

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

RODRIGO ANTOLA AITA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA
APLICAÇÃO NO BRASIL**

Porto Alegre
2012

RODRIGO ANTOLA AITA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA
APLICAÇÃO NO BRASIL**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim.

Porto Alegre
2012

RODRIGO ANTOLA AITA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA
APLICAÇÃO NO BRASIL**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2012.

Conceito atribuído: ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim (orientador)
UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo
UFRGS

Prof. Dr. Luís Renato Ferreira da Silva
UFRGS

Ao meu saudoso avô, Waldomiro Augusto Aita, cujo exemplo de dedicação ao trabalho e de amor incondicional à família se perpetua ao longo das gerações.

AGRADECIMENTOS

Consigno minha eterna gratidão aos meus pais, Paulo e Graciela, meus incomparáveis baluartes de amor altruísta e incondicional, aos quais devo a herança genética, o gosto pelo saber e, acima de tudo, a construção e solidificação dos mais altos valores morais.

Ao meu irmão, Stefano, cúmplice da minha infância e melhor amigo da vida inteira.

Aos meus tios, Amaro e Cristina, por terem-me aberto as portas de sua casa e de seus corações, recebendo este sobrinho, vindo do interior, como se filho fosse.

Aos queridos amigos, Ailime, Arthur, Fellipe, Guilherme, Lucas e Nathalia, outrora ilustres desconhecidos e que os anos de companheirismo na graduação transformaram em personagens essenciais da minha vida.

Aos saudosos amigos que, embora os tenha deixado fisicamente na cidade de Santa Maria, acompanham-me em cada etapa da minha vida, transformando a bela nostalgia de tempos passados em força e motivação para os tempos futuros.

À Bibiana, pelo constante carinho, companheirismo e tolerância, bem como pela alegria contagiante e admirável otimismo com que enfrenta as intempéries da existência humana.

Ao amigo Fábio, pela disposição e eterna boa-vontade com que exerceu, concomitantemente, os papéis de conselheiro e professor.

Por derradeiro, ao professor Cesar Santolim, cujo auxílio foi muito além de indicação bibliográfica e divisão de seu vasto conhecimento de Direito Privado, remontando aos meus tempos de recém ingresso nesta Faculdade, tempos em que suas aulas, repletas de dedicação e entrega ao ensino jurídico, despertaram-me o interesse que até hoje perdura pela Responsabilidade Civil.

*"If you can keep your head when all about you
Are losing theirs and blaming it on you;
If you can trust yourself when all men doubt you,
But make allowance for their doubting too:
If you can wait and not be tired by waiting,
Or being lied about, don't deal in lies,
Or being hated don't give way to hating,
And yet don't look too good, nor talk too wise;*

*If you can dream—and not make dreams your master;
If you can think—and not make thoughts your aim,
If you can meet with Triumph and Disaster
And treat those two impostors just the same:
If you can bear to hear the truth you've spoken
Twisted by knaves to make a trap for fools,
Or watch the things you gave your life to, broken,
And stoop and build 'em up with worn-out tools;*

*If you can make one heap of all your winnings
And risk it on one turn of pitch-and-toss,
And lose, and start again at your beginnings
And never breathe a word about your loss:
If you can force your heart and nerve and sinew
To serve your turn long after they are gone,
And so hold on when there is nothing in you
Except the Will which says to them: 'Hold on!'*

*If you can talk with crowds and keep your virtue,
Or walk with Kings—nor lose the common touch,
If neither foes nor loving friends can hurt you,
If all men count with you, but none too much:
If you can fill the unforgiving minute
With sixty seconds' worth of distance run,
Yours is the Earth and everything that's in it,
And—which is more—you'll be a Man, my son!"*

KIPLING, Rudyard. 1895.

RESUMO

Versa o presente trabalho acerca do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, cuja ocorrência se dá quando estava em curso um processo aleatório que poderia conduzir um indivíduo a uma vantagem futura, porém, em decorrência do ato ilícito do ofensor, esse processo aleatório é interrompido, frustrando a chance de obtenção do resultado final. Diante desta situação há dificuldade em estabelecer o nexo causal entre a conduta lesiva e a perda da vantagem esperada, uma vez que, mesmo incorrente o ilícito, não se pode afirmar com segurança que a chance se concretizaria. Não obstante, é inegável que existia, dentro do patrimônio jurídico da vítima, uma chance de vitória que, sendo séria e real, poderia constituir um bem jurídico independente do resultado final e, portanto, passível de reparação. Uma vez exposta a problemática, buscou-se demonstrar que a reparabilidade das chances perdidas satisfaz os requisitos do liame de causalidade e da ocorrência de dano ressarcível, tradicionais da responsabilidade civil. Explorando-se o tema sob um enfoque científico e atento para a legislação pátria vigente, procura-se aclarar os fundamentos da responsabilidade civil pelas chances perdidas, fixar critérios razoáveis para a quantificação do dano e expor os motivos de sua aceitação frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, tratou-se de analisar criticamente a forma com que a jurisprudência tem tratado o tema, apontando acertos e desacertos, a fim de contribuir para o desenvolvimento deste importante instituto da responsabilidade civil em nossa comunidade jurídica.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Nexo Causal. Dano Autônomo.

RIASSUNTO

Versa questo documento sulla responsabilità dell'istituto per la perdita di una possibilità, la cui incidenza è quando era in corso un processo casuale che potrebbe portare un individuo ad un vantaggio futuro, tuttavia, a causa del comportamento illecito dell'autore del reato, questo processo causale è fermo, vanificando la possibilità di ottenere il risultato finale. In questa situazione è difficile stabilire un nesso di causalità tra il comportamento dannoso e la perdita del vantaggio atteso, poiché anche inoccorrente l'illecito, non si può affermare con certezza che la possibilità si sarebbe concretizzata. Tuttavia, è innegabile che esisteva nel patrimonio giuridico della vittima la possibilità di vincere che, essendo seria e reale, potrebbe costituire un bene giuridico indipendente del risultato finale e pertanto suscettibile di riparazione. Una volta esposto il problema, abbiamo cercato di dimostrare che la riparabilità di possibilità perse soddisfa i requisiti di nesso di causalità e del danno risarcibile, tradizionale della responsabilità civile. Esplorandosi l'argomento da un approccio scientifico e attento alla legislazione esistente, si cerca di chiarire i fondamenti della responsabilità civile per possibilità perse, fissare i criteri ragionevoli per quantificare i danni e spiegare le ragioni della sua accettazione attraverso il diritto brasiliano . Inoltre, si analizza criticamente il modo in cui la giurisprudenza ha trattato l'argomento, indicando i successi e gli errori al fine di contribuire allo sviluppo di questa importante istituzione di responsabilità civile nella nostra comunità giuridica.

Parole chiave: Diritto Civile. Responsabilità Civile. Perdita di una possibilità. Nesso Causale. Danno Autonomo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
PARTE I – CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE: DANO E NEXO DE CAUSALIDADE	14
2 MODALIDADES DA PERDA DE CHANCE	14
2.1 Perda De Chance De Obter Uma Vantagem Futura (Noção Clássica)	14
2.2 Perda Da Chance De Ter Evitado Um Prejuízo	16
3 QUESTÃO DO NEXO CAUSAL	26
3.1 Teoria Da Equivalência Das Condições	27
3.2 Teoria Da Causalidade Adequada	29
3.3 Teoria Do Dano Direto E Imediato	32
3.4 Modelo Brasileiro	34
4. PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO	40
4.1 Autonomia Da Chance Perdida	40
4.2 Exigência De Seriedade Da Chance Perdida	45
PARTE II – APLICABILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL	55
5. POSIÇÃO DA DOUTRINA	55
5.1 Aceitação Da Perda De Chance Como Dano Indenizável Frente Ao Ordenamento Brasileiro	61
5.1.1 Cláusula geral de responsabilidade civil	62
5.1.2 Compatibilidade com a teoria do nexo causal vigente	66
5.2 Critérios Para Quantificação Do Dano	69
6. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A PERDA DE UMA CHANCE	75
6.1 Julgados Do Superior Tribunal De Justiça	76
6.1.1 Recurso Especial nº 788.459/BA – O caso do “Show do Milhão”	77
6.1.2 Recurso Especial nº 821.004/MG	82
6.1.3 Recurso Especial nº 1.079.185/MG	84
6.1.4 Recurso Especial nº 1.190.180/RS	86
6.1.5 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.911/RS	89
6.2 Julgados Do Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul	92
6.2.1 Levantamento numérico: período entre 1990 e 2011	92
6.2.2 Análise de casos recentes: julgados do ano de 2012	93
CONCLUSÕES	101
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

Não raro, ocorrem na vida em sociedade, situações nas quais, em decorrência de um ato ilícito, uma pessoa perde a oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Fala-se, então, de responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que estava em curso um processo que poderia resultar em um benefício para a vítima, mas que foi interrompido pelo comportamento antijurídico do ofensor.

Talvez o mais corriqueiro exemplo da aplicação da teoria da perda de uma chance seja aquele em que o advogado, diante de uma sentença desfavorável aos interesses de seu constituinte, perde o prazo para a interposição do recurso de apelação. Ninguém pode afirmar, com absoluta segurança que, caso não houvesse a falha do causídico e o recurso tivesse sido tempestivamente interposto, ter-se-ia provimento do mesmo. A despeito da falta de causalidade direta entre o ato danoso (perda do prazo) e o prejuízo final (sucumbência no processo judicial), é inegável que a conduta culposa do procurador subtraiu uma oportunidade de sucesso que o seu cliente detinha. Daí se falar em responsabilidade pela perda de uma chance.

A reparação civil por esta "possibilidade de ser favorecido pelo acaso" encontrou muita resistência advinda do paradigma liberal moderno, que exigia certeza do dano e focava a responsabilidade civil na culpa do lesante. Foi justamente essa álea, inerente ao próprio conceito de chance (ou oportunidade), por muito tempo, o grande óbice para que se reconhecesse o direito à indenização da vítima da perda de uma chance.

Com o desenvolvimento da ideia de Estado Social e as mudanças operadas no pensamento jurídico ao longo do século XX, a responsabilidade civil mudou de feição, trazendo o foco da conduta reprovável do agente para a reparação da vítima. Nesse contexto que surge a objetivação da responsabilidade civil, como bem observa o doutrinador e desembargador carioca, Sérgio Cavalieri Filho:

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Importantes trabalhos vieram, então, á luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França, sustentando uma responsabilidade

objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos¹.

Além dessa nova concepção acerca da flexibilização do elemento culpa, como requisito da responsabilidade civil, o paradigma de proteção da vítima fez com que novas espécies de danos pudessem ser reparáveis. Assim se deu com os chamados danos extrapatrimoniais - ou morais - que, durante muito tempo foram considerados irreparáveis, sob o argumento de que seria imoral atribuir valor pecuniário ao sofrimento humano. Contudo, a evolução da realidade social despertou maior sensibilidade para a proteção dos interesses morais dos indivíduos, tão contundentemente feridos pelas contingências da vida moderna².

Nesta esteira de mudança de paradigma, e conseqüente alargamento das hipóteses de reparação civil, os danos advindos do acaso - outrora integralmente suportados pela vítima - passaram a ter relevância no âmbito da responsabilidade pela perda de chances. Com efeito, o homem passou a crer na ciência da probabilidade, sendo que o progresso tecnológico e a ciência da probabilidade acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias³, abrindo espaço para a reparação das chances perdidas.

Tome-se como exemplo o caso clássico do Direito francês do proprietário de um cavalo de corrida que, por culpa do transportador, o qual não entrega o animal a tempo, vê-se impossibilitado de disputar a corrida. Ainda que não se possa afirmar que, em concorrendo, seu cavalo ganharia a corrida, pode-se estimar, com grau satisfatório de proximidade, a chance de este evento vitorioso ocorrer a partir das cotações das bolsas de apostas, servindo essa probabilidade estatística, ainda que aproximada, como critério para a reparação.

Não foi aleatoriamente que se utilizou o exemplo do *turfe*, esporte de conhecida popularidade na França. Ocorre que, justamente neste país europeu que a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) primeiro se desenvolveu e é onde o debate doutrinário e jurisprudencial encontrar-se em grau mais avançado de desenvolvimento.

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16-17.

² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 43-44.

³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.9.

O primeiro caso da jurisprudência da Corte de Cassação francesa a enfrentar o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance data de 17 de julho de 1889⁴. A Corte concedeu indenização a um demandante em função da atuação culposa de um oficial ministerial que subtraiu daquele todas as chances de obter êxito em uma demanda judicial, caso houvesse sido obedecido o regular procedimento.

Interessante notar o fato marcante de ter o primeiro julgado acerca da perda de uma chance versado sobre a responsabilidade no âmbito judiciário. Não é por acaso que a teoria desenvolveu-se nesta área, especialmente com relação à responsabilidade profissional dos advogados. Isso se dá, em larga medida porque, nos casos envolvendo perda de uma chance de vencer um processo judicial, o juiz da ação reparatória posterior serve como perito da própria causa, pois já é um *expert* no assunto, não carecendo de ulterior prova pericial para analisar a seriedade da chance perdida.

A partir do caso supracitado, a jurisprudência francesa, através da atividade criadora dos seus juízes, passou a ampliar, gradativamente o campo de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance⁵, não se restringindo à seara judicial (responsabilidade dos serventuários da Justiça ou, mais comumente, dos advogados), espalhando-se para os mais diversos campos da responsabilidade extracontratual e também contratual. Foi nesse país, a partir de acirradas discussões doutrinárias, as quais influenciaram as decisões da Corte de Cassação, que mais se desenvolveu a teoria da perda de uma chance.

Não só na França, também na Itália a teoria encontrou aceitação. Conforme lembra Sérgio Savi, uma inicial resistência ao acolhimento da responsabilidade civil por perda de uma chance sucumbiu às constantes manifestações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola⁶. Também a jurisprudência e doutrina italianas passaram, portanto, a visualizar um dano independente do resultado final, consistente na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.22.

⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 10.

⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

A partir da França, portanto, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance se disseminou pelo mundo romano-germânico, atingindo países europeus e suas ex-colônias. E não só nessa tradição jurídica a teoria encontrou aplicação. Conforme ressalta Rafael Peteffi da Silva, em sua brilhante tese de doutorado pela Universidade de São Paulo acerca do tema, o sistema da *Common Law* também recepcionou a teoria, lá conhecida por "*loss of a chance*"- com as peculiaridades de seu sistema, evidentemente. O primeiro caso da aparição da teoria da perda de uma chance no sistema da *Common Law* ocorreu em 1911, com o caso inglês *Chaplin vs. Hicks*⁷, cuja autora recebeu reparação por ser uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual impediu a autora de participar da fase final perante um júri, nas qual as candidatas concorreriam a um total de doze prêmios.

No Brasil, compulsando a jurisprudência pátria, tem-se que o primeiro julgado a fazer referência à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance data de 12 de junho de 1990, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do então desembargador, Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁸. Apesar de fazer referência à perda de uma chance, tendo sido analisado o instituto, entendeu-se, que não se aplicaria àquele caso concreto. No ano seguinte, contudo, houve expressa aplicação da teoria da perda de uma chance em um julgado do mesmo relator.⁹

A partir de então e, especialmente nos últimos anos, vem se avolumando o número de decisões judiciais no Brasil que se valem da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance para justificar a procedência de pleitos indenizatórios¹⁰. Não se nega seja louvável esse incremento no enfrentamento da questão, por parte dos magistrados brasileiros, muito antes pelo contrário: defende-se a tese, neste trabalho, de que a chance perdida seja plenamente reparável à luz do ordenamento brasileiro. A preocupação, entretanto, gira em torno da correta aplicação da teoria

⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.11.

⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 589069996. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 12 de junho 1990.

⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 591064837. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 29 de agosto de 1991.

¹⁰ Apenas no Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, encontrou-se, em pesquisa jurisprudencial no sítio do tribunal, 300 (trezentos) acórdãos fazendo referência à perda de uma chance. Ao utilizar o mesmo parâmetro de pesquisa, só que, dessa vez, em todos os tribunais do País, o número ultrapassa a casa do milhares.

por parte do Judiciário brasileiro, a fim de que não se cometa o equívoco de banalizar e distorcer a utilização do instituto, como vem acontecendo com relação às demandas, muitas vezes infundadas, de reparação de danos morais. Urge, portanto, que se fixem critérios minimamente seguros e científicos para a justa aplicação da reparação civil pelas chances perdidas.

Cumpre salientar desde já que, embora se faça referências pontuais acerca da responsabilidade médica, o foco do presente trabalho não é a denominada "perda de uma chance de cura ou de sobrevivência", assunto que demandaria uma pesquisa específica e direcionada sobre o assunto, fugindo do foco deste trabalho de conclusão de graduação, qual seja: traçar as linhas gerais da responsabilidade civil pela perda de uma chance e analisar a aplicação do instituto no Direito brasileiro.

Neste estudo, procura-se, em uma primeira parte, caracterizar e analisar a responsabilidade civil pela perda de uma chance enquanto instituto, enfrentando temas de alta relevância para tal intento. Assim, elucidam-se as modalidades de chances perdidas, de acordo com divisão doutrinária, esclarece-se a questão acerca do nexo de causalidade que liga o ato ilícito do ofensor ao evento danoso (perda da chance) e caracteriza-se a chance perdida como dano autônomo e independente do resultado final.

Em uma segunda e derradeira etapa, busca-se trazer a aplicação do instituto para o cenário jurídico nacional. Expõe-se a posição da doutrina civilística pátria acerca deste recente tema, trata-se da questão da quantificação do dano, procura-se motivar a aceitação da teoria da perda de uma chance à luz do nosso ordenamento e, por fim, analisa-se, criticando erros e enaltecendo acertos, como a jurisprudência brasileira tem tratado do tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

PARTE I – CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE: DANO E NEXO DE CAUSALIDADE

2 MODALIDADES DA PERDA DE CHANCE

No intuito de possibilitar maior clareza no enfrentamento do tema, julgou-se pertinente expor a divisão teórica básica que divide as situações de perda de uma chance em duas categorias fundamentais, quais sejam: *a perda da chance de se obter uma vantagem futura (1.1)* e *a perda da chance de ter evitado um prejuízo (1.2)*.

A primeira e mais célebre dessas modalidades (1.1) também é conhecida como perda de uma chance "clássica". São hipóteses nas quais, em decorrência do ato ilícito praticado pelo ofensor, a vítima vê frustrada sua oportunidade de obter uma vantagem que era esperada para o futuro, ou ainda vê frustrada a possibilidade de evitar um prejuízo futuro.

Já a segunda modalidade (1.2) diz para com as situações nas quais a vítima se vê frustrada da possibilidade de haver evitado um dano, já efetivamente acontecido. Com efeito, o responsável poderia ter evitado a ocorrência do dano caso não tivesse agido de maneira culposa. Nesta seara, portanto, já ocorrido o dano final, resta perquirir se este poderia e deveria ter sido evitado, isto é, se o indigitado responsável poderia e deveria ter interrompido o processo danoso em curso¹¹.

Feitas essas distinções preliminares, no intuito de introduzir a divisão que ora se propõe, cumpre analisar cada uma das modalidades em tópico apartado.

2.1 Perda De Chance De Obter Uma Vantagem Futura (Noção Clássica)

A noção clássica de perda de uma chance traduz-se naquelas situações em que estava em curso um processo aleatório no qual alguém tinha a possibilidade de, ao fim do processo, obter uma vantagem futura, ou ainda evitar um prejuízo futuro. Tal possibilidade (chance), contudo, restou inexoravelmente afastada em razão do ato ilícito do ofensor.

Pede-se vênia para fazer uso das precisas palavras de Fernando Noronha, ao tratar da noção clássica de chance perdida:

¹¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 700.

Nesta modalidade de perda de chances, houve, em razão de determinado fato antijurídico, interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso; perdeu-se a oportunidade de obter uma vantagem futura, que podia consistir tanto em realizar um benefício em expectativa como em evitar um prejuízo futuro. Com a interrupção, nunca mais se poderá saber se a vantagem tida em vista viria ou não a concretizar-se; por outras palavras, embora o lesado afirme que a interrupção lhe causou um dano futuro, nunca se poderá saber se o processo conduziria necessariamente a ele, porque se trata de ocorrência que era aleatória, em medida maior ou menor¹².

A título de exemplo, poderíamos imaginar o caso de um consumidor que, ao realizar compras em um supermercado, recebe um cupom premiado que lhe assegura o direito de participar de um sorteio, em momento futuro, que irá sortear uma casa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) entre os 5 (cinco) ganhadores de cupons premiados. Ocorre que, por ato culposo do supermercado, aquele consumidor é excluído do sorteio.

Ora, não se pode afirmar que, em participando, o referido consumidor ganharia o prêmio consistente na casa, visto que suas chances eram de 20% (vinte por cento). De outra banda, também não se poderia dizer que o consumidor não sofreu um prejuízo, pois foi-lhe subtraída, indevidamente, uma chance em cinco de obter uma substancial quantia. Destarte, uma boa aplicação da teoria da perda de uma chance, conduziria a uma indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), correspondente à exata incidência do percentual de sucesso que tinha o lesado em relação ao benefício final.

Além desse exemplo, o respeitado professor Sérgio Severo lembra-nos do exemplo clássico da doutrina francesa¹³, em que um cavalo de corrida fica impedido de concorrer a um prêmio em decorrência da conduta culposa do transportador.

A fim de se dar maior proximidade e concretude aos exemplos desta modalidade clássica de chances perdidas, traz-se à baila caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 17 de setembro de 2003, cujo relator foi o insigne professor, à época desembargador, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁴.

Trata-se de demanda de responsabilidade civil por perda de uma chance ajuizada contra o advogado que interpôs intempestivamente o recurso de seu

¹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 701-702.

¹³ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.12.

¹⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70005635750. Apelante: Manoel Nunes Filho. Apelado: Ilca Marion Neves Nunes e outro. Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 17 de setembro de 2003.

constituente. O douto desembargador relator faz interessante análise do processo em que houve o erro do causídico, apreciando a seriedade da chance perdida. Conclui pela parca possibilidade de provimento do recurso, ainda que tempestivamente interposto, afastando o direito à indenização por parte do cliente irresignado, ora demandante.

Percebe-se, portanto que, em se tratando dos casos clássicos, não pairam dúvidas acerca da existência da chance, a qual torna-se inatingível de forma absoluta em razão do ilícito do ofensor. Em consonância com os ensinamentos dos irmãos Mazeaud, nessas situações em que o processo aleatório é interrompido, privando a vítima de obter a vantagem, a realização do dano é definitiva, não sendo modificável. A respeito, demonstram o entendimento da Corte de Cassação da França, qual seja: após a privação da chance, consuma-se o fato do qual dependia o prejuízo eventual.¹⁵

Expostos os casos clássicos, em que o processo aleatório que poderia conduzir ao benefício é inexoravelmente interrompido, passa-se à análise da segunda modalidade.

2.2 Perda Da Chance De Ter Evitado Um Prejuízo

As situações nas quais está em curso um processo que pode conduzir à obtenção de um benefício ou ao afastamento de um prejuízo e que é irremediavelmente interrompido pelo ato ilícito, jamais se sabendo se a vantagem futura esperada viria a se concretizar não são as únicas hipóteses em que há perda de uma chance.

Com efeito, há casos em que estava em curso um processo danoso cujo dano final poderia ter sido evitado pela conduta do responsável, mas este, contudo, age - comissiva ou omissivamente - de forma ilícita, deixando de evitar o prejuízo da vítima, quando poderia tê-lo feito. Quando isso acontece, está-se diante da modalidade de perda de chance de ter evitado um prejuízo.

Lembra-nos Fernando Noronha que é imprescindível que já estivesse em curso o processo que acarretou o dano e que houvesse possibilidades de ele ser

¹⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**. 5.ed. Paris: Montchrestien, 1957. Tomo 1, p. 274.

interrompido por uma certa atuação¹⁶. Ainda, é necessário que se pudesse exigir do indigitado responsável essa atuação, mesmo que não se possa afirmar com segurança que, em bem agindo, o dano seria evitado. Uma vez conhecido o resultado danoso final, a questão cinge-se a perquirir se tal dano poderia ter sido evitado caso a conduta correta tivesse sido tomada.

Embora ambas as modalidades guardem certa semelhança (nos dois casos estava em curso um processo aleatório), mister atentar para a diferença: enquanto nos casos clássicos a conduta culposa é a causa da interrupção total do processo aleatório eventualmente benéfico em que a vítima se encontrava, nesta segunda modalidade o processo não é interrompido, justamente quando poderia ter sido, chegando ao seu resultado prejudicial final. Vale dizer: caso o agente não tivesse agido de maneira culposa, haveria uma chance de o dano não ocorrer, embora não se tenha garantia de que a conduta, ainda que perfeita, teria o condão de impedir o dano. Daí se falar que foi perdida a "chance de ter evitado um prejuízo".

São esclarecedoras as palavras da professora Gisela Sampaio da Cruz:

enquanto na perda de uma chance clássica o dano decorre do evento danoso que interrompeu o processo em curso, no caso da perda de uma chance de ter evitado um prejuízo que já aconteceu o dano surge exatamente porque o processo em curso não fora interrompido, quando poderia tê-lo sido feito. Se o processo tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade – isto é, a chance – de o dano não se verificar. Então, ao contrário dos casos clássicos de perda de uma chance, aqui as chances não estão mais relacionadas a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são atinentes a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Tem-se conhecimento de que ocorreu um dano por força de determinada cadeia causal; o que se indaga é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo em curso¹⁷.

Imagine-se o caso hipotético de um indivíduo que, após sentir reiterados sintomas de que sua saúde não está em perfeitas condições, procura um médico. Após informar ao profissional da saúde todos os seus sintomas, o paciente é aconselhado a ir para casa, pois, na opinião do médico, não havia qualquer patologia.

¹⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 706.

¹⁷ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro**: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 82.

Algum tempo depois, ainda acometido dos mesmos males, o paciente procura um segundo médico, relata-lhe os mesmos sintomas e esse prontamente encaminha o paciente aos exames de praxe, os quais são, à luz do conhecimento mediano da medicina, altamente recomendáveis e até necessários frente àqueles sintomas relatados. Descobre-se, então, que o paciente está com câncer, e que suas chances de cura estão significativamente reduzidas em função do diagnóstico tardio. Um tempos depois, o paciente vem a óbito.

Ora, ainda que o primeiro médico tivesse sido diligente e diagnosticado prematuramente o tumor, não há qualquer garantia que a vida do paciente teria sido salva. Nada obstante, é inegável que, não fosse o ato culposo do primeiro médico, o paciente teria maiores chances de sobreviver. A conduta lesiva, portanto, subtraiu algumas chances de ter evitado o prejuízo.

Note-se que o processo aleatório seguiu o seu curso até o final, sendo esta a principal diferença em relação aos casos clássicos de chance perdida. Nestes casos, em que o processo segue até o fim, sempre resta uma possibilidade que, embora ocorrente o ilícito, o dano final não se produza. No exemplo acima, mesmo com o erro médico, ainda existia a possibilidade - por mais ínfima que fosse - de que o paciente sobrevivesse. Em razão disso, nos casos de perda de chance de ter evitado um prejuízo, mister que se aguarde a produção do resultado danoso final para que se intente a demanda reparatória. Do contrário, estar-se-ia pleiteando a indenização de mera criação de risco, em abstrato.

Uma vez produzido o dano final - a morte, no caso hipotético em comento - considerar que não houve perda de uma chance, sob a alegação de que, a despeito do erro médico, o paciente poderia sobreviver, seria deixar a vítima sem qualquer reparação sempre que o erro médico não subtraísse toda e qualquer chance de sobrevivência do paciente, ainda que o médico tenha agido de forma temerária, retirando boas chances de cura de seu paciente. Isso representaria incentivo à falta de diligência dos profissionais da saúde, que lidam com o bem mais caro ao seres humanos: sua própria vida.

A condenação total pela morte do paciente, nos moldes do que ocorreria se o mesmo fosse uma pessoa perfeitamente saudável e não estivesse passando por um risco de vida, inerente à própria existência da doença, seria ampliar de forma desmedida, arbitrária e injusta a responsabilidade do médico. Diante disso, a solução correta consiste na aplicação da teoria da perda de uma chance, pela qual o

médico responderá na exata proporção que sua conduta culposa contribuiu para o resultado morte.

Na esteira do exemplo dado, importante ressaltar que boa parte dos caos que se encaixam nesta segunda modalidade de perda de uma chance dizem respeito à seara médica. Consoante já se consignou na parte introdutória do presente trabalho, não se pretende adentrar a fundo na questão da responsabilidade médica, tema que gerou grande discussão na doutrina estrangeira¹⁸. Tal intento demandaria um trabalho específico voltado para o assunto, o que desvirtuaria o propósito central da presente monografia. Feita a ressalva, cumpre tecer algumas considerações.

De fato, um dos campos férteis para a modalidade de perda de uma chance que ora se estuda é o da responsabilidade médica. Os franceses falam em "*perte de chances de guérison ou de survie*" (perda de chances de cura ou de sobrevivência), nas situações em que não se consegue afirmar ao certo se a morte do paciente foi ocasionada pelo agravamento da doença ou pelo erro médico. O exemplo supramencionado bem explicita a situação. Realmente não há como afirmar que, caso a conduta do médico tivesse sido perfeita, o paciente sobreviveria. Todavia, houve uma perda da chance de combater, da melhor forma, a doença.

A extensão, por parte da jurisprudência francesa, em especial pela mais alta Corte (*Cour de Cassation*)¹⁹, da teoria da responsabilidade por perda de uma chance aos casos de "perda de chance de cura" gerou grande debate doutrinário na França²⁰. Houve quem enaltecesse a criação jurisprudencial, encarada como um avanço. De outro lado, houve severas críticas às decisões que indenizaram a chance de cura perdida, feitas por significativa parte da doutrina. Aqueles contrários a essa extensão sustentavam que seria impossível falar em perda de uma chance, pois esta pressupõe a prova do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. O

¹⁸ Em sua já referida dissertação de mestrado, em especial no capítulo 2 da segunda parte do trabalho (págs. 88 e seguintes), o professor Rafael Peteffi da Silva faz uma excelente análise crítica da discussão doutrinária na França acerca da responsabilidade civil no terreno médico. PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 88-109.

¹⁹ Peteffi da Silva assevera que, "*desde os primeiros casos de perda de uma chance no terreno médico, a Corte de Cassação firmou sua jurisprudência no sentido de reparar qualquer tipo de chance perdida, desde que passasse pelas condições gerais de admissibilidade imposta aos casos clássicos de aplicação da teoria*". PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 118.

²⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 708-710.

problema se resolveria, portanto, na responsabilidade civil convencional, pairando o cerne da discussão sobre a prova do nexo de causalidade, sem a prova do qual o réu deve ser absolvido por ser incerto o dano.

Contrário a esse último entendimento, o professor Fernando Noronha tece a ele crítica digna de transcrição:

Como se vê, para todos estes autores valeria, nesta matéria, a regra do “ou tudo, ou nada”: ou se prova que a falha terapêutica contribuiu efetivamente para o dano, e o médico será responsável, e pela integralidade dela, ou não se faz prova cabal dessa relação de causa e efeito, e ele não responderá por nada. Não nos parece que seja a melhor solução. Cremos que são apenas parcialmente procedentes as críticas à extensão da teoria clássica aos casos de perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo. Se fossem inteiramente válidas, procederiam também contra a teoria clássica, porque também nela se poderia ver “um instrumento de equidade que permite ao juiz ter um gesto em favor da vítima, todas as vezes que uma incerteza sobre o nexo de causalidade interdita uma reparação integral.”²¹

Mostra-se perfeitamente coerente o entendimento esposado pelo supracitado autor. Com efeito, o problema central reside em saber se o médico deverá indenizar quando houver prescrito uma terapêutica inadequada, havendo agravamento do quadro do paciente, sem, contudo, haver certeza de que tal agravamento foi fruto do erro médico ou da própria evolução da doença.

Caso se conhecesse a causa que deu origem ao agravamento do estado do paciente, não haveria problemas maiores: fosse o erro do médico, este seria inteiramente responsável; fosse o decurso natural dos acontecimentos (seja pela evolução normal da doença, que sobrepuja o tratamento, seja em decorrência do próprio tratamento, nos casos em que é o recomendado, ainda que represente certo risco) o médico não responderia.

Os casos, porém, em que se pode falar em responsabilidade por perda de uma chance são aqueles em que o tratamento realizado pelo médico mostra-se equivocado para aquela situação, caracterizando-se o erro médico, porém não se pode afirmar ao certo se foi causa exclusiva para o agravamento do estado do paciente. Tivesse sido feito o tratamento adequado, o paciente teria provavelmente apresentado uma melhora. Aqui entra em cena a responsabilidade por perda de uma

²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 710.

chance, pois estão presentes o ato ilícito (erro médico), o dano (perda da chance de melhora) e o nexos causal entre ambos.

Evidente que, como corolário inerente à aplicação da perda de uma chance, a responsabilidade do profissional não será pelo total do dano (resultado final), pois se deverá descontar a parcela atribuível ao desenvolvimento endógeno da doença, restringindo-se a reparação devida pelo profissional à proporção que contribuiu para a causação do dano final, percentual este que corresponde ao dano referente às chances de cura subtraídas culposamente.

A aplicação da teoria da perda de uma chance à seara médica também é bem defendida pelo doutrinador e atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Miguel Kfoury Neto. Segundo este autor, como a atuação do médico tem o condão de diminuir as chances de cura do paciente, não há maiores dificuldades em se estabelecer o liame de causalidade entre o ato culposo e o agravamento da condição de saúde da vítima²².

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho afirma que, na atividade médica, em que o ato ilícito é normalmente omissivo, a conduta não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que ele perca possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Nestes casos, entende o autor, é possível falar em indenização pela perda de uma chance²³.

Além de entender-se suficientemente compatível a aplicação da teoria da perda de uma chance à área médica com os requisitos fundamentais do instituto, a defesa da adoção da teoria da perda de uma chance aos casos médicos também encontra subsídio no caráter pedagógico que deve desempenhar a responsabilidade civil²⁴. Vale dizer: a imposição da reparação, além de satisfazer ao ressarcimento do dano experimentado pela vítima, presta-se a desmotivar o agente.

Dir-se-ia não só compatível, mas aconselhável que se reparem as chances perdidas no terreno médico, sob pena de severas injustiças, ocasionadas pela falta de indenização sempre que não se pode provar o nexos causal direto entre a falha profissional e a morte do paciente, embora o ato culposo tenha nexos causal com a

²² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.50.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78.

²⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 242.

perda de enormes chances de sobrevivência, por não ter sido adotada a terapêutica adequada.

Destarte, o dano autônomo e reparável pode ser constatado, preenchido o liame de causalidade entre o ato ilícito (erro médico) e a perda de chances sérias e reais de cura ou sobrevivência. Não subsistem, portanto, motivos para se diferenciar e afastar a aplicação da perda de uma chance à área médica, em contraposição com os demais tipos de chance indenizável.

Feitas as considerações pertinentes acerca da aplicação da perda de uma chance à seara médica, importante destacar que não é só a esta esfera que se circunscrevem os casos da modalidade "perda de uma chance de ter evitado um prejuízo".

Fora do universo médico, pode-se citar o exemplo, lembrado por Peteffi da Silva²⁵, julgado pela Corte de Cassação francesa, no qual um empresa instalou um sistema de alarme nas dependências de outra. Esta última foi assaltada e o alarme, em meio ao assalto, não funcionou de forma adequada. Mais uma vez, não se pode afirmar que, em funcionando corretamente o alarme, tal fato teria evitado o assalto. Entretanto, a Corte concedeu reparação, não pelo total do valor subtraído do estabelecimento da autora, mas em valor menor, correspondente às chances perdidas de ter evitado o assalto.

Como esse, pode-se imaginar outros tantos casos fora do âmbito da responsabilidade médica em que, por conta de uma conduta culposa de outrem, alguém se vê privado de chances de ter evitado um prejuízo²⁶.

Cumpra salientar, como ponto derradeiro do presente tópico, que alguns autores entendem existir, dentro da modalidade de *perda de uma chance de ter evitado um prejuízo*, uma submodalidade, consubstanciada na *perda de uma chance pela falta de informação*.

Sendo cada vez mais intensas as relações de consumo, evidencia-se a importância do dever jurídico de bem informar, corolário de uma relação obrigacional sadia e pautada pelo princípio da boa-fé objetiva²⁷. Rompido esse dever e ocorrente

²⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 100.

²⁶ O professor Sérgio Severo utiliza o exemplo hipotético em que um seguro não foi contratado por culpa de terceiro, acarretando a perda de um bem. SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999. p. 437; FRADERA, Vera Maria

um dano, porém sem que se tenha nexo de causalidade direto e imediato entre a quebra do dever de informar e o prejuízo final, a melhor solução dogmática apresenta-se na utilização da teoria da perda de uma chance.

Tratam-se de situações em que, em decorrência da quebra do dever de informar por parte do lesante, a vítima sofre um dano que poderia ter sido evitado, caso tivesse tomado uma melhor decisão. Trocado em miúdos: o indivíduo, de posse de uma informação mais precisa - a qual lhe deveria ter sido dada por um terceiro, obrigado juridicamente pelo dever de informar - teria tomado uma decisão mais esclarecida. Tal decisão, que estava a seu alcance, teria maiores chances de evitar o dano ou, pelo menos, de diminuir sua extensão.

A característica peculiar da responsabilidade civil pela perda de uma chance por falta de informação, que a diferencia de todas as outras, reside no fato de que a realização do dano depende de uma atitude da vítima. Por sua vez, a álea, inerente a todos os casos de perda de uma chance, aqui reside no fato de que não é possível assegurar que a vítima, ainda que devidamente informada, teria tomado uma atitude capaz de prevenir a ocorrência do dano.

A obra de Fernando Noronha²⁸ mais uma vez é de extrema valia, ao fornecer exemplo da Corte de Cassação francesa. Trata-se de um paciente com problemas de surdez, que foi operado. Apesar de a surdez ter sido corrigida, resultou dela um dano colateral: o paciente ficou com uma paralisia facial. Ainda que a paralisia fosse um risco conhecido do médico, embora pouco provável, tal risco não foi informado ao paciente; se dele soubesse, talvez não teria optado pela intervenção cirúrgica. Além do mais, havia uma alternativa à cirurgia, consistente na correção parcial da surdez por meio do uso de aparelhos.

Note-se que, muito embora o cirurgião não tenha operado de forma imperita, a cirurgia não era impositiva, residindo a responsabilidade do profissional justamente no fato de não ter advertido, como deveria, seu paciente acerca dos riscos do procedimento, bem como das eventuais alternativas a ele. A falta dessas informações, às quais o lesado fazia jus, fez com que ele perdesse a chance de optar pelo tratamento alternativo.

Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, p. 173-191, 1992.

²⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 716-17.

Importante ressaltar, acerca do caso em comento, que o valor da reparação deve ficar restrito à chance perdida, e não à totalidade do dano experimentado pelo lesado. Isso porque a paralisia facial não foi decorrente de erro médico, *stricto sensu*, mas era risco inerente ao procedimento. O erro do médico consistiu na quebra do dever de informar seu paciente acerca dos riscos e alternativas à cirurgia, caracterizando-se o dano como sendo a chance perdida de fazer uma opção melhor e não a paralisia facial em si.

Outro caso da Corte de Cassação francesa é trazida a lume por Peteffi da Silva²⁹, em sua - já referida - excelente dissertação de mestrado. Tratava-se de um tabelião que fizera seguro de vida e pagava os prêmios através de bloquetes de cobrança bancária, que eram enviadas a seu tabelionato. Em um determinado momento, o tabelião teve de se afastar temporariamente de sua atividade, sendo o tabelionato, nesse período, administrado por um substituto temporário. Na medida que novos bloquetes chegavam, tal substituto não os enviou ao tabelião (como fazia com a correspondência pessoal deste) e nem sequer lhe informou acerca de sua chegada. O não pagamento do prêmio gerou rescisão do contrato de seguro, pouco antes de o tabelião falecer. A Corte de Cassação anulou acórdão da Corte de Apelação que havia concedido aos herdeiros a reparação por perda de uma chance, sob a justificativa de que não era possível saber se o tabelião teria pagado os prêmios faltantes.

Segundo informa Peteffi da Silva³⁰, tal decisão foi severamente criticada pela doutrina francesa, chegando o autor Jérôme Huet a afirmar que a solução implicava uma total irresponsabilidade pela quebra do dever de informar, nos casos em que não houvesse certeza de que a falha do responsável fora causa do dano final. Ora, se é certo que a jurisprudência não pode reparar danos hipotéticos, no caso em tela a seriedade da chance se mostra presente, uma vez que havia, no mínimo, grandes possibilidades de o tabelião seguir pagando o prêmio do seguro, como fazia de costume, desde que devidamente informado pelo substituto.

Percebe-se, portanto, a ocorrência de um típico caso de quebra do dever de informar, ocasionando um dano por perda de chance. Esta chance de ter evitado o prejuízo estava com o próprio lesado, o qual dela não fez uso em decorrência da

²⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 45-46.

³⁰ *Ibidem*, p. 46.

falta de informação. Exatamente esse é o traço distintivo da submodalidade em comento, pois nos demais casos de perda de chance de ter evitado um prejuízo, essa chance está com o lesante, não com próprio lesado.

Exposta a classificação dogmática das espécies mais importantes de perda de uma chance, adentra-se na questão do nexó de causalidade.

3 QUESTÃO DO NEXO CAUSAL

Dentre os pressupostos da responsabilidade civil, ao lado da ocorrência do fato danoso e da conduta culposa (em caso de responsabilidade subjetiva), encontra-se o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado. Diz-se que o dano não enseja responsabilização se não houver vínculo entre o prejuízo e a ação³¹, se não houver "o liame que o vincule a determinada causa imputável ao lesante"³².

Embora alguns possam, desavisadamente, considerar que se trata de uma noção aparentemente fácil, na prática pode ensejar algumas dificuldades. Tais dificuldades podem ser percebidas, a título ilustrativo, em exemplo fornecido por Karl Larenz. Imagine-se a seguinte situação: um rapaz quebra a janela de uma casa com sua bola. O proprietário do imóvel requer judicialmente a reparação pelo dano. Em sua defesa, o rapaz alega que a janela seria destruída de qualquer modo, fazendo prova de que, logo após o evento danoso, uma forte explosão ocorrera nas proximidades da casa, quebrando todas as demais janelas. Surge a questão; deveria ele responder pela janela quebrada?³³

Percebe-se que é fundamental uma análise acerca deste importante pressuposto, mormente porque está em foco a responsabilidade por perda de uma chance, instituto no qual o nexo de causalidade tem de ser estudado com atenção, a fim de que se evitem equívocos recorrentes.

Tais equívocos são gerados, em boa medida, porque se olvida uma das premissas básicas da responsabilização por chances perdidas, qual seja: o caráter autônomo dessas chances. Essa autonomia torna possível que se estabeleça o nexo de causalidade entre a conduta e a paralisação do processo aleatório em que se encontrava a vítima (chance perdida).

Mister, por conseguinte, que se tenha claro, desde já, a distinção entre o dano final (perda da vantagem esperada, que poderia ocorrer ou não) e a chance perdida. Assim, por exemplo, uma empresa que é excluída de um procedimento licitatório por ato culposos da Administração Pública, não pode pleitear a indenização

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 p. 113.

³² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 195-196.

³³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. tomo I. p.211.

pelo dano final, consubstanciado em todo o lucro líquido que a empresa teria caso fosse vencedora do certame. Falta causalidade necessária entre o ato ilícito da Administração e a perda da licitação, uma vez que, ainda que participasse, qualquer uma das concorrentes poderia sagrar-se vencedora em seu detrimento, oferecendo uma proposta melhor.

Agora, analisando o exemplo dado a luz da perda de uma chance, pode-se especular a hipótese da formulação de uma demanda indenizatória pela perda da oportunidade de concorrer. Caso consiga demonstrar a seriedade da chance perdida (demonstrar, por exemplo, que a proposta que estava apta a oferecer era melhor, ou tão boa quanto a daquele que ganhou a licitação), poderá receber reparação, não pelo total que receberia em caso de vitória, mas pela chance perdida, que sempre terá valor menor que a vantagem final esperada.

Aclarado que, quando se fala de dano pela perda de chance, quer-se referir justamente ao dano autônomo³⁴ consistente na chance perdida, e não ao dano final (vantagem possível esperada), vence-se o primeiro importante obstáculo para a análise adequada do nexo de causalidade.

A fim de perquirir a possibilidade de reparação, frente ao Direito brasileiro, da chance perdida, é preciso que a teoria da causalidade adotada permita tal fenômeno. Importa, então, que se faça breve referência às teorias mais relevantes existentes sobre o nexo de causalidade, para, por fim, demonstrar qual delas foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que existam outras teorias acerca do nexo de causalidade, optou-se por explorar aquelas que, pela influência que exercem no ordenamento pátrio, recebem maior atenção da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

3.1 Teoria Da Equivalência Das Condições

Também conhecida como "teoria da equivalência dos antecedentes causais" ou ainda como "teoria da *conditio sine qua non*", a elaboração dessa teoria é atribuída ao jurista alemão von Buri, em tese publicada em 1860³⁵, sobre a relação

³⁴ A autonomia das chances perdidas em relação ao resultado final será objeto de análise mais detalhada e percutiente no próximo capítulo do presente trabalho.

³⁵ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35-36. A autora refere que há quem aponte como criador da teoria o

de causalidade no âmbito do Direito Penal. O supracitado jurista alemão foi influenciado pela obra do filósofo inglês John Stuart Mill ("*A system of logic*", 1843), o qual já afirmava que "*todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas*", sendo Von Buri quem trouxe essas ideias para a seara do Direito³⁶.

Consoante dispõe essa teoria, quando houver mais de uma causa, todas elas devem ser consideradas eficientes na produção do resultado. Em outras palavras: todas possuem o mesmo valor, equivalendo-se; não se indaga se alguma foi mais eficaz do que outra, ou se foi mais adequada. Destarte, a luz dessa teoria, "*condição é todo o antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito*".³⁷

Para a teoria em análise, portanto, a causa do dano será o conjunto de antecedentes que a condicionam³⁸, tomando-se esses antecedentes indistintamente, sem maiores considerações qualitativas acerca deles. Como o próprio nome já denota, todos os eventos sem os quais o dano não se produziria são considerados de forma equivalente.

Caso esse entendimento acerca do nexos causal fosse levado às últimas conseqüências, ter-se-iam situações de flagrante injustiça e desproporção. Por exemplo: suponha-se que, em um dia chuvoso, duas pessoas aguardam em uma fila de um ponto de táxi. Estão aguardando durante muito tempo e nunca há um carro disponível. Quando finalmente se aproxima um táxi vago, o segundo da fila atravessa-se na frente do primeiro, tomando-lhe o lugar que lhe pertencia. Por conta dessa deselegante atitude, o sujeito que estava em primeiro lugar na fila resolve deslocar-se a pé até seu destino, o que talvez lhe custasse menos tempo, a julgar pela demora enfrentada até ali. Em sua caminhada, por infortúnio do destino, acaba envolvendo-se em um acidente de trânsito fatal.

Ora, se o indivíduo apressado não tivesse tomado o seu lugar na fila de táxi, o sujeito não teria falecido. Logo, aplicando-se à risca a teoria em comento, reputar-

processualista austríaco Julius Glaser, mas "*ninguém discorda que foi com Von Buri que essa teoria ganhou notoriedade*".

³⁶ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36-37.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47.

³⁸ *Ibidem*. p. 40.

se-ia a conduta do "apressado" como causa daquela morte. Embora se possa repreender a falta de cortesia desse indivíduo, a sua responsabilização por essa fatalidade configuraria flagrante injustiça, denotando a iniquidade conduzida pela aplicação da teoria da equivalência das condições.

Em que pese se reconheça sua inegável importância histórica, em razão dessa possibilidade de se atribuir o dano a uma incontável gama de causas (muitas das quais absolutamente remotas), configurando uma "*espiral infinita de concausas*"³⁹, já está superada a teoria da equivalência das condições para se resolver a questão do nexo de causalidade.

3.2 Teoria Da Causalidade Adequada

Contrapondo-se à teoria da equivalência dos antecedentes causais, no final do século XIX, formulou-se a Teoria da Causalidade Adequada, também de origem germânica. Consoante explicita a professora Gisela Sampaio da Cruz, muito embora seu criador tenha sido Ludwig von Bar (1871), quem a melhor desenvolveu foi o alemão Johannes von Kries, por volta de 1888⁴⁰.

Tanto sob a ótica da presente teoria quanto da teoria da equivalência das condições, as possíveis causas analisadas devem constituir "*conditio sine qua non*" para a produção do dano. Ou seja: o ponto de encontro entre as duas teorias consiste na necessidade de que sejam causas que, uma vez suprimidas por processo hipotético mental, também se suprimiria o dano. A inovação trazida pela causalidade adequada consiste do fato de que, além de necessária para a produção do resultado, a causa deve ser revestida de adequação⁴¹.

Nessa esteira de pensamento, a Teoria da Causalidade Adequada, como o próprio nome já sugere, faz exame da adequação da causa em função da possibilidade/probabilidade de produzir-se determinado resultado, à luz da

³⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.22.

⁴⁰ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3 ed. reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. Tomo XXII. p. 184. "*Ainda quando o dano não se teria produzido se o fato não houvesse ocorrido, não há relação causal, para o direito, se, sem a intromissão de circunstâncias extraordinárias, não teria resultado o dano. Assim se A pôs o automóvel na garagem e o cavalo de outrem, entrando na garagem, fez rodar o automóvel estrada íngreme abaixo, indo danificar o prédio vizinho, A não é responsável, porque, sem a circunstâncias extraordinária da entrada do cavalo, não poderia o automóvel ser levado pela ribanceira*".

experiência comum⁴². Assim, um fato pode ser considerado causa de um dano se, de acordo com os dados da ciências e da experiência mediana, no momento da da produção, fosse previsível que tal fato geraria o dano

O pressuposto fundamental da presente teoria reside na aceitação da premissa de que o julgador é capaz de valorar, elegendo, dentre todos os antecedentes ocorridos no caso, aquele que, segundo a ordem natural das coisas, "*está em condições necessárias de ter produzido o resultado*"⁴³.

São extremamente elucidativas as palavras de Agostinho Alvim, merecedoras de transcrição:

Apreciado certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada.⁴⁴

Neste sentido, mostra-se insuficiente aquele processo mental de simples eliminação para a determinação da existência ou não de uma relação de causalidade. O juiz deverá realizar um processo mental no qual retroage até o momento da ação ou omissão e, a partir dessa visão, estabelece se a causa era ou não adequada para a produção do resultado.

Fala-se, portanto, em "*prognóstico objetivo retrospectivo*"⁴⁵, ou em "*prognose póstuma*"⁴⁶, justamente pondo em evidência o fato de que o juízo de probabilidade, feito pelo julgador, deve ser realizado em relação a fatos pretéritos. Vale dizer: uma vez hipoteticamente reconduzido ao passado, o julgador analisa se o resultado ocorrido era, quando do momento da prática ilícita, consequência esperada desta.

Relembre-se o exemplo hipotético formulado anteriormente, acerca dos dois indivíduos que aguardavam por um táxi, sendo que um toma indevidamente o lugar

⁴² SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 79

⁴⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 369.

⁴⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.24.

⁴⁶ SAMPAIO DA CRUZ, *op. cit.*, p. 67.

do outro na fila. Tal atitude faz com que este resolva deslocar-se a pé ao seu destino, sofrendo um acidente de trânsito, nesse percurso, que o leva ao óbito.

A solução apresentada no tópico anterior, onde foi aplicada a teoria da equivalência das condições, ao passar por um exame de causalidade adequada, caminha em sentido oposto. Isso porque, muito embora a atitude do indivíduo que trapaceou na fila tenha sido "*conditio sine qua non*" para a ocorrência da morte do outro, certamente não se pode dizer que, à luz da experiência comum, o fato de "furar" uma fila seja causa adequada para a ocorrência da morte de uma pessoa.

É de bom alvitre salientar que a proximidade que liga o fato ao evento danoso não é de cunho temporal, mas de cunho lógico⁴⁷. Assim, eventos ocorridos em momento distante no passado podem ser considerados causa adequada à produção do dano. Isso ocorrerá desde que, por meio do juízo de probabilidade que o julgador realiza, observado o curso natural dos acontecimentos, haja proximidade lógica, adequação de causa e efeito.

Sinteticamente, pode-se dizer que, para bem aplicar a causalidade adequada, o magistrado deve retroceder ao momento da conduta e colocar-se no lugar do agente. Assim, com base no conhecimento das leis da Natureza⁴⁸, bem como nas condições concretas em que se encontrava esse agente, o julgador formula seu juízo sobre a idoneidade daquela condição para a produção do resultado.

A teoria apresentada tem sido predominante em diversos ordenamentos, sendo uma das mais invocadas também no Brasil⁴⁹. Nas palavras da professora Judith Martins-Costa, ela "*bem ampara uma coerente explicação do problema jurídico da causalidade no Direito das Obrigações 'comum'*"⁵⁰.

Não menos importante e prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência nacionais é a Teoria do Dano Direto e Imediato, a qual se passa a examinar.

⁴⁷ COUTO E SILVA. Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 195.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48.

⁴⁹ SAMPAIO DA CRUZ. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 83.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentário ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. tomo II. p. 527.

3.3 Teoria Do Dano Direto E Imediato

Também denominada "Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato" ou "Teoria da Interrupção do Nexo Causal", a ideia fundamental da presente teoria é a de que o advento de uma causa superveniente tem o condão de romper o nexo causal entre a primeira das causas e o evento danoso.

Essa interrupção de nexo causal faz com que uma determinada causa, que efetivamente teria potencial danoso para acarretar o dano, acabe sendo afastada como "causa direta e imediata", sendo relegada ao plano de mera condição. Isso ocorre em razão da superveniência de uma segunda "condição", totalmente independente em relação à primeira, a qual, por si só, causou efetivamente o dano. Em decorrência desse corte, apenas a segunda condição - agora elevada à categoria de causa - ensejará o dever de reparação.

No intuito de explicar a essência desta teoria, i.e., o sentido e alcance da expressão "direto e imediato", surgiram várias escolas⁵¹, em busca de uma fórmula capaz de resolver as mais variadas hipóteses.

Dentre as "subteorias", a que teve maior êxito em explicar o significado da expressão "direto e imediato" foi a da Necessariedade da Causa, criada por Dumoulin e Pothier⁵², alcançando ampla aceitação e sendo verdadeiramente a mais utilizada. De acordo com este entendimento, o dever de reparação apenas surge quando o dano é efeito necessário de determinada causa.

Neste sentido, Gisela Sampaio da Cruz⁵³ afirma que a Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, dentre o conjunto de antecedentes causais, a verdadeira "causa" das demais "condições". Caso diversas condições concorram para a ocorrência do dano, não serão todas que ensejarão o dever de reparação, senão apenas aquela que foi elevada à categoria de causa necessária do dano.

O grande mérito dessa escola, e daí sua ampla aceitação, foi o vencimento do obstáculo representado pela interpretação gramatical da expressão "direto e imediato", a qual conduziria a um entendimento de impossibilidade de indenização dos danos indiretos. Dentre estes encontram-se os "danos por ricochete", largamente reconhecidos pela jurisprudência.

⁵¹ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 97-99.

⁵² *Ibidem*. p. 100

⁵³ *Ibidem*. p. 102.

Agostinho Alvim ressalta que a expressão "direto e imediato" significa um nexo causal necessário⁵⁴. As palavras do autor são elucidativas:

A escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessidade da causa. [...]. Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem. Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensando outras causas. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.⁵⁵

Para trazer maior concretude ao problema, até agora posto em termos de abstração, faz-se uso de exemplo trazido pelo supracitado autor⁵⁶. Imagine-se que um sujeito 'A' alugue uma casa para o sujeito 'B', permitindo a sublocação. Um tempo depois, 'A' é vencido em ação reivindicatória que tem por objeto a casa locada, deixando de existir o contrato de locação. O locador 'A' certamente terá obrigação de indenizar.

Seria dano direto do locatário, indiscutivelmente, a diferença a mais que tivesse de pagar por um imóvel semelhante, por ter havido aumento do aluguel. Mas e se o locatário tivesse sublocado cômodos da casa para terceiros, constituindo uma pensão, com hóspedes e até empregados? Os danos sofridos por estes não se ligam diretamente à primeira causa (sucumbência do locador na ação reivindicatória). Não obstante, para o seu aparecimento, não concorreu nenhuma outra causa que interrompesse o nexo causal. Em decorrência disso, o dano será indenizável, dada a absoluta ligação entre a primeira causa e o último dano.

Ressalta-se, por derradeiro, que a causa direta e imediata não necessariamente é a mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou. Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica⁵⁷.

⁵⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 384.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 380-381.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 384.

⁵⁷ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.

Os danos indiretos ou remotos, de regra, não são indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento de outras concausas supervenientes. Quando elas não ocorrerem, porém, eles deverão ser indenizados⁵⁸.

Percebe-se, portanto, que a ideia central da Teoria do Dano Direto e Imediato é a de que o aparecimento de outra causa é o que rompe o nexo de causalidade, e não a distância temporal entre a conduta do agente e o dano.

3.4 Modelo Brasileiro

Dada a complexidade do tema do nexo de causalidade, aliada à existência de um substancial número de teorias no Direito Comparado que se propõem a solucioná-la - porém apresentando critérios distintos - não é raro que ocorram confusões. Gisela Sampaio da Cruz chega a afirmar que "*no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra*"⁵⁹.

Muito embora exista, não raras vezes, uma verdadeira miscelânea conceitual por parte da jurisprudência e da doutrina, percebe-se claramente a prevalência, no Brasil, das duas últimas teorias expostas, quais sejam: a da causalidade adequada e a do dano direto e imediato. Não foi à toa, portanto, que se optou por desenvolver, no presente trabalho, justamente essas teorias - além da teoria da equivalência das condições, lembrando a ressalva já feita de que se trata de teoria já superada, mas à qual se deve fazer menção em razão de sua importância histórica.

Dentre os autores que defendem a teoria da causalidade adequada, encontra-se o respeitado civilista e magistrado carioca, Sérgio Cavalieri Filho. Para ele, os melhores autores pátrios sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil⁶⁰.

⁵⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 395-396.

⁵⁹ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49.

Outra renomada voz a defender a causalidade adequada parte do insigne Aguiar Dias, cujo ensinamento é digno de transcrição:

Consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a melhor oportunidade, e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para sua produção. [...]. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade (como sustenta a teoria norte-americana - *the last clear chance*), o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano; de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa, na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata do tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrências de atos produtores do dano.⁶¹

Por outro lado, boa parte dos autores brasileiros consideram que a teoria do dano direto e imediato é a que foi positivada no ordenamento pátrio⁶². Essa afirmação baseia-se, em grande medida, na interpretação literal do art. 1.060 do Código Civil de 1916⁶³, reproduzido no art. 403 do atual Código Civil, *in verbis*:

Art. 403. 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 processual⁶⁴.

Quando da vigência do Código Civil anterior, o referido art. 1.060 encontrava-se dentro do título referente aos efeitos das obrigações, no capítulo sobre perdas e danos. Já o atual diploma civil coloca o art. 403, transcrito supra, dentro do título referente ao inadimplemento das obrigações. Em que pese essa disposição, e também o fato de o art. 403 falar em "inexecução", o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que o dispositivo também é aplicado à responsabilidade extracontratual⁶⁵.

Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma a apresentar indícios de que acatou a Teoria do Dano Direto e Imediato em algumas

⁶¹ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. II. p. 314-315.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 524.; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 187.

⁶³ BRASIL. **Código Civil**. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Revogada pela lei 10.406 de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm > Acesso em: 07 out. 2012.

⁶⁴ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 07 out. 2012.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

de suas decisões. Um exemplo claro disso é o Recurso Extraordinário 130.764-1/PR, de relatoria do eminente ministro Moreira Alves, que restou assim ementado:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido⁶⁶. (grifo nosso)

O principal ponto de crítica à teoria do dano direto e imediato, consoante já se salientou no tópico antecedente, aponta para o fato de que, a partir da locução literal "direto e imediato", estaria obstaculizada a reparação por danos indiretos⁶⁷. Continuam os críticos asseverando que, em função disso, apenas a Teoria da Causalidade Adequada é capaz de permitir que se estenda a indenização para além dos danos imediatos, englobando igualmente os indiretos. Isso porque, conforme já

⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 130.764-1/PR. , Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, 12 de maio de 1992.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 214.

foi exposto, a Teoria da Causalidade Adequada trabalha com um conceito, não de proximidade temporal, mas de proximidade lógica⁶⁸.

O entendimento, por parte dos defensores de ambas as teorias, é tranquilo quanto ao fato de que o supracitado artigo 403 impõe a necessidade da causa. A controvérsia se circunscreve a saber se a causa necessária também é adequada e se o dano deve ser, lógica e temporalmente, direto e imediato ou pode também ser indireto.

Com a devida vênia aos célebres autores que se filiaram a uma ou a outra teoria, de forma exclusiva, entende-se que o melhor caminho é o proposto pela professora Judith Martins-Costa, observando-se um "*caminho de complementaridade e síntese*"⁶⁹ entre ambas. Isso se explica porque, a rigor, a Teoria do Dano Direto e Imediato não se diferencia substancialmente da Teoria da Causalidade Adequada, sendo que a complementação de ambas permite a melhor exegese do mencionado artigo 403 do Código Civil.

Note-se que, invariavelmente, as críticas à Teoria do Dano Direto e Imediato dirigem-se ao fato de que ela obstaculizaria a reparação de danos indiretos (v.g., os danos por "ricochete"⁷⁰). Os defensores dessa teoria contrapõem que existe uma distinção entre "causa direta" e "causa mais próxima". Portanto, a causa direta e imediata do dano nem sempre será aquela mais próxima temporalmente, mas sim aquela que necessariamente o causou.

Essa interpretação que conferem à Teoria do Dano Direto e Imediato os seus defensores acaba por aproximá-la, sobremaneira, da Teoria da Causalidade Adequada. Isso demonstra serem mais acertadas as soluções doutrinárias que indicam o caminho da complementaridade e da síntese, considerando a Teoria do Dano Direto e Imediato, na verdade, uma "*ferramenta hermenêutica*" para melhor compreensão da Teoria da Causalidade Adequada, dado que a causa é necessária justamente porque é adequada⁷¹.

⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 195.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 214-215.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102. O autor cita como exemplo de danos reflexos, ou "em ricochete" o caso em que o ofensor causa a morte da vítima, a qual possuía esposa e filhos sob seu amparo econômico e que agora restaram sem a pensão que a vítima do ilícito lhes pagava.

⁷¹ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 214-215.

Tal síntese entre a adequação da causa e a sua necessariedade, enquanto dano direto e imediato, é explicada de maneira magistral pela professora Judith Martins-Costa, senão veja-se:

Nesta perspectiva, entendemos não haver distinção de monta entre a Teoria da Causalidade Adequada (como "causalidade racional") e a Teoria do Dano Direto e Imediato (como "causalidade necessária"), havendo mesmo em relação à "ressarcibilidade" dos danos indiretos, uma grande semelhança entre ambas⁷².

E reitera, a festejada professora gaúcha, o entendimento esposado acima, reforçando sua tese:

Mencionamos que, no Direito Civil, a doutrina ora adota a Teoria da "Causalidade Adequada", ora a ideia de "Causalidade Necessária", ora realiza uma síntese entre essas teorias. E sublinhamos que, no nosso entendimento, a chamada "Teoria do Dano Direto e Imediato" ou "Causalidade Necessária" não tem autonomia por não se discernir fundamentalmente da Teoria da Causalidade Adequada, antes oferecendo uma explicitação ou interpretação do art. 403 à luz da Causalidade Adequada, para entender-se que a causa é necessária porque foi adequada à produção do dano, assim sendo indicado pela "prognose póstuma" que o intérprete realiza, após haver selecionado as causas segundo o juízo de probabilidade, de modo a se poder afirmar que uma causa é adequada porque foi necessária, sem ela o dano não se teria produzido⁷³.

Pode-se extrair conclusão, portanto, no sentido de que o melhor caminho encontra-se na amálgama entre as duas teorias, que, se olhadas com o auxílio de uma lupa - com o perdão da figura de linguagem - não se diferenciam substancialmente, a ponto de poderem ser consideradas, efetivamente, duas teorias plenamente distintas.

Destarte, um evento somente será erigido à categoria de causa se sem ele não se haveria causado o dano⁷⁴ (critério da necessariedade da causa) e, além disso, o sujeito tido como perpetrador do fato apenas responde por ele caso esse fato tenha sido adequado para a produção do resultado⁷⁵ (critério da adequação).

O enfrentamento do tema do nexos de causalidade, expondo-se as teorias mais difundidas e explicitando-se aquelas que melhor se adaptam ao sistema

⁷² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 215.

⁷³ *Ibidem*. p. 498-499.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXII. p. 184

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48.

contido no Código Civil brasileiro, teve o importante papel de fixar as premissas necessárias para, na segunda parte deste trabalho, demonstrar-se a compatibilidade da reparação pela perda de uma chance com o modelo de nexos causal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Vencida esta etapa, cumpre explorar tema da mais alta relevância, qual seja, a defesa do enquadramento das chances perdidas como dano autônomo e independente do resultado final. É o que se passa a fazer.

4. PERDA DE UMA CHANCE COMO DANO AUTÔNOMO

4.1 Autonomia Da Chance Perdida

Durante muito tempo o dano representado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem futura, ou ainda, de evitar um prejuízo, foi ignorado pelo Direito, reputando-se tal circunstância como não merecedora de tutela jurídica.

O repúdio à indenizabilidade da chance perdida era justificado com base no tradicional princípio da responsabilidade civil que prescreve que os danos, para serem passíveis de reparação, devem ser certos⁷⁶, e não meramente hipotéticos ou eventuais.

Como, no exemplo clássico do advogado que perde o prazo recursal, ou do participante de concurso que fica impossibilitado de participar da última fase do certame, não se poderia afirmar com certeza que o recurso seria provido ou que o candidato lograria aprovação, respectivamente, restava afastado o pleito indenizatório. Isso ocorria ainda que houvesse possibilidades muito boas de obtenção da vantagem esperada e tivesse havido cabal comprovação do ato ilícito e da culpa grave do agente.

Interessa ressaltar, outrossim, que, muito comumente, o que inviabilizava a procedência da ação reparatória era o próprio pedido da vítima, que formulava inadequadamente sua pretensão⁷⁷. Em vez de formular pedido em busca da indenização da chance perdida, requeria indenização pela própria vantagem final.

Ilustre-se a partir dos exemplos supracitados: se o cliente do advogado relapso ou o candidato ilicitamente excluído da fase final do concurso pleiteassem, respectivamente, o valor total da ação e o prêmio final do concurso, seus pedidos seriam inevitavelmente improcedentes.

⁷⁶MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. t. XXII. p. 214. "*Não basta a simples possibilidade. É preciso a grande probabilidade*"; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral das obrigações. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 256. "*Seria absurdo, também, que o inadimplente houvesse que responder por possíveis ganhos excepcionais que seu contendor teria, se absolutamente imprevisíveis*"; MONTEIRO, Washington de Barro. **Curso de direito civil**: Direito das obrigações. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 328. "*Não se levam em conta benefícios ou interesses hipotéticos, porquanto estes, pela sua própria natureza, não admitem direta comprovação, tendo-se, pois, como inexistentes em direito*"; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Teoria geral das obrigações. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 395. "*O dano indenizável deve ser certo e atual. Não pode ser, pois, meramente hipotético ou futuro*".

⁷⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p.3.

Nesses casos, o pedido deve ser formulado relativamente à chance perdida, percentual incidente sobre o total da vantagem esperada, a depender do grau de probabilidade de concretização desta última⁷⁸.

Feita essa ressalva, imperioso denunciar que, ainda quando a pretensão recaía, não sobre o resultado final esperado, mas efetivamente sobre a chance perdida, o pedido esbarrava na equivocada percepção de que se tratava de dano hipotético, não passível de reparação.

Tais situações, não raras vezes despertando forte sentimento de injustiça, passaram a chamar a atenção da doutrina e da jurisprudência. Graças ao avanço no estudo das estatísticas e probabilidades, percebeu-se cada vez mais ser possível, com uma aproximação mais que tolerável⁷⁹, determinar um valor a um dano que, d'outrora, considerava-se meramente hipotético, entregue à própria sorte. Agora, tal dano já pode considerado autônomo em relação ao dano final e ser devidamente quantificado.

Esse desenvolvimento da ciência da probabilidade e estatística mostrou-se terreno fértil para o advento de um utilíssimo instrumento dogmático, capaz de criar uma nova espécie de danos indenizáveis: as chances perdidas⁸⁰.

De acordo com essa nova visão, a chance passa a ser vista, por si só, como um bem integrante do patrimônio jurídico da vítima. Assim, sua perda não se confunde com a perda da vantagem esperada (que é hipotética), mas consubstancia um dano indenizável em si mesmo, divorciado do dano final⁸¹.

⁷⁸ Os critérios para a quantificação da chance perdida serão objeto de seção específica deste trabalho, qual seja, o item 1.2 da segunda parte.

⁷⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p.2.

⁸⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 10.

⁸¹ Importante fazer a ressalva no sentido de que, parte da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, entende que existem casos em que a chance perdida é considerada dano autônomo (perda de chances clássicas) e, em outros casos, seria impossível discernir o dano pela chance perdida do dano final. Neste sentido, PETEFFI DA SILVA adverte: "*Alguns autores associam o aparecimento da responsabilidade pela perda de uma chance à utilização menos ortodoxa do nexo de causalidade, ora se manifestando em forma de causalidade parcial, ora em forma de presunção de causalidade, nos moldes da responsabilidade coletiva ou grupal. Outra corrente ainda mais numerosa acredita que a teoria da perda de uma chance constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável, mantendo aplicação ortodoxa do nexo causal*". In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 7. A posição seguida neste trabalho é a de que a perda de uma chance constitui dano autônomo, mediante ampliação do conceito de dano indenizável, não se diferenciando, quanto a isso, as chamadas chances clássicas dos demais exemplos de perda de uma chance.

Diante disso, na França, onde houve maior produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, foi criada a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, demonstrando-se a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo⁸².

Também na Itália, após inicial resistência, foi acolhida a teoria da perda de uma chance, tendo sido, para tanto, fundamentais as manifestações favoráveis de importantes juristas como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola⁸³. Passou-se a visualizar um dano independente do resultado final, consistente justamente na perda da própria oportunidade de auferir uma vantagem ou evitar um prejuízo.

A recepção da novel espécie de dano ressarcível - a chance perdida - está em pleno processo de construção no Brasil⁸⁴. Hodiernamente, já se pode afirmar que é majoritária a posição que defende a reparação do dano consistente na chance perdida, inconfundível com o resultado final⁸⁵.

Com efeito, o que é indenizado é justamente a chance de alcançar determinado resultado, ou de auferir um benefício, chance essa que foi perdida em decorrência de um ato ilícito praticado pelo lesante⁸⁶. A indenização deve ser pela perda da oportunidade de obter a vantagem, e não pela própria vantagem⁸⁷.

Independentemente de se estar diante de um caso de perda de chance clássica - na qual o processo aleatório em que se encontrava a vítima foi interrompido - ou diante de um caso de perda de chance de ter evitado um prejuízo - quando o processo chega ao seu cabo -, o objeto da reparação não recairá na vantagem final esperada e que nunca se saberá se ocorreria (no caso clássico), nem no prejuízo final experimentado (no caso de perda de chance de ter evitado esse prejuízo). Recairá, em verdade, respectivamente, na possibilidade de que o benefício fosse alcançado ou na possibilidade de que o dano tivesse sido evitado.

Essa possibilidade, em ambos os casos, tem autonomia em relação à efetiva ocorrência do resultado final. A perda de uma chance, em si mesma, caracteriza um

⁸² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p.3.

⁸³ *Ibidem*. p.3.

⁸⁴ A segunda parte desta monografia destina-se, justamente, a demonstrar a recepção da teoria da perda de uma chance pela doutrina brasileira, bem como explorar sua aplicação pelos tribunais pátrios.

⁸⁵ SAVI, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 540.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75.

dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil⁸⁸.

Assim, por exemplo, se um estudante fica impedido de prestar o exame vestibular (interrupção total do processo aleatório) por ter sido culposamente atropelado por uma motocicleta, o motociclista não deverá indenizar pela reprovação no vestibular - a qual poderia ter-se dado por outros fatores, como despreparo do estudante, qualificação dos demais candidatos, etc. - mas pela perda das chances que ele tinha de aprovação.

Por outro lado, suponha-se outra situação envolvendo um estudante que prestará o vestibular, mas agora o que ocorreu foi uma queda acidental do estudante na calçada, tendo machucado sua mão direita, por descuido próprio. Ao se dirigir ao profissional da saúde, o desafortunado vestibulando é vítima de um erro profissional grosseiro. O tratamento adequado, que seria realizado por qualquer médico minimamente capacitado, teria ocasionado uma melhora completa da lesão na mão do paciente. Entretanto, por grave imperícia, o médico recomenda tratamento inadequado, remanescendo a lesão até o dia da prova.

O estudante, que é destro, realiza a prova (processo aleatório vai até o final), mas em condições muito ruins, dada a parca mobilidade de sua mão direita, o que contribui para sua reprovação. Aqui, mais uma vez, não se pode afirmar que, em condições de saúde perfeitas, o vestibulando lograria aprovação. O ato ilícito perpetrado pelo médico, não obstante, retirou-lhe algumas chances de ser aprovado. A indenização, mais uma vez, não pode recair sobre o dano final (reprovação), mas deve se circunscrever às chances perdidas de ter feito o vestibular em boas condições, aumentando sua probabilidade de êxito.

Conforme já se salientou, o trabalho jurisprudencial, em especial da Corte de Cassação francesa⁸⁹, aliado ao desenvolvimento doutrinário acerca do tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance possibilitou o desenvolvimento de critérios razoáveis para a boa utilização do instituto.

Destarte, pode-se apontar alguns requisitos básicos para a concessão da indenização das chances perdidas enquanto dano autônomo.

⁸⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 695.

⁸⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 20. O autor discorre, de forma sistematizada, acerca das condições impostas pela Corte de Cassação para conferir indenização pelas chances perdidas.

Primeiramente, é essencial a prova da ocorrência do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e o evento danoso. Conforme já se teve a oportunidade de enfatizar, esse dano real consiste na própria chance perdida, isto é, na oportunidade que se dissipou de obter no futuro uma vantagem, ou de evitar um prejuízo que veio a acontecer⁹⁰.

Em relação ao liame de causalidade, importa ressaltar que o ato ilícito não é *conditio sine qua non* para a ocorrência do dano final. Inexiste nexo de causalidade entre o ato do ofensor e a perda do resultado final esperado. Precisamente na ausência de vínculo causal entre o ato do lesante e a perda da vantagem final que diferencia a perda de uma chance das demais espécies de dano⁹¹. Isso porque, aqui, o nexo causal se estabelece entre a conduta do agente e a perda da possibilidade de se obter a vantagem final.

Outro requisito importante a ser observado, corolário da diferenciação que se estabelece entre o dano final e a perda da chance, é que o montante indenizatório, refletindo o valor da chance (probabilidade), inevitavelmente será menor⁹² do que se fosse o caso de responsabilidade pelo dano final. Isso porque se deve considerar a álea⁹³, inerente ao próprio conceito de chance - o que se reflete na apuração do valor do dano.

Imperioso, outrossim, distinguir a responsabilidade civil pela perda de uma chance da simples criação de riscos. Nestas situações não se pode mensurar os resultados práticos do comprometimento da situação da vítima por conta da conduta do réu.

A título de exemplo, poder-se-ia citar o caso em que a vítima se vê exposta a agente tóxico que aumenta sua chance de contrair uma determinada doença, embora siga gozando de saúde perfeita. Neste caso não é possível saber se a vítima desenvolverá ou não aquela doença, o que pode nunca ocorrer. Desse modo, a vantagem esperada pela vítima (a manutenção da perfeita saúde) ainda pode perfeitamente ser alcançada⁹⁴.

⁹⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696.

⁹¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 546; SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 13.

⁹³ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 117.

Peteffi da Silva expõe essa distinção de forma exemplar:

O ponto nevrálgico para a diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco é a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, ou seja, a existência do dano final. De fato, em todos os casos de perda de uma chance, a vítima encontra-se em um processo aleatório que, ao final, pode gerar uma vantagem. Entretanto, no momento em que as demandas envolvendo a perda de uma chance são apreciadas, o processo chegou ao seu final, reservando um resultado negativo para a vítima.

Mesmo nos casos clássicos de perda de uma chance, nos quais o processo aleatório não chega ao seu final, mas é definitivamente interrompido pela conduta do réu, observa-se a perda da vantagem esperada. Assim, por exemplo, o litigante perde definitivamente a causa judicial quando o advogado interpõe um recurso intempestivo. Nesta hipótese, a vantagem esperada pela vítima era a procedência da demanda, a qual restou totalmente prejudicada.

Nos casos de simples aumento de riscos, a vítima também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, mas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. É impossível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada.

Deste modo, fica realmente muito difícil conceder reparação antes que se tenha certeza do dano. Tal dificuldade não ocorre nos casos de perda de uma chance, nos quais a perda da vantagem esperada já se manifestou de forma definitiva.

Caracterizada a perda de uma chance como dano autônomo e independente do resultado final esperado, cumpre agora analisar o importante tema relativo à exigência de que, além de sua perda ter sido causada pelo ato ilícito do ofensor, essas chances sejam sérias e reais.

4.2 Exigência De Seriedade Da Chance Perdida

Defendeu-se até então o entendimento no sentido de que, uma vez praticado um ilícito que põe fim a um processo aleatório dentro do qual a vítima estava inserida e que poderia reverter em seu benefício, esurge o dever de reparar. A indenização, *in casu*, não se destina a recompor a vantagem final esperada, a qual, em decorrência da álea inerente ao próprio conceito de "chance", talvez nunca se efetivasse; destina-se, em vez disso, a reparar a própria perda da chance,

entendida como um dano autônomo e independente, considerando-se tal chance como dotada, por si só, de valor patrimonial.

A partir dessa visão de chance como dano autônomo e independente da vantagem final, resta preenchido o clássico requisito da certeza do dano. Isso porque, a incerteza reside apenas no fato de que não se poderá jamais saber se a chance viria a transformar-se na vantagem final. Daí a quantificação do dano pela chance perdida necessariamente ser menor do que o da perda do resultado final. O critério certeza solidifica-se na medida em que, sendo a chance valor patrimonial independente e tendo sido ela destruída em decorrência do ilícito, é logicamente inegável a efetiva ocorrência de dano.

Não é diverso o raciocínio empregado pelo insigne civilista Caio Mário da Silva Pereira, que, valendo-se da doutrina de Yves Chartier, afirma que a reparação pela perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza: probabilidade que a chance seria realizada e certeza de que a vantagem perdida resultaria em um prejuízo⁹⁵.

Nada disso obstante, ao se responder positivamente à questão da possibilidade de reparação da chance perdida como dano autônomo, surge irremediavelmente nova indagação: será que toda e qualquer chance perdida enseja dever de reparação, independentemente do grau de probabilidade de efetivamente se concretizar?

A resposta deve se dar no sentido negativo. Não é toda a chance que, perdida em decorrência de ato culposo praticado por outrem, dará lugar a uma reparação. Apenas aquelas chances sérias e reais deverão ser consideradas relevantes a ponto de ensejar reparação. Esse critério de seriedade das chances é o mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis (indenizáveis), daqueles meramente hipotéticos, onde a reparação deve ser rechaçada⁹⁶.

Percebe-se, destarte, que a perda de uma chance encontra limitação no caráter de certeza indispensável à configuração do dano reparável. A chance perdida pela vítima, deve representar mais do que um simples esperança

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 42.

⁹⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 22.

subjetiva⁹⁷, devendo-se atentar para um critério objetivo de probabilidade, a ser estudado a luz do caso concreto.

Nesta esteira de pensamento, tome-se o exemplo extremamente ilustrativo trazido pela professora Judith Martins-Costa⁹⁸ acerca de um paciente que sofre de câncer. Pode-se, de um lado, estar diante de um tumor incurável e, ainda assim, o paciente manter firme sua esperança na vida, embora cientificamente sua possibilidade de seguir vivendo seja nada além do zero absoluto. Diferente é o caso do paciente que, embora também sofra de câncer, de acordo com as estatísticas médicas, dispõe de significativas chances de cura. No primeiro, trata-se de mera esperança subjetiva; no segundo, porém, tem-se verdadeiro caso de chance dotada de valor jurídico.

Bastante pertinentes são as colocações do professor Sérgio Severo, que se vale dos ensinamentos de Le Tourneau para proferir elucidadoras palavras, dignas de transcrição:

No que tange à indenização pela perda de uma chance, é essencial que a mesma seja "plausível e não aponte uma simples quimera". Trata-se da probabilidade de que um evento ocorresse; não fosse a intervenção do agente, esta chance deveria ser séria e viável. A jurisprudência francesa admitiu a indenização pela morte de um estudante do último ano de medicina, conforme se observou. Porém, no caso de um estudante de 19 anos, que estava no primeiro ano do curso de bacharelado, considerou-se que a chance de o mesmo tornar-se um farmacêutico era eventual, não dando ensejo a uma indenização. Portanto, a chance deve ser considerável, e não meramente eventual.⁹⁹

Na segunda parte deste trabalho, analisar-se-ão os critérios para a boa quantificação da indenização pelas chances perdidas, sendo que esse valor deverá ser proporcional ao grau de probabilidade de que a chance se efetivasse¹⁰⁰. Antes que seja possível realizar essa operação quantificadora, porém, há o requisito prévio de que a chance represente probabilidade minimamente considerável, ou seja, que seja revestida de seriedade, para, somente então, vencida essa etapa, poder-se proceder a sua quantificação.

⁹⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 138.

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 546. Nota de rodapé nº 217.

⁹⁹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.13.

¹⁰⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 697.

O que se pretende demonstrar, portanto é que, ainda que haja nexo de causalidade entre o ato ilícito e a perda da chance, esta, se representar possibilidade demasiadamente hipotética de concreção do resultado final, não merecerá tutela reparatória. Vale dizer: a verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza¹⁰¹.

Assim, por exemplo, se por culpa de seu advogado, que perdeu prazo recursal, a vítima se vê privada de sua demanda ser reexaminada pelo segundo grau de jurisdição, a princípio se está diante de caso de perda de uma chance. Se, contudo, ao analisar o mérito da ação indenizatória proposta pelo cliente contra o advogado negligente, o julgador concluir que a chance de provimento do recurso era remota, deverá julgar improcedente o pedido de indenização por perda de uma chance.

Isso porque, ainda que presentes os demais requisitos, a análise da procedência do pleito indenizatório esbarrou no importante critério que ora se estuda, qual seja: a seriedade da chance perdida, verdadeiro filtro para que sejam afastados os pedidos indenizatórios fundados em chances demasiadamente hipotéticas.

Um interessante exemplo, ilustrativo da utilização do critério da seriedade das chances, é trazido por Peteffi da Silva, ao relatar caso julgado pela Corte de Cassação francesa¹⁰². Tratava-se de menino de nove anos de idade que, em decorrência de acidente, teve seu bom desempenho escolar comprometido. Por conta disso, demanda o causador do acidente, pleiteando reparação pela perda de uma chance de, no futuro, auferir profissão bem remunerada. Tal pedido foi afastado pelo tribunal francês em virtude da falta de comprovação de certeza do prejuízo experimentado. Trata-se de típico caso em que, embora tenha havido a supressão de uma eventual oportunidade futura, o dano é demasiadamente hipotético para merecer tutela jurisdicional.

Esse mesmo autor afirma que também os ordenamentos da *Common Law* demonstram preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração

¹⁰¹ CHARTIER *apud* PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 23.

¹⁰² PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 141.

da seriedade das chances perdidas¹⁰³. No sistema anglo-saxão fala-se em "*significant or substancial lost of a chance*"¹⁰⁴.

Também a jurisprudência da *Corte di Cassazione* italiana exige que a chance seja séria e real. No caso italiano, porém, tal requisito assumiu caráter excessivamente severo: a chance perdida somente será indenizável nos casos em que se produza prova de que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento)¹⁰⁵. Embora não se concorde¹⁰⁶ com tal posicionamento, parte da doutrina brasileira considera-o acertado¹⁰⁷.

Certamente a discussão acerca da seriedade das chances perdidas não passa ao largo da jurisprudência brasileira. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70006606487, de 2003, ao julgar demanda envolvendo perda de uma chance ocasionada por interposição intempestiva de recurso por advogado, enfrenta o tema. Reproduz-se, no acórdão, valioso trecho da sentença de primeiro grau, no que respeita ao método de aferição da seriedade das chances, nesse tipo de casos:

Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde o prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos (art. 5º, XXXV, da CF). Não perdeu uma causa certa;

¹⁰³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139. O autor expõe o caso *Hotson v. Fitzgerald* (1985), no qual a corte canadense chegou a afirmar que as demandas de vítimas que perdem menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encaradas com rigor redobrado, já que demandas de "natureza especulativa" não deveriam ser encorajadas.

¹⁰⁴ MOORE, Bryson *apud* PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139.

¹⁰⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

¹⁰⁶ A adoção de tal entendimento, de que a chance séria só seria aquela maior de 50% (cinquenta por cento), levaria a resultados injustos. Imagine-se, por exemplo, o caso em que alguém se vê privado, por ato ilícito de outrem, a participar de sorteio, com apenas três concorrentes, envolvendo o prêmio de R\$ 500.00,00 (quinhentos mil reais). Ora, acredita-se que seja bastante duvidosa a afirmação de que a perda de uma chance em três de se obter tal vultosa quantia não seja considerada um dano passível de reparação.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 75. "*A perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver a probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento, de onde se conclui que nem todos os casos de perda de uma chance são indenizáveis*"; SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65. "*Contudo, de acordo com as premissas fixadas neste livro, entendemos que a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná somente poderia ter remetido à liquidação de sentença o cálculo da quantificação da indenização da chance perdida (o quantum debeatur) se tivesse, no processo de conhecimento originário, aferido a existência do an debeatur, ou seja, que as chances de reforma do julgado eram superiores a 50%*".

perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado 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.¹⁰⁸

Com peculiar argúcia, o juiz sentenciante traça, em sua argumentação, o caminho correto de aferição da seriedade das chances. Neste sentido, deve o julgador da ação indenizatória adentrar no processo em que o prazo foi perdido e, nas palavras do magistrado, "auscultar a probabilidade" de sucesso do recurso. Sendo essa chance dotada de seriedade, ensejará direito à reparação.

Lamentavelmente, no caso supracitado, em que pese tenha havido a fixação correta das premissas, através de correta argumentação, tanto o juiz de primeiro grau quanto o tribunal gaúcho, a despeito de concluírem que a chance de provimento do recurso era remota, indenizaram a chance perdida.

Trata-se, infelizmente, de equívoco relativamente comum na jurisprudência nacional, reflexo da falta de aprofundamento do estudo da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o que reforça a pertinência do enfrentamento do tema.

Outro caso em que o tribunal gaúcho pecou ao conceder indenização por chance perdida carecedora de suficiente seriedade ocorreu quando do julgamento da Apelação Cível nº 700004650305 em 2002¹⁰⁹. Neste caso, uma jovem de 19 anos, que revendia produtos de beleza, foi atropelada, tendo ficado um mês em coma, feito neurocirurgia e, após a recuperação, apresentado seqüelas do sinistro.

Dentre os pedidos formulados na ação indenizatória, constava o de pensão mensal vitalícia com base na expectativa de ascensão profissional de passar de revendedora de produtos a pedagoga, pois a vítima tinha intenção de cursar pedagogia. A sentença, confirmada pelo acórdão, ainda que tenha reduzido pela metade o ressarcimento (em razão da concorrência de culpas), concedeu, dentre as verbas condenatórias - como gastos hospitalares e dano moral -, pensão mensal vitalícia com base no salário médio de uma pedagoga.

¹⁰⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70006606487. 10ª Câmara Cível. Relator: Paulo Antônio Kretzmann, 06 de novembro de 2003. Julgador de 1º Grau: Paulo Ivan Alves Medeiros.

¹⁰⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 700004650305. 2ª Câmara Cível. Mário Crespo Brum, 19 de dezembro de 2002.

Ora, em que pese a gravidade do ocorrido, o valor da pensão vitalícia deveria ter sido fixado com base nos rendimentos relativos à profissão atual, no momento do acidente, de revendedora de produtos, e não em supostos ganhos caso exercesse a função de pedagoga no futuro. A autora não estava frequentando qualquer universidade e nem sequer havia prestado exame vestibular para o curso de pedagogia. Diante dessas circunstâncias, imperioso reconhecer o não preenchimento das exigências de realidade e seriedade da chance perdida, o que afastaria a incidência da responsabilidade pela perda de uma chance.

A respeito do tema perda de chance de trilhar determinada carreira, um dos requisitos da jurisprudência francesa para reconhecer que efetivamente houve um prejuízo indenizável consiste em que a pessoa já estivesse realizando estudos preparatórios para esse fim¹¹⁰, revelando-se a seriedade da chance perdida.

Muito embora sejam recorrentes as confusões perpetradas pela jurisprudência nacional ao aplicar a teoria da perda de uma chance, há julgados que a utilizam de forma correta. A exemplo disso, já se mencionou caso julgado pelo então desembargador, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹¹, o qual, diante de ação indenizatória proposta contra advogado que perdera prazo recursal, fez exemplar uso da teoria.

Os referidos equívocos na aplicação da teoria da perda de uma chance, ainda que não sejam inexistentes, têm considerável diminuição de incidência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ressalte-se que esse tribunal, hodiernamente, está em pleno processo de construção e consolidação das diretrizes para aplicação da teoria no País. Foi justamente pela importância vital de se analisar a jurisprudência nacional atual, no que se refere à perda de uma chance, que se dedicou toda a parte final deste trabalho para tanto.

Diante do exposto no presente capítulo, percebe-se que a chance pode ser considerada um bem autônomo, integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável¹¹². A perda de tal chance produz um dano que

¹¹⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 25.

¹¹¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70005635750. Apelante: Manoel Nunes Filho. Apelado: Ilca Marion Neves Nunes e outro. Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 17 de setembro de 2003. Referido anteriormente na Introdução desta monografia, página 17.

¹¹² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 102.

deverá ser reparado, sempre que sua existência seja provada, ainda que, neste caso, a prova se faça segundo um cálculo de probabilidade de obtenção da vantagem final.

Todavia, conforme se salientou, não será qualquer possibilidade perdida que obrigará o agente do ilícito a reparar o dano. A aplicação da teoria da perda de uma chance encontra limitação na exigência de seriedade e realidade da chance perdida. Simples esperanças subjetivas, quando demasiadamente aleatórias, não serão passíveis de indenização¹¹³.

Assim, somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima lograr demonstrar que havia substancial possibilidade de que a vantagem final fosse auferida, não fosse a conduta ilícita do agente.

A questão não é simples, contudo. Ainda que observado o requisito essencial da seriedade das chances, impossível que um simples conceito de "chances sérias e reais" retire todas as dúvidas do operador do direito quanto à identificação precisa das situações que configuram o dever de indenizar¹¹⁴.

Insatisfatória, também, a já referida solução adotada pela Corte de Cassação italiana, que considera que o requisito de seriedade das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de alcançar a vantagem esperada¹¹⁵. A adoção de tal entendimento conduziria a soluções injustas no caso concreto. A exemplo disso, sempre que alguém fosse privado, por ato ilícito, da participação de um concurso ou sorteio, a indenização somente teria lugar se houvesse apenas dois participantes.

Imagine-se o caso de, na última fase de um concurso público, restarem apenas quatro candidatos, igualmente bem preparados. Caso um deles fosse eliminado de forma completamente injustificada, jamais poderia ajuizar uma ação de indenização, pois contaria, dependendo das circunstâncias do caso concreto, com algo em torno de 25% (vinte e cinco por cento) de chance de obter sucesso¹¹⁶.

¹¹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006 .p. 102.

¹¹⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139.

¹¹⁵ SAVI, *op. cit.*, p. 04.

¹¹⁶ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 142.

Rechaçada a solução italiana de considerar chance indenizável apenas aquela que consubstancie 50% (cinquenta por cento) ou mais de chances de êxito, que solução se deverá adotar? O que seria um grau razoável de certeza? 10, 20, 30%, ou ainda alguma outra cifra? Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, seja no Brasil, seja no Direito Comparado, não chegam a um critério exato. Nem poderiam, pois é deveras muito difícil fixar um parâmetro objetivo.

Entende-se que, à semelhança do que ocorre com a reparação dos danos extrapatrimoniais, a aferição da seriedade da chance perdida deverá ser apreciada casuisticamente pelo julgador, reclamando especial prudência e discernimento, à luz da situação de fato apresentada em juízo. Conforme observa Peteffi da Silva, acerca da fixação de critérios para aferição da seriedade das chances perdidas, "*somente a comparação de casos concretos poderá traçar alguns parâmetros úteis*"¹¹⁷.

Para uma boa aplicação sistemática da teoria da perda de uma chance, importante, outros sim, que os Tribunais, quando da aferição da seriedade ou não da chance pedida, tratem da maneira mais uniforme possível os casos com elevado grau de semelhança entre si.

Assim, esse dano da perda de uma chance, que se contrapõe ao dano representado pela vantagem final esperada - esta sim hipotética¹¹⁸-, para ser indenizado, deverá representar muito mais do que uma simples esperança improvável. Mas também não se exige que o resultado final fosse tão provável ao ponto de se enquadrar no conceito de aquilo que a vítima "razoavelmente deixou de lucrar"¹¹⁹, hipótese na qual se estaria diante de lucro cessante, e não de perda de uma chance.

Caberá ao magistrado, portanto, ao analisar o caso concreto, identificar a existência de uma situação peculiar: não se configura lucro cessante, porque a álea existente não permite o estabelecimento de nexos causal entre o ilícito e a perda da vantagem final esperada; mas a probabilidade considerável de se alcançar tal

¹¹⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 139.

¹¹⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698.

¹¹⁹ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 402: "*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*".

vantagem permite considerar a chance, séria e real, dano autônomo, merecedor de reparação¹²⁰.

Por fim, a quantificação desse dano, que ainda será estudada a pormenores, será feita mediante cálculo equitativo do juiz, partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre ele um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade de obtenção do resultado esperado.¹²¹

¹²⁰ Segundo Fernando Noronha, "*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*". NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698.

¹²¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 04.

PARTE II – APLICABILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

5. POSIÇÃO DA DOCTRINA

Qualquer estudioso que pretenda dedicar-se ao exame do tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, ao se voltar à produção doutrinária nacional, perceberá que se trata de assunto cujo enfrentamento aprofundado é um fenômeno bastante recente na literatura jurídica brasileira.

Havia, no passado, certa resistência por parte dos doutrinadores nacionais, com relação à responsabilização pela perda de uma chance, em que pese o fato de que a teoria já vinha sendo discutida nos países europeus e sendo aplicada, desde o início do século XX, pela Corte de Cassação Francesa.

A ilustrar essa postura, dentre os autores nacionais mais antigos, Carvalho Santos, ao analisar o caso de não interposição de recurso por parte de advogado, afirmou que o direito do constituinte a obter reparação parecia duvidoso, "*precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada*".¹²²

Todavia, mesmo dentre os civilistas clássicos, já havia os que acenavam para a possibilidade de se conceder reparação no caso de chances perdidas. Aguiar Dias, ao criticar severamente sentença proferida por magistrado carioca, em 1929, admite que a perda da oportunidade de ver o processo julgado por instância superior constitui dano indenizável. O trecho merece transcrição:

Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, como votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não tem 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 debeat, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser 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 o podia.¹²³

Percebe-se que o autor admite ser indenizável a chance perdida, residindo as dificuldades de sua análise, porém, na quantificação do dano. Isso ocorre porque

¹²² SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 321-322.

¹²³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2 p. 297.

insere a perda da chance no conceito de lucro cessante, gerando dificuldades conceituais insuperáveis, esbarrando no requisito da certeza suficiente para que o dano pudesse ser indenizado.

Tal situação é enfrentada com maestria por Agostinho Alvim, ao tratar de semelhante situação, envolvendo falta de interposição de recurso por negligência do advogado. As palavras do brilhante autor, o qual parecia estar à frente de seu tempo, são dignas de transcrição:

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instancia constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

Tanto isto é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instancia, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença da 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.

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.

Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pode ser provado, e cujo ressarcimento é devido¹²⁴.

As palavras de Agostinho Alvim demonstram elogiável nitidez com que o autor vislumbra a questão da quantificação da chance perdida, tema que, desafortunadamente, muita vezes passa ao largo de doutrinadores e julgadores, ao se manifestarem acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Ainda fazendo referência a autores clássicos da doutrina civilista pátria, mister citar os distintos nomes de Caio Mário da Silva Pereira¹²⁵ e de Miguel Maria de Serpa Lopes¹²⁶. Estes ilustres doutrinadores também se manifestam favoravelmente à teoria da perda de uma chance, afirmando, porém, que deve haver

¹²⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 192.

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 41-42.

¹²⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989. v II, p. 375.

mais que uma possibilidade, uma "probabilidade suficiente". Sustentam os autores, em outras palavras, o requisito de seriedade das chances perdidas¹²⁷.

Com a evolução da cultura jurídica nacional, especialmente no âmbito da responsabilidade civil, o tema da perda de uma chance vem sendo, mais recentemente, explorado por diversos doutrinadores e estudiosos. Nos últimos anos foram publicadas obras específicas acerca do tema, bem como se multiplicaram artigos em periódicos a tratar do assunto nos diversos campos do Direito¹²⁸.

Além disso, autores que não tratavam do assunto da perda de uma chance em suas obras gerais sobre Direito Civil ou Responsabilidade Civil, sentiram-se compelidos a, ao menos, fazer referência à importante teoria que ora se estuda. Outras que, embora a ela já fizessem alguma alusão, porém de forma superficial, passaram a dedicar tópicos apartados para enfrentamento do assunto, nas edições supervenientes de suas obras¹²⁹.

Dentre os escritos mais recentes, portanto, pode-se citar uma vasta gama de autores que se dedicaram, em maior ou menor medida, ao tema da responsabilidade civil pelas chances perdidas. Faz-se, a seguir, breve referência àqueles cujas obras se julgou mais relevantes.

¹²⁷ Tal requisito foi detidamente explanado e defendido, no item 4.2 da primeira parte do presente trabalho.

¹²⁸ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance às relações de trabalho**. Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 27, n. 318, p. 25-33, jun. 2010 ; GOMES, Fernando Cleber de Araújo. Indenização pela perda de uma chance decorrente da inadequada prestação de serviço público. **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Brasília, v. 5, p. 74-80. ; SOUSA, Rafael Luiz Lemos de. O juiz e o cálculo da indenização na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance na interposição de apelação cível intempestiva. In: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 86, p. 23-39, jan. /mar. 2011; SAMPAIO, Alexandre Buck Medrado. Da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance. **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Brasília, v. 5, p. 14-22 ; SILVA, Silvio Maia da. A perda de uma chance civilmente reparável. In: **Entre Aspas : Revista da Unicorp**, Salvador, v. 2, p. 237-258, jan. 2012 ; GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance - Considerações acerca de uma teoria (Jurisprudência comentada). In: **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, São Paulo, n.7, p. 49-51, jul. 2009 ; CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 922, p. 139-171, ago. 2012 ; VAZ, Caroline. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito sucessório. In: BOECKEL, Fabrício Dani de (org.); Rosa, Karin Regina Rick (org.). **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.35-57 ; BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 14, n. 29, p. 20-37, ago. /set. 2012 ; BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. In: **Revista da ESMAPE**, Recife, v.12, t.2, p. 269-296, n.26, jul./dez. 2007 ; FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.7, p. 46-63, dez./jan. 2009.

¹²⁹ A exemplo disso: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p 74-79.

O estimado professor Sérgio Severo, amparado na doutrina francesa, em sua obra reservada ao estudo dos danos extrapatrimoniais, foi um dos que primeiro tratou do tema da perda de uma chance de modo acertado¹³⁰. A leitura é esclarecedora, denotando excelente compreensão acerca das condições de aplicação do instituto, servindo de baliza para sua utilização em nosso ordenamento.

Não menos renomada, a professora Judith Martins-Costa, em seus comentários ao Código Civil, obra organizada pelo ex-ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, também trata do tema¹³¹. Ao comentar o Título IV do Livro referente ao Direito das Obrigações, versando sobre o seu inadimplemento, a autora dedica trecho da obra para desenvolver boa análise da perda de uma chance.

Tratando de campos específicos, deve-se citar a obra de Miguel Kfoury Neto¹³², acerca da responsabilidade civil na seara médica, bem como a de Sérgio Novais Dias, com relação à responsabilidade do advogado. Este último, embora dedique extenso capítulo para tratar da perda de uma chance na esfera judicial, em seus exemplos, acaba dando a entender que a indenização seria pelo resultado final, demonstrando confusão entre os conceitos de perda de chance e lucro cessante¹³³.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, ao lado de Sérgio Cavalieri Filho, ao comentarem o art. 927 do Código Civil, em obra coletânea já referida, abordam o tema da perda de uma chance. Referem-na como consistindo em situações nas quais o ilícito tolhe da vítima a oportunidade de obter situação futura melhor. Além disso, chamam atenção para a necessidade de que se

¹³⁰ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.11 -14.

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 539-546.

¹³² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.50.

¹³³ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999. p. 45-46. Afirma o autor: "*mais um exemplo: o advogado aceita a causa de um empregado para postular no juízo trabalhista o pagamento pela empresa das verbas rescisórias da sua relação de emprego extinta, por despedida ocorrida havia um ano e nove meses. O advogado recebeu o material para elaborar a petição inicial e, por negligência, deixou passar os dois anos prescricionais da data da rescisão. Dir-se-ia que o cliente sofreu um prejuízo efetivo, pois era certo obter o acolhimento da pretensão de pagamento das verbas rescisórias, já que tinha carteira de trabalho assinada e possuía o aviso de dispensa sem justa causa. Seria, então, a princípio, correto responsabilizar o advogado pela perda da chance de ter apreciada a pretensão, impondo-lhe uma indenização correspondente ao valor das verbas rescisórias que não mais poderão ser cobradas pelo cliente*".

trate de chance séria e real, ou seja, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada¹³⁴.

Outro doutrinador que dedica espaço, em sua obra sobre responsabilidade civil, para tratar do assunto é Sílvio Venosa. Este autor, considera a perda de uma chance uma terceira modalidade de dano, "*a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante*"¹³⁵. Havendo certo grau de probabilidade, portanto, a chance perdida entra na esfera do dano ressarcível.

Sem dúvida, um dos mais importantes autores brasileiros a tratar do tema da perda de uma chance é Rafael Peteffi da Silva. Sua dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2001, orientada pela professora Judith Martins-Costa, é verdadeiramente primorosa. Faz detida análise da doutrina francesa, de onde o instituto é originário, além de analisar diversos casos julgados pela Corte de Cassação daquele país¹³⁶.

Progredindo em seus estudos, a tese de doutorado do referido autor, defendida junto à Universidade de São Paulo, versou também sobre o tema da perda de uma chance. O trabalho foi transformado na mais completa obra brasileira¹³⁷ sobre perda de uma chance, em que o autor analisa exaustivamente o instituto, além de analisar o direito comparado, inclusive nos países de *Common Law*. Para Peteffi da Silva, a perda de uma chance ora é utilizada como uma categoria de dano específico, independente do dano final, ora é utilizada com recurso a uma ideia de causalidade parcial.¹³⁸

Como já se salientou anteriormente, os casos de perda de uma chance que, segundo o autor supracitado, requerem uma utilização menos ortodoxa de nexo causal¹³⁹, cujos maiores exemplos estão na seara médica, não são objeto central do

¹³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FLHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2004. V 13. p. 95.

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 274.

¹³⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001.

¹³⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 106-107.

¹³⁹ A professora Gisela Sampaio da Cruz parece partilhar desse entendimento de Peteffi da Silva, como se percebe do trecho a seguir: *enquanto na perda de chance clássica o dano decorre do evento danoso, que interrompeu o processo em curso, no caso da perda de uma chance de evitar um prejuízo que já aconteceu o dano surge exatamente porque o processo em curso não fora interrompido, haveria a possibilidade - isto é, a chance - de o dano não se verificar. Então, ao contrário dos casos clássicos de perda de uma chance, aqui as chances não estão mais relacionadas*

presente trabalho. Toma-se como foco os casos ditos "clássicos" de perda de uma chance, embora se entenda, com apoio no renomado doutrinador Fernando Noronha¹⁴⁰, que, tanto nos casos clássicos como nos casos de perda de uma chance de ter evitado um prejuízo, constatando-se que foi preenchido o requisito de seriedade da chance, ela deverá ser indenizada.

Aproveitando a referência ao professor Fernando Noronha, diga-se que são de sua autoria os escritos mais esclarecedores e sistemáticos acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Para o autor, a teoria estaria dividida nas seguintes modalidades: perda de um chance clássica (subdividida em "frustração da chance de obter uma vantagem futura" e "frustração da chance de evitar um prejuízo futuro") e perda de uma chance de evitar um dano que aconteceu (dentro da qual estaria contida a "perda da chance por falta de informação")¹⁴¹.

Defende, o renomado civilista, que, uma vez preenchidos os requisitos de seriedade da chance perdida (dano), além dos demais pressupostos da responsabilidade civil (ato ilícito e nexo causal, com a peculiaridade de este se dar, não entre o ilícito e o dano final, mas entre aquele e a perda da chance), todas as modalidades de chances perdidas podem ser indenizadas.

O autor cita, em sua obra, as críticas realizadas por René Savatier contra a jurisprudência francesa, por esta estender as indenizações por perda de uma chance à seara médica, o que seria, na opinião do referido jurista francês, um subterfúgio para fundamentar uma reparação parcial, quando houvesse dúvida em relação à causalidade¹⁴². Essa postura crítica de Savatier prega a solução do "tudo ou nada": ou se prova que o médico é o culpado pelo dano final e indeniza-o integralmente, ou não se indeniza nada. Noronha não partilha dessa crítica, como se percebe das palavras do autor:

Não nos parece que seja a melhor solução [...]. Se fossem inteiramente válidas (as críticas), procederiam também contra a teoria clássica, porque também nela se poderia ver um instrumento

a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são atinentes a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Tem-se conhecimento de que ocorreu um dano por força de determinada cadeia causa; o que se indaga é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo em curso." In SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro**: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade. Tese (Doutorado em Direito). - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 82.

¹⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 695-718.

¹⁴¹ *Ibidem.* p. 695-718.

¹⁴² *Ibidem.*, p. 709.

de equidade que permite ao juiz ter um gesto em favor da vítima, todas as vezes que uma incerteza sobre o nexo de causalidade interdita a reparação integral.¹⁴³

Mister fazer referência, outrossim, à monografia específica¹⁴⁴ de Sérgio Savi sobre perda de uma chance, na qual, apoiando-se na doutrina italiana, o autor bem estabelece os principais critérios e requisitos de aplicação do instituto. Além disso, o Savi faz valorosa crítica a diversos julgados brasileiros que versam sobre perda de uma chance, nos quais, muitas vezes, se confundem entre si os conceitos de perda de chance, lucro cessante e dano moral. A única ressalva que se faz à posição do autor, fiel à doutrina italiana, é quanto à exigência de que a chance, para ser considerada séria, deva representar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado final, o que se considera uma demasia¹⁴⁵.

Percebe-se, portanto, que, em que pesem pontuais divergências quanto à natureza jurídica do instituto, em suas diferentes modalidades, os doutrinadores brasileiros modernos são praticamente uníssonos em reconhecer a responsabilidade civil pela perda de uma chance¹⁴⁶.

5.1 Aceitação Da Perda De Chance Como Dano Indenizável Frente Ao Ordenamento Brasileiro

A primeira parte do presente trabalho se ocupou de conceituar e caracterizar o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance, traçando suas características e expondo os requisitos de sua aplicação, à luz do que preceitua a melhor doutrina, tanto nacional quanto estrangeira.

¹⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 710.

¹⁴⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁴⁵ Caso fosse adotada essa exigência, o caso clássico do "Show do Milhão", julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 788.459/BA, o qual será examinado em tópico específico, no capítulo seguinte, teria tido desfecho distinto. Como, no referido caso, a autora da ação foi indenizada em um quarto da vantagem final esperada, pois se entendeu que sua chance de obtê-la era de 25% (vinte e cinco por cento), a solução proposta por Savi levaria, inexoravelmente à improcedência da demanda. Diga-se mais: o STJ já teve oportunidade de conceder indenização quando a vítima foi excluída de sorteio no qual tinha uma chance em trinta de receber uma casa, tendo sido quantificada a indenização em 1/30 (um trinta avos) do valor da referida casa (EDcl no AgRg no Ag 1196957/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta turma, julgado em 10 de abril de 2012, DJE 18 de abril 2012).

¹⁴⁶ Faz-se pequena ressalva à posição isolada, felizmente, de Rui Stoco, o qual entende que a perda de uma chance, aplicada aos casos de responsabilidade civil do advogado "*esurge como inaceitável*". In: STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 512.

Introduziu-se a segunda parte, destinada especificamente à defesa da aplicação da perda de uma chance no Brasil, expondo-se a posição dos principais autores pátrios que se manifestaram sobre o tema. Foi demonstrado que a aceitação da teoria da perda de uma chance, de origem francesa, é defendida pela quase unanimidade dos doutrinadores nacionais.

Cumprido, agora, tecer análise de cunho dogmático, para constatar se, além das vozes da doutrina, a teoria da perda de uma chance conta com o respaldo do ordenamento positivo brasileiro. É o que se passa a fazer.

5.1.1 Cláusula geral de responsabilidade civil

Já se teve a oportunidade de ressaltar, em diversas ocasiões ao longo deste trabalho, que a teoria da perda de uma chance tem origem na França¹⁴⁷, onde é amplamente debatida pela doutrina e adotada pelos tribunais.

Nesse país, a responsabilidade civil funda-se em cláusula geral prevista no artigo 1.382¹⁴⁸ de seu *Code Civil*. O conceito de dano previsto neste dispositivo é bastante amplo, englobando todas as espécies de danos, inclusive aquela representada pela perda de uma chance¹⁴⁹.

A Itália, por sua vez, tem a regra geral de responsabilidade civil extracontratual prevista no artigo 2.043¹⁵⁰ de seu *Codice Civile*. Também se trata de dispositivo bastante amplo, dentro do qual, segundo Guido Alpa, todos os danos, em abstrato, podem encontrar reparação¹⁵¹.

¹⁴⁷ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.11 ; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74 ; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V., t. II., p. 539. ; NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 698.

¹⁴⁸ Art. 1382: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*". In: **Código Civil francês**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

¹⁴⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103.

¹⁵⁰ Art. 2.043: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*". In: **Código Civil italiano**. Disponível em:<<http://www.ilcodicecivile.it/>>

¹⁵¹ ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile: la responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1999. v. VI. p. 185-186. Nas palavras do autor: "*Il sistema della responsabilità civile, codificato nel 1942, e fondato sulla norma generale dell'art.2.043 è infatti un sistema nel quale in astratto tutti i danni possono trovare reintegrazione*".

O atual Código Civil brasileiro dispõe de um sistema de responsabilidade civil muito semelhante aos dos sistemas francês e italiano. Com efeito, o art. 186 do referido diploma legal estatui a seguinte regra: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

Ao regular as consequências do ato ilícito, o art. 927 dispõe que "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"¹⁵². Trata-se, da mesma forma que ocorre com os ordenamentos estrangeiros supramencionados, de conceito amplo de dano, insculpido em regra na qual não consta qualquer limitação com relação às espécies de dano albergadas pelo conceito.

Manifestando-se ainda sob a vigência do Código Civil anterior, Clóvis do Couto e Silva entendia que o motivo pelo qual a jurisprudência brasileira era vacilante em acolher a responsabilidade civil pela perda de uma chance se devia ao fato de que os arts. 1.537 a 1.554 do anterior diploma legal, aos quais o antigo art. 159 remetia o julgador no intuito de avaliar a responsabilidade, fariam uma enumeração taxativa dos bens salvaguardados pelo ordenamento¹⁵³. Dentre esses dispositivos, aqueles que poderiam, segundo a opinião do ilustre autor, servir de impeditivo para a indenizabilidade das chances perdidas, seriam, mormente, os artigos 1.537 e 1.538 do Código revogado¹⁵⁴.

¹⁵² A regra é semelhante a que havia no **Código Civil de 1916**, em seu art. 159, que dispunha: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação de culpa e avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553*".

¹⁵³ COUTO E SILVA. Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.222. Nas palavras do emérito professor: "*Talvez tenha sido o Direito francês o primeiro a admitir a indenização das chances culposamente perdidas, e a criação jurisprudencial foi possível em razão de o Código Civil francês não conter enumeração dos bens protegidos, como sucede no Código Civil brasileiro (arts. 1.537-1.554) e em diversos outros Códigos Cíveis, esta enumeração limita o poder dos juízes*".

¹⁵⁴ Art. 1.537: "*A indenização, no caso de homicídio, consiste: I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia*". Art. 1.538: "*No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. § 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito*". In: **Código Civil de 1916**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.

Se, mesmo na vigência no Código de Bevilacqua, já havia vozes na doutrina¹⁵⁵ e na jurisprudência¹⁵⁶ defendendo a possibilidade do enquadramento da chance perdida como dano indenizável, frente ao ordenamento brasileiro, hodiernamente tal entendimento deve ser inequívoco.

Isso porque o novel Código Civil de 2002 alterou os dispositivos aludidos acima, fontes das controvérsias acerca da possibilidade de reparação das chances perdidas. A atual redação dos dispositivos, hoje alocados nos arts. 948 e 949 é a seguinte:

Art. 948. 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.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.* (grifo nosso)

Destarte, já não há mais qualquer óbice para que se considere o dano consubstanciado na chance perdida como passível de reparação. Muito antes pelo contrário: uma interpretação sistemática, atenta para o princípio da reparação integral dos danos e para o novo paradigma solidarista da responsabilidade civil, em que se foca na reparação do dano injusto sofrido pela vítima, conduz, necessariamente, à aceitação das chances perdidas como dano indenizável.

Neste sentido, são valiosas as considerações de Sérgio Savi:

¹⁵⁵ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 191-195.; SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.11-14.

¹⁵⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 57.529-DF. Quarta Turma. Relator para o acórdão: Fontes de Alencar, 07 novembro 1995. Dos votos proferidos pelos insignes Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira, extraem-se os seguintes trechos: "*Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no art. 159 do Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, que é um fato provado, causador de prejuízo de não concorrer, e por isso, incluído no âmbito do artigo 159 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora*"; "*Em primeiro plano, sem embargo da inexistência de norma específica em nosso ordenamento positivo no que diz respeito à perda de uma 'chance', tenho igualmente como assente que tal reparação se encontra compreendida no universo amplo do art. 159, do Código Civil*".

Não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, 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.¹⁵⁷

Igualmente esclarecedora é a lição de Rafael Peteffi da Silva, de onde se extraem os trechos abaixo, mercedores de transcrição literal:

O principal fator de aceitação da teoria da perda de uma chance está caracterizado na nova maneira de considerar as probabilidades. Com efeito, o progresso tecnológico e a ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso e as situações aleatórias. Atualmente, uma simples chance possui valor pecuniário, assim como a perda da mesma chance pode acarretar prejuízo extrapatrimonial¹⁵⁸.

[...]

Diante do exposto, 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 chance¹⁵⁹.

Por fim, importa reforçar que a atual fase evolutiva da responsabilidade civil está centrada na reparação do dano injusto sofrido pela vítima. A doutrina moderna vem deixando de centrar o sistema no comportamento do autor para focá-lo no evento danoso e na reparação da vítima, consubstanciando verdadeira reação ao dano injusto¹⁶⁰. Como a perda de uma chance, nos casos em que se reveste dos requisitos de realidade e seriedade, configura indubitavelmente um dano injusto, será igualmente passível de indenização¹⁶¹.

Percebe-se, portanto, que, à luz das regras do Código Civil, o sistema brasileiro apresenta cláusula geral de responsabilidade civil, possibilitando a indenização decorrente de qualquer dano sofrido pela vítima, desde que preenchidos os demais requisitos do dever de indenizar. Diante disso, não há qualquer óbice, no ordenamento positivo brasileiro, para a indenização pela perda de uma chance.

¹⁵⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 106.

¹⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.232.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 233.

¹⁶⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38-40.

¹⁶¹ SAVI, *op. cit.*, p. 119.

5.1.2 Compatibilidade com a teoria do nexo causal vigente

Dedicou-se considerável parte do presente trabalho para tratar da questão do nexo causal (parte I, capítulo 3). Por ocasião dessa análise, demonstrou-se que a doutrina brasileira, atualmente, encontra-se dividida com relação à definição de qual seria a teoria do nexo de causalidade dominante à luz do ordenamento brasileiro.

Enfatizou-se que diversos autores defendem a aplicação da teoria da causalidade adequada¹⁶². Outros, não menos renomados, calcados no teor literal do Art. 403 do atual Código Civil (que praticamente repete o disposto no Art. 1.060 do Código revogado), pregam a positivação da teoria do dano direto e imediato¹⁶³. Ambas as correntes, no entanto, são pacíficas ao afirmar que o Direito brasileiro impõe a necessidade da causa.

Com efeito, apontou-se que o melhor caminho parece ser o da complementaridade e da síntese¹⁶⁴ entre as teorias da causalidade adequada e do dano direto e imediato, consoante preceitua a professora Judith Martins-Costa.

Isso porque, na verdade, a teoria do dano direto e imediato, caracterizada pela necessidade da causa, seria uma "ferramenta hermenêutica" para melhor compreensão da Teoria da Causalidade Adequada, dado que a causa é necessária justamente porque é adequada¹⁶⁵. Portanto, não há grandes distinções entre as duas teorias¹⁶⁶, cuja aplicação comumente acaba conduzindo ao mesmo resultado prático.

Assumindo, portanto, que o ordenamento brasileiro exige que a causa (ato ilícito) seja necessária para a produção do resultado, cumpre perquirir se tal requisito resta preenchido quando se está diante de demanda envolvendo responsabilidade civil pela perda de uma chance.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49; NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 635. ; AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. II. p. 314-315.

¹⁶³ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 346. ; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 524. ; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 187.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 214-215.

¹⁶⁵ *Ibidem*. p. 214-215.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 215.

Nas páginas antecedentes, demonstrou-se que o Direito brasileiro conta com uma cláusula geral de responsabilidade civil, possibilitando abertura para a reparação de toda espécie de dano.

Aliado a isso, constatou-se, ao longo deste trabalho, que o progresso tecnológico e o avanço da ciência estatística acabaram por desmistificar o acaso, a tal ponto que a simples chance, desde que séria e real, possui valor pecuniário¹⁶⁷. Esta circunstância decorre da autonomia da chance em relação ao resultado final, considerada como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão¹⁶⁸.

Assim, valendo-se mais uma vez do ilustrativo exemplo do advogado que perde o prazo de apelação, embora seja impossível estabelecer nexo de causalidade entre a conduta e o dano final (derrota na ação judicial), fica evidenciada a existência de nexo de causalidade entre o ato e a perda da chance de se obter situação futura vantajosa (provimento do recurso e vitória no processo)¹⁶⁹.

Percebe-se, destarte, que a desvinculação do dano autônomo da chance perdida em relação ao resultado final esperado afasta a problemática decorrente da impossibilidade de se estabelecer liame causal necessário entre o ato ilícito e a perda da vantagem final possível. Preenchem-se, assim, todos os pressupostos da responsabilidade civil, pois é constatado um ato ilícito que causa um dano (perda da chance), havendo nexo de causalidade entre ambos.

Não há, portanto, qualquer óbice à reparação da chance perdida no ordenamento brasileiro, seja quanto à verificação do dano, seja quanto à constatação da existência do liame de causalidade. Nas palavras de Peteffi da Silva:

¹⁶⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.232.

¹⁶⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 122.

¹⁶⁹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 191-192. Nas palavras do autor: "*Alguém vê julgada improcedente uma ação, que intentou para haver certa quantia. A sentença, proferida por juiz inexperiente, certamente não subsistirá, por haver apreciado mal a prova. Todavia, o advogado, por negligência, deixa de apelar. Impossibilitado o recurso, e não sendo caso de ação rescisória, não poderá o autor obter o restabelecimento do seu direito. Pensará, então, em voltar-se contra o seu advogado, a fim de conseguir que este o indenize. Mas a prova do prejuízo é absolutamente impossível. Com efeito, a causa apontada do dano é a não-interposição do recurso. Mas como fazer a prova de que, interposto, teria logrado provimento? [...]. 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*".

Nesse passo, além de a chance perdida ter todas as condições para ser considerada como um dano quantificável e amplamente provado, também não se encontra dificuldade para demonstrar o nexo de causalidade certo e direto entre a conduta do réu e a perda da chance. Diante do exposto, e sem olvidar o novo paradigma solidarista que deve orientar o instituto da responsabilidade civil, acredita-se não haver óbice para a aceitação sistemática do instituto da perda de uma chance como um dano certo¹⁷⁰.

Ao passo que o autor supracitado faz referência ao "nexo de causalidade certo e direto", chegando à conclusão que a responsabilidade por perda de uma chance preenche esse requisito, Fernando Noronha considera igualmente preenchido o requisito do liame causal, mesmo adotando expressamente a teoria da causalidade adequada¹⁷¹:

Ao nosso ver, para que se possa dar como existente um nexo de causalidade adequada, é suficiente que se consiga demonstrar que um fato antijurídico interrompeu o processo que estava em curso e que este podia conduzir ao resultado almejado, em termos que esse fato antijurídico não possa ser tido como de todo indiferente ao prejuízo alegado; basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.¹⁷²

Constata-se que, independentemente da adoção, quanto ao nexo de causalidade, da teoria do dano direto e imediato, ou da causalidade adequada, o resultado será o mesmo para fins de perda de uma chance: sua admissão frente ao ordenamento brasileiro.

Diante disso, se a vítima provar a existência do dano (perda de uma chance séria e real) e a adequação do nexo causal entre o ato ilícito culposos do ofensor e esse dano sofrido, restarão configurados todos os requisitos da responsabilidade civil, esurgindo o dever de indenizar¹⁷³.

¹⁷⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 232-233.

¹⁷¹ Tal circunstância reforça a tese, defendida pela professora Judith Martins-Costa e adotada no presente trabalho, de que não se diferem, substancialmente a teoria do dano direto e imediato e a teoria da causalidade adequada, conduzindo, invariavelmente, a soluções semelhantes.

¹⁷² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 704

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V. t. II. p. 546.

5.2 Critérios Para Quantificação Do Dano

Uma vez preenchidos todos os requisitos do dever de indenizar, resta saber como se dará a apuração da quantificação do dano resultante da chance perdida. Em outras palavras: constatado o *an debeatur*, deve-se encontrar o *quantum debeatur*.

A fim de solucionar tal questão, uma das mais intrincadas no âmbito da teoria da perda de uma chance, deve-se fazer uso de determinados critérios fundamentais, os quais servirão como balizas para se encontrar o valor da chance perdida, que corresponderá ao montante indenizatório.

A regra de ouro a ser obedecida em casos de responsabilidade por perda de uma chance prescreve que o valor da reparação da chance perdida deverá ser sempre menor que o valor atribuído à vantagem final esperada¹⁷⁴. Essa regra fundamental foi respaldada pela jurisprudência francesa, de forma sistemática¹⁷⁵.

Tal entendimento é decorrência lógica do próprio conceito de chance, entendida como uma possibilidade/probabilidade de se obter um benefício futuro, inconfundível, portanto, com a certeza desse benefício. Caso contrário, não haveria sentido falar em *chance* (ou oportunidade). Em que pese a simplicidade da regra, não raro os tribunais nacionais - embaralhando os distintos conceitos de perda de chance e lucro cessante - condenam ao pagamento do valor total da vantagem esperada, a título de "perda de uma chance"¹⁷⁶.

Importante ressaltar que o valor necessariamente inferior da chance perdida em relação à vantagem final esperada não conduz ao entendimento de que se está conferindo indenização parcial. Ao contrário: a indenização sempre repara de forma

¹⁷⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 67; PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142-143.

¹⁷⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001. p. 27.; PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 143. Relata o autor: "*Em decisão recente datada de nove de abril de 2002, a primeira câmara da Corte de Cassação francesa ratificou que 'a reparação da perda de uma chance deve ser mensurada de acordo com a chance perdida e não pode ser igualada à vantagem em que teria resultado essa chance, caso ela tivesse se realizado'*".

¹⁷⁶ A exemplo disso, o TJRS, no julgamento da Apelação Cível 70005473061, condenou o advogado que deixou de interpor recurso tempestivamente pela totalidade daquilo que seu cliente obteria caso o recurso fosse provido. BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70005473061. 9ª Câmara Cível. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 10 de dezembro de 2003.

integral as chances perdidas, visto que a perda da chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada, a qual foi perdida de forma definitiva¹⁷⁷.

Ao tratar do problema da quantificação do valor do dano, no caso de chance perdida em virtude de perda de prazo recursal por advogado, Sérgio Savi faz interessante colocação. Aduz o autor que, com o advento da Emenda Constitucional nº 46, de 2004, que introduziu a súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro, há casos em que a responsabilização do advogado se dará pela totalidade do valor da causa que fez seu cliente perder¹⁷⁸. Isso ocorreria, segundo o autor, quando a decisão que o advogado negligente deixou transitar em julgado contrariasse súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Com a devida vênia ao brilhante jurista supracitado, entende-se que não é necessário que se trate de uma súmula vinculante do STF para que se descaracterize a perda de uma chance e se ingresse na seara do lucro cessante.

Entende-se que já se poderia cogitar de lucro cessante mesmo em casos de matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou até mesmo em se tratando de matérias cuja jurisprudência é pacífica, ainda que não sumulada. Já seria o bastante para enquadrar-se o dano na categoria de lucro cessante, ou seja, "aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar" (Art. 402 do Código Civil).

Relembre-se, de outra banda, que, dependendo da natureza da vantagem final esperada, a perda da chance de obtê-la pode consubstanciar tanto um dano material quanto um dano extrapatrimonial¹⁷⁹. Mesmo nos casos em que o dano é puramente moral, a regra deve ser obedecida¹⁸⁰.

A fixação da premissa básica de que o valor da chance será sempre inferior ao total da vantagem esperada, por si só, ainda não resolve o problema da quantificação. Estabelecido que o valor será sempre menor que o 100% (cem por cento) e que não poderá ser ínfimo, sob pena de se desrespeitar o requisito da

¹⁷⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28

¹⁷⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 66.

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696. Assim, por exemplo, no caso de uma ação judicial, se o pedido for uma condenação pecuniária, não há dúvida de que a perda do prazo para interpor recurso de sentença desfavorável, por parte do advogado, configura um dano material. Agora, caso se tratasse de uma ação de guarda de filho menor, a perda da chance teria cunho flagrantemente extrapatrimonial.

¹⁸⁰ PETEFFI DA SILVA, *op. cit.*, p. 143.

seriedade da chance, deve-se encontrar, caso a caso, um valor compreendido entre esses dois extremos.

Para a valoração da chance perdida, deve-se calcular as probabilidades de sucesso que o processo aleatório possuía. O julgador deverá partir do valor do dano final e fazer incidir sobre ele um percentual, correspondente à probabilidade de esse resultado ocorrer¹⁸¹. O resultado de tal operação consistirá no montante indenizatório a título de perda de uma chance.

Reconhece-se que tal operação nem sempre será facilmente realizada. Contudo, tal circunstância não pode servir como obstáculo para indenizar a perda da chance. Também nos casos de lucro cessante, eventualmente se depende de cálculo complexo; ou ainda em situações de dano moral puro, a representação do dano em pecúnia não raro é tormentosa. Nem por isso, nesses casos, cogita-se de não reparar o dano. O mesmo deve valer para a reparação da chance perdida¹⁸².

A melhor forma de que dispõe o magistrado para a liquidação do dano representado pela chance perdida, nos casos de difícil aferição, é o arbitramento¹⁸³. Para a apuração do grau dessa probabilidade, o juiz pode valer-se do auxílio de peritos técnicos¹⁸⁴. Nos casos, porém, em que se quantifica a perda de uma chance de se obter vitória em processo judicial, o próprio julgador pode servir de perito da própria causa, dado que ele mesmo já é o *expert* no assunto.

A fim de emprestar maior clareza ao tema em análise, faz-se uso de um exemplo¹⁸⁵. Suponha-se que um proprietário de um aclamado cavalo de corrida

¹⁸¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68.

¹⁸² O TJPR realizou tratou da questão em julgado digno de aplausos, que restou assim ementado: *RESPONSABILIDADE CIVIL – ADVOGADO QUE DEIXA DE ASSINAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – ATO INEXISTENTE – ENTENDIMENTO PARTILHADO POR FORTE CORRENTE JURISPRUDENCIAL NA JUSTIÇA TRABALHISTA – CIRCUNSTÂNCIA DE CONHECIMENTO DO CAUSÍDICO – NEGLIGÊNCIA NA CONDUÇÃO DA CAUSA CONFIGURADA – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – ACOLHIMENTO – PRECEDENTE DO STJ – QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM PERCENTUAL QUE CONSIDERA A PROBABILIDADE DE ÊXITO DO RECURSO ORDINÁRIO – POSSIBILIDADE – BASE DE CÁLCULO QUE DEVERÁ CONSIDERAR O TOTAL DA CONDENAÇÃO NA DEMANDA TRABALHISTA – DANO MORAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA – LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA – APELAÇÃO PROVIDA PARCIALMENTE – RECURSO ADESIVO DESPROVIDO* (BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível nº 0502092-6. 10ª Câmara Cível. Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Ronald Schulman. Unânime, 21 de agosto de 2008).

¹⁸³ SAVI, *op. cit.*, p. 68

¹⁸⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 192.

¹⁸⁵ Adaptou-se exemplificação semelhante trazida por Peteffi da Silva, In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p. 144.

esperasse ganhar, em uma grande competição, o prêmio de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Essa oportunidade, no entanto, restou inexoravelmente eliminada, em razão de seu agente haver falhado em realizar a inscrição do animal para a corrida.

Ao quantificar o valor do prejuízo havido pela chance perdida, suponha-se que o juiz disponha de importante dado estatístico: de acordo com as bolsas de aposta, que levam em consideração o desempenho pregresso de cada um dos animais competidores em relação aos demais, além de outras variáveis significativas, o aludido cavalo teria 20% (vinte por cento) de chance de vencer a corrida.

Diante desse quadro, o magistrado bem solucionaria a lide fazendo incidir esse percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total do prêmio, resultando em uma condenação no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Neste mesmo sentido, Peteffi da Silva relata ilustrativo caso extraído da jurisprudência norte-americana, mais precisamente, da Suprema Corte do Estado de Michigan. Trata-se do *caso Falcon v. Memorial Hospital*, no qual uma gestante faleceu logo após o parto, devido a uma embolia¹⁸⁶. *In casu*, embora os peritos tenham reconhecido que a morte era imprevisível, foi constatada falta de terapêutica adequada por parte do médico.

Demonstrou-se que 37,5% (trinta e sete e meio por cento) das pessoas que sofrem do mesmo problema que a Sra. Falcon sobrevivem, quando tratadas de forma adequada. Constatou-se, portanto, que o erro médico retirou as chances de vida da paciente, razão pela qual se concedeu indenização de 37,5% (trinta e sete e meio por cento) sobre o valor total que seria devido caso o médico fosse o responsável pela morte da vítima.

Ficará evidenciado, no capítulo subsequente, que nem sempre esse esforço para a boa quantificação do dano da perda da chance é empreendido pelos tribunais nacionais¹⁸⁷. Ocorrem muitos erros, em virtude da má compreensão do instituto,

¹⁸⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p. 144-145.

¹⁸⁷ Esses equívocos, contudo, não são peculiares dos tribunais brasileiros. Sérgio Savi tece fundamentada crítica a um caso do Tribunal de Monza, comentado por Paolo Cendon. Trata-se de julgado, de 1992, em que um piloto de carros de corrida, pretendendo disputar o campeonato de Fórmula 3000 (considerada a via de acesso à Fórmula 1), pagou um milhão e duzentas mil libras a uma equipe de automobilismo. O piloto, no entanto, foi excluído da prova logo no início da corrida. Diante disso, a equipe ingressou com ação contra ele por suposta inadimplemento contratual. Houve reconvenção por parte do piloto, calcada na perda de uma chance de ingressar no circuito da Fórmula 1, frustrada por não ter finalizado a corrida por culpa da equipe. Tal pedido reconvenicional foi julgado procedente. Na hora de quantificar o dano, contudo, o Tribunal de Monza partiu da

sobretudo no âmbito dos tribunais estaduais, muitas vezes passando a impressão de que a quantificação se dá por “sentimento do julgador”¹⁸⁸, sem nenhum critério técnico. Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a teoria se encontra em fase mais avançada de desenvolvimento e aplicação, como se verá logo a seguir.

Ainda, pertence rememorar que já se teve a oportunidade de rejeitar o posicionamento esposado pela *Corte di Cassazione* italiana, defendida, no Brasil, por Sérgio Savi¹⁸⁹. O tribunal italiano apenas considera indenizável a chance consubstanciada em percentual superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de obtenção do resultado final¹⁹⁰.

A adoção de percentual tão elevado levaria a rejeição tanto do exemplo fictício supramencionado do criador de cavalos, como também do último caso referido, julgado pela Suprema Corte do Estado de Michigan. Afastar-se-ia, ainda, a indenização no famoso caso brasileiro do "Show do Milhão", que será explorado às minúcias no item 6.1.1, além de outros tantos em que a chance não atinge tão alto percentual¹⁹¹.

Não se tem, contudo, um parâmetro percentual pré-definido. Sendo a chance séria e real, ela deverá ser reparada. A apuração do *quantum debeatur* deverá ser feita caso a caso, de maneira diretamente proporcional à probabilidade existente de se alcançar o benefício ou de se evitar o prejuízo.

Percebe-se, portanto, que esse grau de probabilidade é que determinará o valor da indenização¹⁹². Mesmo que não seja sempre uma tarefa fácil, tal aferição

cláusula penal prevista no contrato para o caso de inadimplemento (500 milhões de reais) e optou, aleatoriamente por uma porcentagem da mesma a ser paga pela equipe (400 milhões de reais). Ainda que difícil a quantificação, nesse caso, o tribunal, segundo Savi, deveria ter buscado descobrir dados como: qual o percentual de pilotos que são promovidos à categoria da Fórmula 1; qual era o recorde do piloto em questão; quanto ganha, em média, um corredor de Fórmula 1 em início de carreira, etc. Para o autor, a resposta a tais indagações permitiria uma quantificação mais coerente do dano. In: SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68-69 (notas de rodapé).

¹⁸⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2.ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p. 221.

¹⁸⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 123.

¹⁹⁰ *Ibidem*. p. 31.

¹⁹¹ O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgado muito recente, concedeu reparação por perda de uma chance representada por uma chance em trinta de se obter uma casa, em um sorteio. In: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento nº 1.196.957-DF. Quarta Turma. Relator: Maria Isabel Gallotti, 10 de abril de 2012.

¹⁹² NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696. Segundo o autor: "O grau de probabilidade é que determinará o valor da reparação".

deverá sempre ser feita pelo magistrado, valendo-se, sempre que necessário, do auxílio da perícia técnica.

6. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A PERDA DE UMA CHANCE

Embora a discussão acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance tenha estado na pauta da Corte de Cassação francesa¹⁹³ desde a virada do século XIX para o XX, bem como venha sendo objeto de análise pelos tribunais de diversos países, como a Itália¹⁹⁴, no Brasil o tema passou ao largo dos julgadores brasileiros até os anos 1990.

Não obstante esse largo lapso de tempo entre o início do debate jurisprudencial na Europa e o ocorrido em solo nacional, o tema da perda de uma chance vem se tornando cada vez mais presente no âmbito do Direito pátrio.

Muito felizmente, constata-se que não poderia ser mais oportuno o momento para se analisar a jurisprudência brasileira no que pertine à questão das chances perdidas. Vive-se um verdadeiro período de efervescência do instituto, multiplicando-se, mês a mês, os acórdãos de tribunais brasileiros que utilizam a responsabilidade pela perda de uma chance como *ratio decidendi*.

Em que pese tenha o tema ganhado enorme popularidade entre os tribunais nacionais – inclusive com recentes decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça-, percebe-se uma dificuldade para harmonizar conceitos e aplicar o instituto de forma precisa e uniforme, especialmente no âmbito dos tribunais estaduais. Em decorrência disso, julgou-se pertinente realizar uma análise jurisprudencial mais detida, em um capítulo à parte.

Para cumprir essa finalidade, analisou-se, primeiramente como o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, tem encarado o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance. A opção pelo STJ dispensa maiores explicações, uma vez que tal órgão tem competência – fixada pela atual Carta Política - de uniformizar a aplicação da legislação infraconstitucional.

Em um segundo momento, analisar-se-á a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A opção pelo ente federativo em questão passa pelo evidente fato de ser onde está localizada a instituição de ensino à qual este trabalho se vincula, mas não se restringe a isso. Opta-se pelo tribunal gaúcho

¹⁹³ A respeito do primeiro julgado da Corte de Cassação francesa, datado de 17 de julho de 1889, **vide Introdução**, página 11.

¹⁹⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25. Refere o autor que o *leading case* favorável à indenização da perda de chance da *Corte di Cassazione* italiana data de 19 de novembro de 1983.

em grande medida por ter sido precursor na análise do presente tema¹⁹⁵, bem como em função de ser, hodiernamente, farta sua produção de julgados versando sobre a perda de uma chance.

6.1 Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

Ao se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que, durante a década de 1990 até os primeiros anos do presente e novel século XXI, o tribunal raramente fazia referência expressa à teoria da perda de uma chance, ainda que se visse na contingência de julgar casos nos quais a discussão acerca do instituto era cabível.

A exemplo disso, pode-se citar julgamento de relatoria do ministro Ilmar Galvão, datado de 29 de outubro de 1990¹⁹⁶, caso de uma ação indenizatória na qual a autora, Companhia São Paulo de Distribuição de Combustíveis, pleiteava ser ressarcida pela perda da chance de vencer licitação pública. Em que pese tenha o acórdão considerado o alegado prejuízo “por demais hipotético”, na parte derradeira de seu voto, o ministro relator, em meio à sua argumentação para justificar a decisão, faz expressa referência ao cabimento da reparação por perda de uma chance em caso de atuação culposa de advogado¹⁹⁷, acenando para a recepção da teoria.

Outros exemplos dessa fase incipiente, ainda no século XX, podem ser citados, como o Recurso Especial nº 57529¹⁹⁸, julgado em 07 de novembro de 1995, de relatoria do então já ministro, Ruy Rosado de Aguiar, e também o Agravo

¹⁹⁵ Já se fez referência, na página 12 da Introdução, que os dois primeiros acórdãos no Brasil a analisar o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance foram provenientes do TJRS, ambos de relatoria do então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, nos anos de 1990 e 1991, respectivamente.

¹⁹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nº 4364/SP. Agravante: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Agravado: R. despacho de fls. 135/136. Relator: Ilmar Galvão, 29 de outubro de 1990.

¹⁹⁷ As palavras do Ministro Ilmar Galvão, *in verbis*: “[...] 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)

¹⁹⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 57529. Recorrente: Nutrição Comércio e Representação Ltda. Recorrido: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Relator para acórdão: Fontes de Alencar, 07 de novembro de 1995.

Regimental nº 272635¹⁹⁹, julgado em 1º de fevereiro de 2000, de relatoria do ministro Eduardo Ribeiro.

Neste último, foi julgado improcedente pleito indenizatório por conduta desidiosa de advogados, uma vez que o autor requereu a totalidade dos danos finais, sendo que o ministro relator, em seu voto, expressamente consignou que “o autor deveria ter requerido indenização pelo fato de ter perdido a chance de ser vencedor em sua demanda”.

Passada essa fase inicial, em que a jurisprudência do STJ ainda vacilava quanto ao reconhecimento da chance indenizável, o século XXI tem mostrado um incremento constante de julgados nos quais a teoria da perda de uma chance foi invocada para decidir a lide.

Analisando-se a posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados, em pesquisa realizada no sítio eletrônico do tribunal, 13 (treze) acórdãos que fizeram expressa remissão à teoria da perda de uma chance, entre o período de 08 de novembro de 2005 (data de julgamento do “*leading case do Show do Milhão*”) e 02 de agosto de 2012 (data do último acórdão sobre o tema, até a finalização da presente pesquisa).

Com o escopo de dar maior profundidade ao estudo jurisprudencial a que se propõe este capítulo, passa-se a analisar, individualmente, alguns dos referidos acórdãos. Na impossibilidade de se expor, amiúde, todos eles, selecionaram-se aqueles mais relevantes, cuja análise permite inferir a maneira com que o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

6.1.1 Recurso Especial nº 788.459/BA – O caso do “*Show do Milhão*”

Além de haver se tornado verdadeiro “*leading case*” da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo referido em diversos acórdãos desse tribunal que o sucederam, o “Caso do Show do Milhão” tem especial importância por ter sido

¹⁹⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nº 272635/SP. Agravante: Paulo Eduardo Martins de Oliveira. Agravado: Octavio Augusto pereira de Queiroz Filho. Relator: Eduardo Ribeiro, 11 de fevereiro de 2000.

o mais popular caso de perda de uma chance julgado no Brasil. O acórdão restou ementado da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido²⁰⁰.

Trata-se de uma ação indenizatória ajuizada por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, junto à 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor da comarca de Salvador/BA, em face de BF Utilidades Domésticas Ltda., empresa pertencente ao grupo econômico do conhecido apresentador de televisão Sílvio Santos. A autora pleiteava a reparação por danos materiais e morais advindos de incidente ocorrido durante sua participação no programa de televisão “Show do Milhão”, organizado pela empresa ré.

O supracitado programa era organizado em forma de concurso de sucessivas perguntas e respostas, versando sobre conhecimentos gerais, dispostas em nível crescente de dificuldade. O prêmio máximo que o concorrente poderia almejar consubstanciava-se na vultosa quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), pagos em forma de barras de ouro.

A cada pergunta feita ao participante, surgiam três alternativas. Ele poderia ler o questionamento e deixar de respondê-lo, recolhendo o prêmio acumulado até ali. Em optando por responder (podendo fazer uso, um número limitado de vezes, de alguns mecanismos próprios do programa, como auxílio da opinião de estudantes universitários presentes), poderia acertar, progredindo à pergunta seguinte, com valor maior que a anterior. Poderia, por fim, responder de forma equivocada, o que redundaria no encerramento de sua participação e na perda parcial do montante acumulado até aquele momento.

²⁰⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 788.459/BA, Relator: Fernando Gonçalves. Quarta turma, 08 de novembro de 2005, DJ: 13 de março 2006.

A autora da ação indenizatória participou do referido programa no dia 15 de junho de 2000, logrando êxito em responder a todas as perguntas formuladas corretamente, até se deparar com a derradeira, denominada “pergunta do milhão”. Esta era dotada de uma peculiaridade que a distinguiu das demais: caso o concorrente, após ler a pergunta, optasse por respondê-la e, em respondendo, errasse, perderia a totalidade do prêmio acumulado até aquele momento, recebendo o irrisório valor de R\$ 300,00 (trezentos) reais, a título de consolação.

No intuito de salvaguardar a premiação já acumulada, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a autora da ação optou por não responder a última questão, vez que julgava não conhecer a resposta correta. Perguntava-se qual é o percentual do território brasileiro que a Constituição da República destina aos indígenas. Ora, tratava-se de uma pergunta “irrespondível”²⁰¹; nenhuma das quatro opções estaria correta, porque, como se sabe, a Carta Constitucional não dispõe qualquer percentual do território brasileiro ao qual os indígenas teriam direito²⁰².

Foi em virtude dessa atitude da organização do programa, a qual – de forma possivelmente deliberada – impossibilitou a continuação da autora no programa, que esta ingressou em juízo pleiteando reparação. O pedido foi formulado de forma a pretender todos os demais R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que a autora poderia ter ganhado, perfazendo o prêmio máximo, além de reparação por dano moral.

No que concerne ao dano material (quinhentos mil reais, conforme a autora), o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido. Nitidamente, tanto a autora, em sua petição inicial, quanto o magistrado de primeiro grau de jurisdição confundiram o conceito de lucro cessante com aquele da perda de uma chance.

Houve apelação por parte da empresa ré sucumbente, com o fito de afastar a condenação ou, alternativamente, reduzir seu valor. O apelo foi desprovido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o qual manteve o valor da condenação. Também o tribunal estadual demonstrou imperícia ao lidar

²⁰¹ Transcreve-se a malfada “pergunta do milhão”, *in verbis*: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Respostas: 1 – 22%; 2 – 02%; 3 - 04%; 4 – 10%” (sendo esta última opção a indicada como correta pela organização do programa).

²⁰² Reza o art. 231, *caput*, da **Constituição Federal**: Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

com o instituto da perda de uma chance, cuja regra basilar preceitua que o valor concedido a título de reparação da chance perdida será sempre inferior à vantagem final esperada.

A controvérsia foi descambar, via Recurso Especial, no Superior Tribunal de Justiça. Apenas na instância extraordinária, finalmente, houve adequada aplicação do instituto da perda de uma chance. O relator do acórdão, Min. Fernando Gonçalves, em seu voto, analisa a verdadeira natureza do dano experimentado pela autora, distinguindo, de forma técnica, o conceito de lucro cessante daquele de chance perdida. Senão, veja-se:

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 cessante²⁰³.

Em consonância com tudo aquilo que já foi exposto no presente trabalho, percebe-se que andou bem o eminente ministro. De fato, não há como afirmar, categoricamente, que, caso a pergunta final do programa fosse feita dentro dos parâmetros regulares, seria natural, razoavelmente esperado que ela lograsse êxito na resposta.

Isso porque, em que pese o brilhante desempenho pregresso da concorrente, as perguntas também tem um nível crescente de dificuldade, culminando na “pergunta do milhão”. Além disso, há o aspecto anímico em jogo: como já foi referido, em caso de erro, a autora não conservaria o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) acumulado até então, senão perderia praticamente tudo (receberia apenas a quantia simbólica de trezentos reais), o que indica a forte carga emocional a que estaria submetida a autora quando da indagação final.

Afastada a hipótese de lucro cessante, demonstrada a existência de típico caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance, resta a tarefa de quantificar o valor da indenização. A opção do ministro foi pela divisão aritmética entre o valor da vantagem final esperada (um milhão de reais) por quatro,

²⁰³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 788.459/BA, Relator: Fernando Gonçalves. Quarta turma, 08 de novembro de 2005, DJ 13 de março de 2006. Trecho do voto do relator.

correspondente ao número de alternativas de que dispunha o concorrente para responder. Nas exatas palavras do Relator:

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens – reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento parcial para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).²⁰⁴

Poder-se-ia dizer que talvez o montante indenizatório adequado devesse se situar acima da quarta parte do prêmio final, dado que essa probabilidade leva em conta uma resposta totalmente aleatória, um “chute”, enquanto, no caso em tela, a participante do concurso demonstrou vasto conhecimento, o que lhe asseguraria um percentual maior que 25% (vinte e cinco por cento) de chance de acerto²⁰⁵.

Ainda que se concorde com tal afirmação, não se pode olvidar, de outra banda, que a resposta errada não só acarretaria a perda da vantagem esperada (R\$ 500.000,00), mas também comprometeria os R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) que a autora já cumulava até aquele momento. Destarte, o valor indenizatório restou fixado em valor bastante razoável e satisfatório.

O caso esmiuçado nas páginas anteriores, apesar de apresentar, aparentemente, solução simplória, representou verdadeiro marco jurisprudencial de acolhimento da teoria da perda de uma chance, principalmente no que concerne à quantificação minimamente razoável do valor da chance perdida. Tem especial relevo por ter sido proveniente do tribunal encarregado de dar a última palavra em matéria infraconstitucional no Brasil

Contrasta-se, portanto, com diversas decisões de instâncias inferiores, advindas de todas as partes do País, que indenizam, erroneamente, a chance perdida com o mesmo valor da vantagem final possível, misturando o conceito de lucro cessante com o de chance perdida.

²⁰⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 788.459/BA, Relator: Fernando Gonçalves. Quarta turma, 08 de novembro de 2005, DJ 13 de março de 2006. Trecho final do voto do relator.

²⁰⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito brasileiro e comparado. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 203

6.1.2 Recurso Especial nº 821.004/MG

No presente caso²⁰⁶, o autor da ação de reparação era candidato que concorria, no processo eleitoral do município de Carangola-MG, para o cargo de vereador. Às vésperas do dia da eleição municipal, a empresa Ré, emissora de rádio, veiculou notícia falsa, asseverando que sua candidatura havia sido cassada, quando, em realidade, tal fato ocorrera com um homônimo do autor, que pertencia ao seu mesmo partido político.

Após a apuração dos votos, constatou-se que o autor não se elegera vereador por uma diferença de apenas 8 (oito) votos. Atribuiu, portanto, sua não eleição à notícia enganosa transmitida pela Ré e, em virtude disso, pediu a condenação desta ao pagamento de danos materiais e morais.

O juiz de primeiro grau de jurisdição julgou o pleito procedente, condenando a rádio ao pagamento de 30 (trinta) salários mínimos a título de danos morais, bem como de R\$ 83.820,64 (oitenta e três mil, oitocentos e vinte reais e sessenta e quatro centavos) pelos danos materiais, calculados com base no subsídio mensal do cargo de vereador por todo o período de quatro anos de mandato.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais conferiu parcial provimento ao recurso, no sentido de reduzir para R\$ 41.472,00 (quarenta e um mil, quatrocentos e setenta e dois reais), correspondente à metade do tempo de mandato. Vale trazer à baila importante trecho do acórdão do TJMG, reproduzido no voto do Ministro relator, Sidnei Beneti, ao julgar posteriormente o caso, em sede de Recurso Especial:

Apesar de a eleição de uma pessoa não ser fato certo, ela pode buscar indenização pelos danos materiais que alega ter sofrido em razão da não concretização deste fato, com fundamento na perda de uma chance de ser eleita em função da conduta ilícita de outrem. Só se é possível falar em indenização com fundamento na perda da chance se a parte apresenta elementos que demonstram, de forma objetiva, a grande probabilidade de ocorrência do evento, que não se concretizou apenas em razão da conduta ilícita praticada. [...]. O candidato que perdeu a chance de ser eleito tem direito ao recebimento dos proventos que deixou de receber, mas de forma proporcional à probabilidade de sua eleição.²⁰⁷

²⁰⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 821.004-MG. Terceira Turma. Relator: Sidnei Beneti, 24 de setembro de 2010.

²⁰⁷ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 821.004-MG. Terceira Turma. Relator: Sidnei Beneti, 24 de setembro de 2010. Trecho do relatório e voto. Disponível em:

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o aludido Recurso Especial interposto pela empresa Ré, negou-lhe provimento com base da súmula 7 (sete) daquela Corte. Isso porque, para afastar a conclusão do acórdão recorrido no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido fosse eleito vereador, ter-se-ia que revolver o conteúdo fático-probatório dos autos.

Com relação ao julgamento de mérito realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mister fazer referência a um importante detalhe. Da leitura do acórdão do tribunal *a quo*, percebe-se que a Corte considerou objetivamente provável que o autor fosse eleito para o cargo de vereador porque, na instrução, foram ouvidas testemunhas que afirmaram que, não fosse a notícia que ouviram no rádio antes da eleição, teriam votado no autor da ação.

Com relação à referida prova testemunhal, deve-se ter cuidado redobrado. Infelizmente, não se tem acesso aos autos físicos do processo para perquirir o número de testemunhas que afirmaram que teriam votado no autor, não fosse o ato ilícito perpetrado pela Ré. Também os acórdãos, tanto do TJMG, quanto do STJ, não fazem referência à quantidade de testemunhas.

Entende-se, porém, que esse número é um dado fundamental, haja vista o autor não tenha sido eleito vereador por apenas oito votos. Destarte, caso a quantidade de testemunhas que afirmaram que teriam votado no autor fosse igual ou superior a oito, ter-se-ia caso de lucros cessantes. Fosse inferior a oito, aí sim se poderia falar, com tranquilidade, em perda de uma chance.

Não obstante essa observação com relação à prova testemunhal, e em que pese tenha o Recurso Especial sido desprovido por razões processuais, trata-se de julgamento de extrema importância. No acórdão os ministros fazem importantes e reiteradas referências à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, inclusive citando precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça (dentre eles, o caso do "Show do Milhão", esmiuçado no tópico antecedente). Igualmente, operou-se correta manutenção da reforma da decisão de primeiro grau, pois não se pode indenizar por perda de uma chance e quantificar o montante indenizatório pelo valor total do benefício esperado.

Assim, tem-se importante precedente, não só por demonstrar o reconhecimento das chances perdidas somente quando sérias e reais, como

também por ajustar a quantificação do dano à probabilidade de ocorrência da chance. E mais: tal decisão denota a consolidação do acolhimento da teoria da perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça.

6.1.3 Recurso Especial nº 1.079.185/MG

Tem-se, no presente julgado²⁰⁸, caso clássico de perda de prazo recursal por parte de advogado negligente. Ainda que, *in casu*, a Corte tenha afastado o pedido de danos materiais, o acórdão tem suma relevância por reconhecer importante característica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, qual seja: esta pode dar origem tanto a danos materiais quanto a danos extrapatrimoniais, a depender do caso concreto. Segue a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.
- 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.
- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.
- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.
- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.
- Recurso Especial não conhecido.

²⁰⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.079.185-MG. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi, 11 de novembro de 2008.

O voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, com o brilhantismo que lhe é peculiar, faz importantes considerações acerca do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Ao comentar sobre a responsabilidade dos advogados, ressalta o fato de se tratar de responsabilidade de meio, e não de resultado. Contudo, mesmo diante da impossibilidade de se estabelecer relação necessária entre a falha do causídico e a perda do processo, assevera que há perda de chance, a qual, quando não se trata de simples "esperança subjetiva", mas de probabilidade séria e real, merece ser indenizada.

Além da excelente lição acerca do instituto da perda de uma chance, por parte da eminente ministra relatora, o acórdão fixa premissa fundamental do referido instituto, qual seja: a possibilidade de a perda da chance dar origem a danos de natureza patrimonial ou de natureza moral, conforme o caso em apreço. Em razão de sua clareza, transcreve-se trecho do aludido voto:

A sentença, nesse ponto mantida pelo Tribunal de origem, posiciona-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas. Destaco a recente doutrina sobre o tema: '(...) não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral' (Sérgio Savi. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53).

Em relação à distinção entre a perda de uma chance como dano material em contraposição aos casos em que configura dano moral, vale-se de um exemplo para elucidar a diferença. Mantendo-se a hipótese clássica do advogado que perde prazo recursal, pode-se pensar em duas situações distintas. Caso a sentença, que a negligência do procurador deixou transitar em julgado, fosse prolatada em ação reivindicatória de um imóvel, não há dúvida de que o dano pela perda de uma chance seria material, devendo ser quantificado com base na probabilidade de, em sendo interposto tempestivamente o recurso, ocorrer seu provimento.

De outra banda, pense-se na perda do prazo de apresentar recurso de apelação de uma sentença desfavorável em ação pretendendo a guarda de um filho. Ora, aqui, evidentemente, a chance perdida tem natureza flagrantemente

extrapatrimonial. Percebe-se, portanto, a vinculação da natureza da chance perdida àquela natureza da vantagem final esperada.

Há diversos precedentes jurisprudenciais nos Tribunais de Justiça dos Estados considerando que a perda de uma chance apenas dá origem à reparação por danos morais. Daí a importância da decisão do STJ analisada, reconhecendo expressamente a possibilidade de ocorrência tanto de danos morais, quanto de danos materiais, em sede de chances perdidas.

6.1.4 Recurso Especial nº 1.190.180/RS

O julgamento do presente Recurso Especial²⁰⁹, além de ser mais um dos importantes precedentes a consolidar a recepção da teoria da perda de uma chance pelo STJ, é merecedor de aplausos. Trata-se de um dos mais felizes acórdãos lavrados pela jurisprudência brasileira em se tratando do tema responsabilidade civil por chance perdida.

Cuida-se de acórdão-chave, na medida em que dirime três grandes confusões perpetradas, corriqueiramente, pelas Cortes estaduais. A primeira delas é resolvida com correta alocação sistemática do dano da chance perdida, que não se confunde, necessariamente com o dano moral. A segunda, ao chamar atenção para a necessidade de verificação das reais probabilidades de ocorrência do resultado final, a fim de bem quantificar a chance perdida. Por fim, e principalmente, o acórdão responde à questão da possibilidade ou não de o juiz condenar o réu ao pagamento de indenização por perda de uma chance quando o pleito do autor não contempla pedido expressamente dessa natureza.

A fim de dar maior clareza à breve explanação do caso, que se fará a seguir, transcreve-se o inteiro teor da ementa do julgado, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

²⁰⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.190.180-RS. Quarta Turma. Relator: Luis Felipe Salomão, 16 de novembro de 2010. DJ: 22 de novembro de 2010.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.
2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.
3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.
4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

Como se percebe da ementa supracitada, os advogados contratados para defenderem determinado cliente não só perderam o prazo para contestar a ação na qual ele era réu, como também não interuseram recurso de apelação contra a sentença que o desfavoreceu. Não fosse suficiente, em sede de execução, os causídicos desidiosos também não opuseram qualquer objeção ao procedimento executivo da sentença condenatória, resultando em penhora dos bens de seu cliente, para satisfazer uma dívida que, atualizada, já ultrapassava os R\$ 335.000,00 (trezentos e trinta e cinco mil reais).

Ao ingressar com pleito indenizatório contra seus advogados, a vítima formulou pedido certo e determinado, no sentido de que os réus fossem condenados a pagar-lhe o valor de R\$ 335.938,96 (trezentos e trinta e cinco mil, novecentos e trinta e oito reais e noventa e seis centavos), a título de danos materiais. Tal valor é

o correspondente à condenação do autor, relativamente à ação anterior, em que houve negligência de seus advogados.

A sentença de primeiro grau, que havia condenado os réus ao pagamento de R\$ 93.600,00 (noventa e três mil e seiscentos reais), a título de danos patrimoniais, foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em seu acórdão²¹⁰, o tribunal gaúcho decidiu pela condenação dos réus ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de, pasme-se, danos morais. O acórdão estadual manifestou, em equívoco crasso, entendimento de que o que houve foi desapontamento e aborrecimento do autor em razão da frustração de da expectativa de ver a decisão que lhe era desfavorável reformada em grau superior de jurisdição, razão pela qual a perda de uma chance se traduziria em danos extrapatrimoniais.

Como era de se esperar, os réus recorreram às vias extraordinárias, alegando que o julgamento do TJRS fora *extra petita*, haja vista não tenha o autor formulado qualquer pedido de danos morais. Tal vício foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, que anulou o acórdão estadual e remeteu o processo de volta ao tribunal gaúcho para que proferisse nova decisão²¹¹.

Ainda que já pudesse considerar sua função cumprida ao reconhecer o julgamento além do pedido e, por conta disso, anular o acórdão, a Quarta Turma do STJ, no presente caso, explora de forma exemplar questões que ainda geram controvérsia na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Com efeito, valendo-se de dos ensinamentos de alguns dos doutrinadores mais citados nesta obra, como Rafael Peteffi da Silva, Sérgio Savi e Sérgio Cavalieri Filho, o voto do relator deixa bastante clara a existência da chance perdida indenizável enquanto dano autônomo. A perda da chance indenizável, consoante o voto do relator, não se confunde com o prejuízo final mas, tampouco, se reduz a dano meramente hipotético.

²¹⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70016193252. 16ª Câmara Cível. Relator: Ergio Roque Menine, 10 de maio de 2007.

²¹¹ Ao reapreciar a questão, após ter seu primeiro acórdão anulado pelo Superior Tribunal de Justiça, o TJRS, em recente decisão, proferiu, desta vez, decisão adequada para o caso. Decidiu pela improcedência da demanda indenizatória contra os advogados negligentes, tendo em vista que a parte autora não logrou se desincumbir de seu ônus probatório. Vale dizer: comprovar a extensão do dano e o nexo de causalidade entre a conduta dos advogados e o evento danoso. Isso ocorreu porque o pedido se deu pelo total da vantagem final esperada, e não pela perda de uma chance. Vide acórdão: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70016193252. 16ª Câmara Cível. Relator: Ergio Roque Menine, 15 de dezembro 2011, DJ: 16 de janeiro de 2012.

Além disso, fica claro que a perda de uma chance não necessariamente configura dano moral. A espécie de dano que dará ensejo à reparação, em razão da chance perdida, fica condicionada à natureza da vantagem final esperada, cuja possibilidade de realização restou frustrada. Vale dizer: se o processo em que a chance foi perdida versava sobre condenação pecuniária - como no caso em apreço -, a perda da chance de auferir tal vantagem só pode ter natureza patrimonial.

Assevera, acertadamente, o eminente ministro relator, que as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance, no caso de responsabilidade profissional de advogados, devem ser solucionadas a partir de uma "*detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico*", não bastando o simples fato de o advogado ter perdido o prazo para acarretar sua automática responsabilização.

Verifica-se, portanto, que o grande equívoco da vítima, no caso em comento, foi a formulação defeituosa do pedido. Da maneira como ele foi formulado, apenas haveria condenação no caso de prova inequívoca que a interposição tempestiva da apelação teria tido o condão de evitar todo o prejuízo da vítima, o que, de fato, esta não conseguiria provar. Caso o pedido tivesse sido feito, não pelo total da vantagem esperada, mas pela perda de uma chance de consegui-la, o desfecho da controvérsia teria sido outro.

O caso acima narrado é de suma relevância por trazer à baila o problema da delimitação da lide e a correta formulação do pedido de perda de uma chance. O ideal, para casos fronteiriços, é realizar pedidos sucessivos, em que se pede indenização por lucros cessantes e, sucessivamente, por perda de uma chance²¹².

6.1.5 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.911/RS

O último julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, dentre aqueles reputados mais relevantes para ilustrar a posição do tribunal acerca do instituto da perda de uma chance, é de relatoria do Ministro Castro Meira.

²¹² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89.

Este recente acórdão²¹³ analisa a questão do requisito de aferição da seriedade da chance perdida para que se configure o dever indenizatório. Restou ementado da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação.

3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (*perte d'une chance*) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4.ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que 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" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e

²¹³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.911-RS. Segunda Turma. Relator: Castro Meira, 17 de março de 2011. DJ: 25 de março de 2011.

de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido.

No presente caso, o demandante buscava reparação por danos materiais e morais da União Federal em decorrência de ter sido indevidamente reprovado em exame psicotécnico, o que acarretou sua exclusão do concurso público para preenchimento de cargo de policial rodoviário federal.

Constava do edital do referido certame que o concurso seria dividido em duas etapas. A primeira delas compreenderia cinco fases, a saber: 1) prova de conhecimentos, com questões de múltipla escolha; 2) exame psicotécnico; 3) exames médicos (biométrico e clínico); 4) provas de capacidade física e 5) prova de motorismo.

Os que lograssem aprovação em todas essas fases da primeira etapa, participariam de uma segunda etapa, de caráter eliminatório, consistente em um curso completo de formação. Apenas seriam aprovados nesse curso os candidatos que obtivessem um mínimo de 60% (sessenta por cento) de pontuação e 80% (oitenta por cento) de frequência.

Além de lograr aprovação no concurso, superando completamente essas duas etapas, a nomeação do candidato dependeria de sua classificação dentro das 30 (trinta) vagas previstas pelo edital à jurisdição para a qual concorreu.

No momento do cometimento do suposto ilícito, por parte da Administração Pública Federal, o autor da ação vencera apenas a primeira fase da primeira etapa, qual seja, a prova de conhecimentos. Em decorrência disso, o STJ entendeu que a chance de ser nomeado para o cargo era demasiadamente hipotética para ensejar direito à reparação.

Ademais, ainda que a chance, *in casu*, fosse revestida de maior probabilidade, vale dizer, de seriedade, entendeu a Segunda Turma do STJ que o autor, na verdade, nem pretendia a investidura no cargo de policial rodoviário federal. Isso porque, quando proposta a ação indenizatória, o agravante já estava prestes a tomar posse no cargo de procurador federal, sendo afirmado pelo próprio autor que "já não lhe era mais útil a investidura no cargo de policial rodoviário federal".

Interessante frisar, por fim, que, nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça expressamente declarou, ratificando posicionamentos anteriores, a não

adoção do critério de percentual mínimo defendido por Sérgio Savi, com base na doutrina e jurisprudência italianas²¹⁴ e por Sérgio Cavalieri Filho²¹⁵. Segundo esses autores, a chance, para merecer reparação, deve expressar uma probabilidade de, no mínimo de 50% (cinquenta por cento), de obtenção do resultado final. Tal percentual é considerado excessivamente alto pela Corte, entendimento com o qual se teve a oportunidade de manifestar concordância²¹⁶.

6.2 Julgados Do Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul

Desde a primeira decisão a mencionar a teoria da perda de uma chance, proferida pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar, no ano de 1990²¹⁷, o número de julgados que fazem alusão à referida teoria vem aumentando de forma exponencial, ao longo dos anos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Em razão do elevadíssimo número total de acórdãos nos quais a teoria da perda de uma chance é tratada, restringiu-se a análise mais detida àqueles julgados ocorridos no presente ano, até o término da pesquisa. Antes, porém, de se analisar os mais importantes dentre esses recentes julgados, cumpre fazer breves considerações acerca da evolução da jurisprudência do tribunal gaúcho acerca da matéria, através da exposição de alguns dados objetivos.

6.2.1 Levantamento numérico: período entre 1990 e 2011

Desde a primeira decisão, datada de junho de 1990, até a data em que se realizou o fechamento do levantamento de dados, em setembro de 2012, foram encontrados 270 (duzentos e setenta) julgados em que o TJRS faz alusão à teoria da perda de uma chance. O parâmetro da pesquisa, realizada no sítio eletrônico do tribunal, foi a conjugação dos vocábulos "perda de uma chance", com a utilização das aspas, sempre que aparecem associadamente, como um bloco só de palavras, portanto.

²¹⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31-34.

²¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São paulo: Atlas, 2009. p. 75.

²¹⁶ **Vide Parte I**, Capítulo 4, item 4.2. Página 49.

²¹⁷ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Nº 589069996. Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 12 de junho de 1990.

Até o final do século XX, o número de julgados é tímido, totalizando apenas 08 (oito) entre os anos de 1990 e 2000. Já nos primeiros cinco anos do século XXI, entre 2001 e 2005, o número de acórdãos já sobe para 22 (vinte e dois). Logo após, apenas durante o ano de 2006, foram 14 (quatorze) acórdãos fazendo alusão à teoria da perda de uma chance.

A partir do ano de 2007 houve um verdadeiro *boom*, tendo sido julgados, somente nesse ano, 39 (trinta e nove) casos envolvendo a responsabilidade civil pela perda de uma chance. A partir daí os números mantiveram-se sempre elevados: em 2008 foram 41 acórdãos; em 2009, foram 30; em 2010 foram 40 e em 2011 atingiu-se o número recorde de 46 (quarenta e seis) julgados envolvendo perda de uma chance.

6.2.2 Análise de casos recentes: julgados do ano de 2012

No presente ano, até o dia 12 de setembro - data em que se encerrou o levantamento jurisprudencial junto ao TJRS -, haviam sido julgados 29 (vinte e nove) casos em que o tribunal gaúcho fez referência à responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua *ratio decidendi*, seja para aplicá-la, seja para rechaçá-la, à luz do caso concreto.

Dentre esses 29 (vinte e nove) julgados, 12 (doze) aplicaram a teoria da perda de uma chance para conceder indenização à vítima; 16 (dezesesseis) afastaram tal indenização e em um dos casos, por questões processuais, não se adentrou no mérito da causa.

Dentre os 12 (doze) casos nos quais a reparação da chance perdida foi concedida, apenas em duas ocasiões o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utilizou satisfatoriamente o instituto da perda de uma chance. Por utilização satisfatória, quer-se dizer o efetivo e acertado enfrentamento dos principais critérios que envolvem a aplicação da perda de uma chance, como análise da seriedade da chance perdida e adequada quantificação do dano.

No primeiro desses casos, Apelação Cível nº 70045998424²¹⁸, o autor ajuizou ação indenizatória contra o Estado do Rio Grande do Sul, em razão de

²¹⁸ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70045998424. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, 16 de fevereiro de 2012.

omissão culposa perpetrada pelo corpo de bombeiros, o qual, acionado por conta de incêndio que assolava a residência do autor, não atendeu ao pedido em prazo razoável.

Asseverou o demandante que a demora, de cerca de trinta minutos, dos agentes públicos contribuiu para o evento danoso, que acarretou a perda total de seu imóvel e o falecimento de sua esposa. Aduziu que o referido atraso tolheu-lhe a chance de evitar a propagação do fogo e de salvar a vida de sua mulher, devendo o Estado ressarcir-lhe danos materiais e morais. A sentença de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos.

O TJRS deu parcial provimento para o recurso de apelação no sentido de condenar o Estado ao pagamento dos danos materiais, referentes às despesas de sepultamento da esposa e à perda do imóvel, além de danos morais pela perda da companheira. O quantum de tal condenação, no entanto, foi reduzido a 50% (cinquenta por cento) do valor total, em virtude da aplicação da teoria da perda de uma chance.

Em que pese a decisão tenha utilizado de forma razoavelmente aceitável a teoria da perda de uma chance, ainda assim se constata uma deficiência quanto à quantificação do dano. Isso porque o acórdão não entrou em detalhes quanto à verificação das efetivas chances que existiam de se evitarem os danos, caso o corpo de bombeiros tivesse agido com celeridade e diligência. O tribunal assumiu, fictamente, um percentual de 50% (cinquenta por cento), para reduzir a indenização à metade do resultado final esperado, que seria, no caso em tela, a eliminação total do sinistro.

O segundo caso em que o TJRS indenizou a chance perdida a partir de uma análise minimamente razoável do instituto, consubstancia-se na Apelação Cível nº 70041115940²¹⁹. Trata-se de ação de reparação ajuizada contra advogado desidioso, que deixou de aforar, em tempo hábil, ação de indenização pela morte do marido da autora, decorrente de acidente de trabalho, ocorrendo a prescrição da pretensão indenizatória.

A sentença monocrática condenou o réu ao pagamento de meros 10 (dez) salários mínimos, a título de danos morais, em virtude de que, nas palavras do

²¹⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70041115940. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli, 09 de agosto de 2012.

magistrado de primeiro grau, "*a frustração da autora, obrigada a contratar novo profissional para ingressar com demanda judicial, excede o mero dissabor, alçando-se à condição de dano moral indenizável*".

O acórdão estadual, no entanto, majorou a condenação para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Para tanto, realizou boa análise das reais chances de sucesso de que disporia o pleito indenizatório prescrito, fazendo referência à jurisprudência trabalhista e analisando como a Justiça do Trabalho vinha se portando em casos análogos ao da autora, concluindo que havia reais probabilidades de ela ser vencedora da demanda, caso tivesse sido ajuizada em tempo hábil.

Muito embora esta decisão da Décima Sexta Câmara Cível possa ser digna de elogio - ainda mais se comparada com tantas outras do mesmo tribunal, que sequer enfrentam a questão de perquirir as reais chances existentes no caso concreto - deve-se tecer uma crítica.

Na parte final de seu voto, a desembargadora relatora afirma que o valor condenatório está na dependência das reais chances de procedência da demanda trabalhista que se deixou de ajuizar, majorando a condenação para o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), referido acima²²⁰. Até aqui, irretocável a postura da magistrada. No entanto, logo a seguir, afirma que, naquele valor, estariam "englobados os danos morais e eventuais danos materiais", sem fazer a devida individualização das verbas ressarcitórias, o que dificulta a verificação do acerto ou equívoco na quantificação da indenização referente a cada uma das parcelas devidas.

Com relação aos 10 (dez) demais julgados do ano de 2012 em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu indenização a título de perda de uma chance, constatam-se diversas confusões conceituais e equívocos na aplicação racional do instituto.

²²⁰ Transcreve-se o trecho em comentário do voto: "*Evidente que não pode ser acolhida a pretensão da autora fixar em valor igual a 500 salários mínimos, o que de há muito foi minorado e porque, considerando que o pedido não foi aforado em tempo hábil, em ações dessa natureza – indenizatória – se há de examinar a probabilidade da possível procedência da demanda, mas sem que se possa vincular a indenização a valor certo, porque este não foi objeto de apreciação judicial. Pelos fatos e fundamentos expostos dou provimento à apelação para condenar o requerido a indenizar a autora no valor de R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais) pela negligência que demonstrou ao ajuizar ação que já fora atingida pela prescrição, valor que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M a contar da data da sentença, e de juros de mora incidentes a contar da data da procuração outorgada ao requerido. Neste valor estão englobados os danos morais e eventuais danos materiais, entre estes, o pensionamento que tem sido reiteradamente reconhecido em favor do cônjuge supérstite ou de seus filhos*".

Sem dúvida, o erro mais corriqueiro dentre as aludidas decisões está na confusão conceitual entre os institutos do lucro cessante e o da perda de uma chance. Desavisadamente, o tribunal tem concedido reparações integrais, pelo total da vantagem esperada, a título de perda de uma chance, o que contraria a regra de ouro da teoria, segundo a qual o valor da chance perdida será sempre menor do que a vantagem final que se poderia alcançar.

A exemplo disso, pode-se citar o julgamento da Apelação Cível nº 70049320005, de Relatoria do Des. Paulo Sergio Scarparo²²¹. Trata-se do caso de uma funcionária do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que possuía direito a um reajuste sobre vencimentos e demais retribuições, em razão do reconhecimento desse direito aos servidores federais, em sede de ação civil pública.

A fim de fazer valer esse seu direito, a autora contratou os serviços da ré, advogada, para que esta ingressasse com a devida ação judicial. Após todo um desenrolar processual, em sede de apelação, julgada pelo Tribunal Regional Federal, reconheceu-se a prescrição do direito da autora. Contra essa decisão, contudo, a advogada não interpôs recurso à Instância Superior e, em razão dessa negligência na prestação do serviço profissional, foi demandada, pela cliente prejudicada, em ação indenizatória por perda de uma chance.

O acórdão em comento faz boa análise da teoria da perda de uma chance, inclusive valendo-se da doutrina de alguns autores citados no desenrolar do presente trabalho. Outro mérito do julgado reside no fato de ter realizado boa aferição das reais chances que a autora possuía de obter êxito no processo em que ocorreu a negligência da .

Ao avaliar que o pleito pela chance perdida decorria do fato de a procuradora não haver interposto recurso especial contra o acórdão de segundo grau - o qual reconheceu a prescrição -, o TJRS buscou os fundamentos da condenação pela perda de uma chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, colaciona decisões, em casos perfeitamente análogos, nos quais o STJ decidia pela não ocorrência de prescrição, em casos semelhantes.

O grande problema se verifica quando da fixação do valor condenatório a ser pago pela advogada negligente. Em que pese fundamente sua decisão na teoria da

²²¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70049320005. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Sergio Scarparo, 28 de junho 2012.

perda de uma chance, a Câmara, por unanimidade, condena integralmente a advogada faltosa pelo valor que a autora obteria se tivesse ganhado a ação na qual aquela atuou com negligência.

Ora, nada impede que o tribunal entenda que, diante da análise do caso concreto, era razoavelmente esperado que a autora ganhasse o processo, no qual acabou sucumbindo em razão da negligência de sua procuradora. Deve, porém, fundamentar sua decisão no instituto dos lucros cessantes, e não no da perda de uma chance, cuja regra de ouro é a de que o valor da chance será sempre menor do que o valor do resultado final esperado.

Em suma: analisa-se bem o instituto, perquire-se de forma correta a seriedade da chance, diante do caso concreto, porém, no momento derradeiro, confunde-se perda de uma chance e lucro cessante ao quantificar o montante indenizatório.

Em outra ocasião, ao julgar a Apelação Cível nº 70037457710²²², a Décima Quinta Câmara Cível do TJRS deparou-se com mais um caso de perda de uma chance em face de erro de advogado. Trata-se de ação reparatória ajuizada contra os causídicos que interpuseram recurso de apelação fora do prazo legal.

Nas razões deste acórdão, sequer se analisam as reais possibilidades de êxito na demanda cuja decisão desfavorável os advogados deixaram transitar em julgado. Reconhece-se a responsabilidade dos profissionais e aplica-se a teoria da perda de uma chance para conceder a reparação, só que – e aqui está um erro frequente do Judiciário brasileiro – a título de dano extrapatrimonial.

Não se pense que a indenização a título de perda de uma chance não possa ressarcir danos de natureza extrapatrimonial, não é isso que se afirma. Em caso, por exemplo, em que a negligência do advogado no processo judicial fez um pai perder a chance de obter a guarda do filho, ou ainda de ampliar seu direito de visitação, está-se diante de hipóteses em que a chance perdida será indenizada a título de dano moral.

Ocorre que, no acórdão ora em comento, o tribunal sequer faz menção a qual seria a vantagem final que a vítima perdeu a chance de ganhar por culpa de seus procuradores. Apenas considera, em abstrato, que a chance perdida pela

²²² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70037457710. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, 28 de março de 2012.

interposição intempestiva de recurso dá ensejo a dano moral. Obviamente que essa decisão se afasta, e muito, da boa aplicação da teoria da perda de uma chance, cujas características fundamentais foram explicitadas ao longo deste trabalho.

A fim de bem ilustrar outro reiterado equívoco do TJRS, que, a título de perda de uma chance, não raro concede reparação integral pela vantagem final almejada, traz-se à baila a Apelação Cível nº 70050141563²²³.

Nessa ocasião, foi concedida reparação integral (incluindo despesas com funeral, pensionamento e dano moral) pela perda de uma chance de cura para a família de um paciente que foi atendido de forma negligente em hospital do município de Canoas, vindo a falecer. Assevera a relatora que *“houvesse adequada interpretação do exame, e fosse o de cujus submetido a imediato e adequado tratamento, o fato-morte seria evitado”*.

Ora, caso se entenda que o hospital foi responsável pelo resultado morte – o que parece ser o entendimento da relatora –, indeniza-se pelo dano total, não havendo espaço para a aplicação da perda de uma chance. Se, porém, o que ocorreu foi a retirada de algumas chances de a vítima sobreviver, a indenização não deve ser pelo dano final, mas por valor inferior a este, a depender da probabilidade de concretização da chance de cura que foi retirada.

O que não pode ocorrer, como houve no caso em apreço, é a cofusão conceitual na aplicação da teoria da perda de uma chance, tendo sido invocada para, novamente, indenizar pelo resultado final.

Até aqui foram comentados alguns dos 12 (doze) casos em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu indenização a título de perda de uma chance, seja de forma acertada, seja de forma equivocada.

Volta-se, agora, para aqueles 16 (dezesesseis) casos do ano de 2012 em que a reparação a título de perda de uma chance foi afastada pelo tribunal gaúcho.

Felizmente, nos casos em que se afastou a indenização, seja pela falta do requisito de seriedade da chance perdida, seja pela falta de outro pressuposto da responsabilidade, são satisfatórias as decisões analisadas do TJRS. Com efeito, dentre os 16 (dezesesseis) acórdãos que improcederam o pleito indenizatório, calcado

²²³ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70050141563. Nona Câmara Cível. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira, 12 de setembro de 2012.

na perda de uma chance, não se constatou nenhum grave equívoco na análise do instituto.

A exemplo de decisão que afastou pedido indenizatório com base na perda de uma chance, em razão de não ter sido demonstrada a seriedade da mesma, faz-se alusão à Apelação Cível nº 70041885468²²⁴.

Trata-se de ação envolvendo acidente de trabalho ocorrido enquanto o autor exercia atividades profissionais junto à Secretaria Municipal dos Serviços Urbanos de Caxias do Sul. Dentre outras verbas indenizatórias, consta pedido fundamentado na perda de uma chance de ascensão profissional.

Entendeu - corretamente - o tribunal que essa reparação não era devida à luz do caso concreto. Isso porque o autor apenas mencionou que estava inscrito em concurso para provimento de cargos na Polícia Rodoviária Federal. E mais: tal circunstância foi apenas apontada na réplica, sendo que, nos pedidos da inicial, constava apenas a postulação genérica de indenização por possibilidade de ascensão profissional.

Não tendo sido efetuada qualquer prova no sentido da inscrição nesse concurso, nem tampouco da impossibilidade de realizá-lo, em decorrência do acidente, o TJRS negou o infundado pedido.

Outro caso ilustrativo, em que a reparação foi bem afastada, pode ser encontrado no julgamento da Apelação Cível nº 70043975374²²⁵. Cuida-se de ação reparatória, com fundamento na perda de uma chance, ajuizada pelos autores contra seu advogado, que supostamente teria deixado de apresentar contestação em duas ações nas quais seus clientes foram demandados, tendo apenas oferecido exceção de incompetência.

Asseveram os demandantes que seu antigo procurador não teria comparecido em audiência, acarretando a revelia de seus constituintes. Além disso, que o réu teria deixado de interpor recurso contra as decisões desfavoráveis.

O relator do acórdão da ação de indenização, em seu voto, analisa separadamente cada uma das duas ações em que o advogado teria atuado de forma negligente. Após, conclui, fundamentadamente que, em ambas as ações, a

²²⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70041885468. Décima Câmara Cível. Relator: Ivan Balson Araújo, 16 de fevereiro de 2012.

²²⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Apelação Cível nº 70043975374. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Ergio Roque Menine, 23 de agosto de 2012.

chance de a contestação dos autores surtir o efeito de improcedência dos pedidos era remota. Nas palavras do relator: *“Tais fatos, portanto, induzem a conclusão de que, diante da grande probabilidade de êxito das demandas que os autores sofreram, a conduta do advogado se mostra indiferente ao desfecho de ambas”*.

Diante do fato de que a chance perdida não se revestia dos requisitos necessários de realidade e seriedade, a indenização foi afastada, havendo correta aplicação da teoria da perda de uma chance.

As decisões que se analisou, portanto, servem como amostragem, no intuito de se ter uma boa noção de como se tem dado o enfrentamento do tema “perda de uma chance”, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Enaltecidos os acertos e criticados os equívocos, constata-se que a teoria está em pleno desenvolvimento, motivo pelo qual se entende fundamental a análise mais aprofundada do instituto da perda de uma chance, escopo primordial do presente trabalho.

CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que a perda da chance de se obter posição futura vantajosa, em decorrência da prática de um ilícito, constitui lesão a legítima expectativa, merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico.

Há duas grandes modalidades de perda de uma chance. Na primeira delas, conhecida como clássica, o ilícito interrompe inexoravelmente um processo aleatório que poderia culminar em benefício para a vítima. Já na perda de uma chance de ter evitado um prejuízo ocorrido, o processo aleatório que acabou acarretando um dano à vítima tinha chances de ter sido interrompido, não fosse a omissão culposa do responsável.

Em ambos os casos, é impossível responsabilizar o agente pelo dano final, o qual poderia vir a ocorrer independentemente da conduta do ofensor. Ele é responsável, contudo, justamente pela perda da própria chance, considerada em si como um bem integrante do patrimônio da vítima, do qual ela foi ilicitamente privada.

Encarando-se, nesta esteira de pensamento, a chance perdida como dano autônomo e divorciado do resultado final, atende-se ao requisito da certeza do dano. Destarte, fica fácil perceber o estabelecimento do liame de causalidade entre o ilícito e, não o prejuízo final, mas o prejuízo autônomo representado pela chance que se perdeu. Tal dano poderá ser tanto de natureza patrimonial, como extrapatrimonial, dependendo da natureza do próprio dano final.

Não será, todavia, qualquer chance perdida digna de tutela pelo ordenamento. Apenas aquelas que se revestirem dos requisitos de realidade e seriedade deverão ser reparadas. Vale dizer: não se indenizam meras esperanças subjetivas, cuja ocorrência é de baixíssima probabilidade, sob um ponto de vista objetivo e racional.

Estando configurada a seriedade da chance perdida, cuja aferição deverá ser feita caso a caso, não há qualquer óbice para que se conceda reparação, à luz do ordenamento pátrio. Isso porque o sistema brasileiro, à semelhança do que ocorre na França e na Itália, está calcado em regra geral de responsabilidade civil, a qual reputa indenizável qualquer espécie de dano, uma vez preenchidos os demais requisitos do dever de indenizar.

Em sede de quantificação do dano, evidenciou-se regra fundamental, a qual prescreve que o valor da reparação pela chance perdida será necessariamente inferior ao valor da vantagem final almejada.

Dever-se-á, na fixação do *quantum debeatur*, observar a relação direta entre a probabilidade que a vítima tinha de alcançar o resultado pretendido e o valor do montante indenizatório. Posto em outras palavras: o juiz deverá partir do valor do dano final e fazer incidir sobre ele o percentual representado pela chance perdida e o resultado de tal operação será o valor da condenação.

Reconhece-se que tal apuração nem sempre será tarefa simples. Não obstante, tal circunstância não pode servir de entrave à concessão da indenização pela chance perdida, pois tal reparação é exigência que se impõe frente ao princípio da reparação integral do dano injusto.

De mais a mais, em casos de responsabilização por danos morais puros, ou de perquirição dos lucros cessantes, dificuldades equivalentes na fixação do montante indenizatório não são raras, e nem por isso se questiona o dever de reparação.

Reforce-se, outrossim, que, para o arbitramento do valor da chance perdida, o magistrado poderá - e, em certos casos, deverá - valer-se do auxílio de peritos técnicos para a fixação mais precisa possível do *quantum* indenizatório.

Ainda, pôde-se constatar que, no Brasil, embora a esmagadora maioria da doutrina e da jurisprudência seja favorável à reparação das chances perdidas, muito comumente o instituto não é tratado com o cuidado e o rigor necessários.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da teoria da perda de uma chance já se encontra em grau mais avançado de desenvolvimento. Nas instâncias ordinárias, contudo, são frequentes as confusões conceituais e consequentes equívocos.

Dentre os mais recorrentes erros estão a concessão da reparação integral da vantagem final almejada - em nítida confusão com o instituto dos lucros cessantes - e a percepção distorcida de que a perda de uma chance apenas ensejaria danos de natureza extrapatrimonial.

Por todo o exposto, resta evidente a necessidade de, cada vez mais, intensificar o estudo sistemático da teoria da perda de uma chance, cujas características fundamentais procurou-se esboçar no presente trabalho.

Apenas assim se disporá do arcabouço teórico necessário para o bom enfrentamento da teoria da perda de uma chance, cuja aplicação sistemática é exigência incontestável da evolução da noção de responsabilidade civil, focada na reparação de toda e qualquer espécie de dano injusto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile: la responsabilità civile**. Milano: Giufrè, 1999

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. A responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre , v. 14, n. 29, p. 20-37, ago. /set. 2012.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance às relações de trabalho. In: **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre , v. 27, n. 318, p. 25-33, jun. 2010.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nº 4364/SP. Agravante: Cia. São Paulo Distribuidora de Derivados de Petróleo. Agravado: R. despacho de fls. 135/136. Relator: Ilmar Galvão, 29 de outubro de 1990.

_____. _____. Agravo Regimental nº 272635/SP. Agravante: Paulo Eduardo Martins de Oliveira. Agravado: Octavio Augusto pereira de Queiroz Filho. Relator: Eduardo Ribeiro, 11 de fevereiro de 2000.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.220.911-RS. Segunda Turma. Relator: Castro Meira, 17 de março de 2011. DJ 25 de março de 2011.

_____. _____. Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento nº 1.196.957-DF. Quarta Turma, Relator: Maria Isabel Gallotti, 10 de abril de 2012.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.079.185-MG. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi, 11 de novembro de 2008.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.190.180-RS. Quarta Turma. Relator: Luis Felipe Salomão, 16 de novembro de 2010. DJ em 22 de novembro de 2010.

_____. _____. Recurso Especial nº 57.529-DF. Quarta Turma, Relator para o acórdão: Fontes de Alencar, 07 novembro 1995.

_____. _____. Recurso Especial nº 57529. Recorrente: Nutrição Comércio e Representação Ltda. Recorrido: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Relator para acórdão: Fontes de Alencar, 07 de novembro de 1995.

_____. _____. Recurso Especial nº 788.459/BA, Relator: Fernando Gonçalves. Quarta turma, 08 de novembro de 2005, DJ 13 de março de 2006. Trecho do voto do relator.

_____. _____. Recurso Especial nº 821.004-MG. Terceira Turma. Relator: Sidnei Beneti, 24 de setembro de 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 130.764-1/PR, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Apelação Cível nº 0502092-6. 10ª Câmara Cível. Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Ronald Schulman. Unânime, 21 de agosto de 2008.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 591064837. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 29 de agosto de 1991.

_____. _____. Apelação Cível nº 70005635750. Apelante: Manoel Nunes Filho. Apelado: Ilca Marion Neves Nunes e outro. Relator: Carlos Alberto Alvero de Oliveira, 17 de setembro de 2003.

_____. _____. Apelação Cível nº 591064837. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Junior, 29 de agosto de 1991.

_____. _____. Apelação Cível nº 700004650305. 2ª Câmara Cível. Mário Crespo Brum, 19 de dezembro de 2002.

_____. _____. Apelação Cível nº 70006606487. 10ª Câmara Cível. Relator: Paulo Antônio Kretzmann, 06 de novembro de 2003. Julgador de 1º Grau: Paulo Ivan Alves Medeiros.

_____. _____. Apelação Cível nº 70005473061. 9ª Câmara Cível. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 10 de dezembro de 2003.

_____. _____. Apelação Cível nº 70016193252. 16ª Câmara Cível. Relator: Ergio Roque Menine, 10 de maio de 2007.

_____. _____. Apelação Cível Apelação Cível nº 70045998424. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, 16 de fevereiro de 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70041885468. Décima Câmara Cível. Relator: Ivan Balson Araújo, 16 de fevereiro de 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70037457710. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, 28 de março de 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70049320005. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Sergio Scarparo, 28 de junho 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70041115940. Décima Sexta Câmara Cível. Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli, 09 de agosto de 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70043975374. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Ergio Roque Menine, 23 de agosto de 2012.

_____. _____. Apelação Cível nº 70050141563. Nona Câmara Cível. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira, 12 de setembro de 2012.

BRITO, Roberta Veras de Lima. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito brasileiro: evolução, posição doutrinária, posição jurisprudencial e admissibilidade. In: **Revista da ESMape**, Recife, v.12,t.2, p. 269-296, n.26, jul./dez. 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 922, p. 139-171, ago. 2012.

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

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7 p. 113.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FLHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.10, n.7, p. 46-63, dez./jan. 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, p. 173-191, 1992.

GOMES, Fernando Cleber de Araújo. Indenização pela perda de uma chance decorrente da inadequada prestação de serviço público. **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Brasília, v. 5, p. 74-80, nov. 2010.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Perda de uma chance - Considerações acerca de uma teoria (Jurisprudência comentada). In: **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, São Paulo, n.7, p. 49-51, jul. 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEUAD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**. 5.ed. Paris: Montcherestien, 1957.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

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

_____. **A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito francês**. 2001. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro**: do bom senso à incidência do postulado normativo da razoabilidade. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SAMPAIO, Alexandre Buck Medrado. Da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance. **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Brasília, v. 5, p. 14-22, nov. 2010.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: principalmente do ponto de vista prático. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Silvio Maia da. A perda de uma chance civilmente reparável. In: **Entre Aspas: Revista da Unicorp**, Salvador, v. 2, p. 237-258, jan. 2012.

SOUSA, Rafael Luiz Lemos de. O juiz e o cálculo da indenização na responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance na interposição de apelação cível intempestiva. In: **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 86, p. 23-39, jan. /mar. 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VAZ, Caroline. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito sucessório. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; Rosa, Karin Regina Rick (org.). **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.35-57.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.