrigação que surge para alguém de responder pelas consequências de um ato praticado que tenha lesado um interesse de outrem. Ou seja, sempre que alguém cause prejuízo a outro indivíduo, surge a obrigação de reparar.

A responsabilidade civil tem lugar neste âmbito, como instituto destinado a preservar a harmonia das relações sociais entre os indivíduos, obrigando o agente de um ato ilícito a reparar os prejuízos patrimoniais ou morais causados, visando, no mais próximo possível, o retorno ao *status quo ante*. Assim, na responsabilidade civil, estão caracterizados dois escopos: a punição ao infrator e a proteção à vítima, indenizando ou compensando o mal por esta sofrido.

Atualmente, face às inúmeras mudanças sociais ocorridas, a responsabilidade civil moderna, visando adequar-se a estas mudanças, passou sua atenção mais à proteção da vítima, em detrimento da punição do ofensor, para que o prejudicado não suporte sozinho nenhuma consequência do ato ilícito praticado.

Para que este objetivo fosse atingido, tornou-se necessária a relativização de alguns de seus pressupostos caracterizadores, sobremaneira o dano e o liame causal. Neste cenário, abriu-se espaço ao surgimento do novo instituto da responsabilidade civil por perda de uma chance, destinado a abranger aqueles casos em que, apesar de o ofendido ter sofrido danos decorrentes de conduta de outrem, pela responsabilidade civil geral não seria possível que se concedesse uma reparação destes prejuízos, seja pela dificuldade de comprovação do liame causal entre estes e a conduta perpetrada pelo ofensor, seja pela dificuldade de comprovação da ocorrência do próprio dano.

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance surgiu na França, inicialmente destinada a abranger casos da seara médica, vindo, após, a estender-se a outras variadas hipóteses. Espalhou-se, depois, por países europeus, consolidando-se sobretudo na Itália, onde, inicialmente, lhe foi negada aplicação, entendendo os primeiros estudiosos italianos que se tratava de um dano meramente hipotético, uma situação fática que, portanto, não implicava qualquer necessidade de reparação.

Atualmente, o instituto da perda de uma chance possui aplicação irrestrita em diversos países da *Common Law*, Estados Unidos, França, Itália. No Brasil, tornou-se objeto de estudo apenas recentemente, tendo recebido, no entanto, por parte dos civilistas clássicos brasileiros, ampla aceitação, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente.

Em virtude do recentíssimo estudo e da pequena repercussão da teoria em solo brasileiro, muitos dos seus aspectos foram importados dos países onde já resta consolidada sua aceitação e aplicação. Em assim sendo, para que seja caracterizada a chance perdida, necessária a conjugação de alguns fatores essenciais como a seriedade e viabilidade da chance perdida. No tocante a estes aspectos, a aplicação se dá de forma correta pelos doutrinadores e na jurisprudência pátria.

No entanto, justamente em decorrência do parco estudo sobre o tema, muitos equívocos ainda são cometidos relativamente às demais nuances da teoria. Importa-se, por exemplo, das doutrinas civilistas alienígenas o caráter dúplice de sua natureza jurídica, ora sendo tratado como dano autônomo, independente do dano final, o que vem a ocorrer nos denominados casos clássicos da teoria, ora como uma mitigação do nexo de causalidade, o que, na maioria das vezes, se dá na área médica, ou seja, na perda de chance de cura ou sobrevivência.

No Brasil, entretanto, tal aspecto vem sendo ignorado pelos aplicadores do instituto, que, por esta razão, é confundido com o lucro cessante ou, ainda, como um mero agregador do dano moral.

Ocorre que, em que pese haja semelhanças entre a perda de chance e o lucro cessante, já que em ambos a vítima é privada de chegar ao final de um processo aleatório, obtendo vantagens futuras as quais almejava, na hipótese de lucros cessantes, a vantagem já estava ocorrendo e o ofendido é privado da obtenção dos lucros que percebia quando da ocorrência do dano, deixando a vantagem de ocorrer. Já no caso de perda de chance, a vítima estava em um processo aleatório que poderia levá-la a perceber alguma vantagem, mas esta não havia se concretizado ainda no momento da ocorrência do dano, sujeitando-se à implementação de uma condição fática para sua efetivação, o término do processo aleatório em que se encontrava.

Já relativamente à sua confusão como um mero agregador do dano moral, a tese não pode ser aceita porque o dano da chance perdida é um dano autônomo, podendo se

caracterizar tanto como um dano material, quanto um dano moral. O que não pode ocorrer é ser considerada como uma condição que, ocorrendo, vem a ser somada ao dano moral, aumentando o valor arbitrado a título indenizatório.

Um das maiores problemáticas, ainda, na aplicação da perda de chance no ordenamento jurídico brasileiro, ponto central deste trabalho monográfico, se dá com relação à fixação do *quantum debeatur* nos casos de responsabilização civil do ofensor pela perda de uma chance.

E essa problemática é, em grande parte, consequência da citada confusão entre perda de chance e lucros cessantes. Na medida em que a chance perdida é tratada como lucro cessante ou como dano moral, será como tal indenizada, ou seja, o dano indenizado não será a chance perdida (como prejuízo autônomo do dano final), mas a vantagem ao final esperada.

Assim, com relação ao estabelecimento do valor indenizatório, os tribunais pátrios, muitas vezes, ao aplicarem a teoria, acabam ressarcindo à vítima o equivalente à vantagem final esperada, o que é totalmente contrário à principal regra da quantificação das chances perdidas, a qual preceitua que o dano consubstanciado na chance perdida terá sempre um valor inferior ao da vantagem almejada.

Assim, o que se pode depreender é que poucos foram os doutrinadores brasileiros que se dedicaram à apresentação de uma proposta consistente de quantificação das chances perdidas, a grande maioria furtando-se de uma análise mais aprofundada sobre o tema, com raríssimas exceções.

No entanto, muito embora sejam raros os trabalhos nacionais mais consistentes acerca do tema, aptos, portanto, a se mostrarem como uma base para o início da criação de uma metodologia de quantificação da perda de chance no ordenamento jurídico brasileiro, eles já existem e apresentam as mais modernas metodologias utilizadas nos ordenamentos alienígenas.

Destarte, a dificuldade na fixação do *quantum debeatur* nos casos de indenização da chance perdida, não se pode mostrar como um obstáculo ao ressarcimento deste prejuízo, mas sim como um impulso à criação de uma metodologia de quantificação destes novos danos, que se mostre adequada ao ordenamento jurídico brasileiro e que possa ser utilizada no sentido de uma uniformização do modo de indenizá-los, buscando-se assegurar aos pleiteantes, na prática, sua garantia constitucional de segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.
- AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.
- ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 3 ed. atual., Rio de Janeiro e São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental n. 4364/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 29/10/1990.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 788.459/BA, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185/MG, Terceira Turma, Relator. Min. Nancy Andrighi, Brasília, julgado em 11/11/2008.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 846.455/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 10/03/2009.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 615.203/MS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25/08/2009.
- CARVALHO SANTOS. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI.

CAVALIERI FILHO, Sérgio . **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2009.

COUTO DE CASTRO, Guilherme. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. rev., atual. e reform., São Paulo: Saraiva, 2006.

GOIÁS, Tribunal de Justiça de Goiás, Apelação Cível n. 129372-8/188, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Sival Guerra Pires, julgado em 21/07/2009.

GOMES, Orlando. **Tendências modernas na Teoria da Responsabilidade Civil, in Estudos em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. IV.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. II.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, tomo II.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0024.05.700546-4/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Selma Marques, julgado em 17/09/2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0637.06.034545-0/002, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, julgado em 15/01/2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. IV.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III.

NOVAIS DIAS, Sérgio. **Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance**. São Paulo: LTr, 1999.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia jurídica: orientação metodológica para o Trabalho de Conclusão de Curso**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 833, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Hoffmann, julgado em 22/04/1996.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0471982-0, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Ribas, julgado em 18/11/2008.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0580250-4, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, julgado em 18/06/2009.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0486468-8, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, julgado em 16/07/2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2007.001.47396, 2ª Câmara Cível, Rel. Desª. Cristina Tereza Gaulia, julgado em 26/09/2007.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2008.001.32741, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julgado em 20/08/2008.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo Interno na Apelação Cível n. 63286/08, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, julgado em 14/01/2009.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 2009.001.46805, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, julgado em 02/09/2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 589069996, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 591064837, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29/08/1991.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70005473061, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70026384438, Rel. Des. Alzir Felipe Schimitz, julgado em 18/12/2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70030088462, 9ª Câmara Cível, Rel. Des^a. Íris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 24/06/2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 71001767789, Terceira Turma dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, Re. Des. João Pedro Cavalli Júnior, julgado em 13/08/2009.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70030588370, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 02/09/2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: LTr, 2003.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 1171977001, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, julgado em 04/08/2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral**. 7 ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. II.

SEVERO. Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. IV.