

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXIX CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARIA FERNANDA GIACOMAZZO ALVES MEYER

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE

**CURITIBA
2011**

MARIA FERNANDA GIACOMAZZO ALVES MEYER

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DA CHANCE

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Clayton Reis

CURITIBA
2011

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	4
2.1. HISTÓRICO E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	4
2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	8
2.2.1. O dano	9
2.2.2. A conduta ilícita	11
2.2.3. O nexo de causalidade	12
2.3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	14
2.4. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL	16
3. ESCORÇO HISTÓRICO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PERDA DA CHANCE	18
3.1. HISTÓRICO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	18
3.2. PERDA DA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL.....	27
3.3.1. Críticas à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil	34
3.4. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DA CHANCE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	37
3.4.1. Lucro cessante	39
3.4.2. Dano emergente	42
3.4.3. Dano moral	44
3.4.4. Modalidade autônoma de dano	48
3.5. POSSIBILIDADE x PROBABILIDADE: CHANCE SÉRIA E REAL.	51
4. QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA	59
4.1. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO	59
4.2. PARÂMETROS PARA QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA	61
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

Desde as primeiras lições de direito, dos códigos mais antigos de Hamurabi, de Manu e do direito Hebreu, e em Roma, a responsabilidade civil vem se firmando, com o intuito de determinar uma solução justa ante a ocorrência de um dano.

A função primordial da responsabilidade civil é a restabelecer o equilíbrio existente antes da ocorrência do prejuízo, reparando-se o dano em sua integralidade.

Para tanto, firmaram-se como pressupostos da responsabilidade: o dano, a conduta ilícita e o nexo de causalidade entre o dano e a referida conduta ilícita. Presentes esses pressupostos, existe o dever de indenizar.

Tomando esse raciocínio como premissa, imaginemos a seguinte situação: uma atriz, prestes a ser contratada para um trabalho importante e duradouro, chega a última etapa de classificação, isto é, uma entrevista pessoal. Entretanto, seu agente não lhe comunicou a data da referida entrevista, de modo que a candidata *perdeu a oportunidade* de pleitear a almejada vaga¹.

É evidente, nesse caso, que a candidata sofreu um dano. De outra banda, igualmente evidente é que o prejuízo sofrido por ela não se revela na negativa de contratação, pois não há como ter certeza de que a candidata seria escolhida por meio da entrevista. Assim, qual o dano sofrido? Como ligar a conduta do agente a esse dano, configurando-se o nexo de causalidade?

¹ O caso é narrado por: GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance, 2010, 177 f., dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=193952. Acesso em: 10 abr. 2011, p. 49; PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 11 e 179; e MEDINA ALCOZ, Luiz. *Hacia una nueva teoría general de una causalidad em la responsabilidad civil contractual (y extracontractual)*: La doctrina de la perdida de oportunidades. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>. Acesso em: 25 ago 2011, p. 37.

Para solucionar essa questão, a jurisprudência criou a teoria da perda de uma chance, cujo tema, a partir dos julgados, passou a ser tratado também pela doutrina.

A situação acima, então, é o *leading case* inglês sobre a teoria da perda da chance, datado de 1911. E outros casos foram pioneiramente julgados em França, principalmente, e nos Estados Unidos.

Assim também a doutrina italiana trilhou os primeiros caminhos teóricos sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

É o tema do presente trabalho: a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Inicialmente, serão abordados os fundamentos da responsabilidade civil, passando pelo histórico e seu conceito, tratando de cada um dos pressupostos, ou seja, do dano, da conduta ilícita e do nexo de causalidade.

No mesmo capítulo serão feitas breves considerações acerca da diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva bem como responsabilidade contratual e extracontratual, com intenção singela de traçar um panorama geral da responsabilidade civil, frisando que a responsabilidade civil pela perda da chance pode ser aplicada tanto nuns quanto noutros tipos de responsabilização.

Traçado esse panorama, o trabalho versa sobre a perda da chance, desde seu histórico, inevitavelmente passando pela jurisprudência estrangeira, até chegar à aceitação e aplicação dessa teoria no Brasil, aí se apontando os fundamentos jurídicos que a justificam sua aplicação.

Na mesma oportunidade, serão citadas algumas críticas quanto à aplicação dessa teoria, seja no âmbito da responsabilidade civil como um todo, seja

relativamente à perda da chance ligada a conduta médica. Por aí, se vislumbra que apesar da grande parte da doutrina acatar a teoria, ainda há quem resista a ela.

Após, abre-se uma seção para a abordagem da natureza jurídica da perda de uma chance no sistema brasileiro, demonstrando que esse dano gravita pelo lucro cessante, dano emergente, dano moral e, por vezes, como modalidade de dano autônomo.

De todo modo, seja qual for a natureza jurídica adotada, como será visto, a chance deve ser séria e real para que possa falar em dever de reparar o dano. Em outras palavras: as hipóteses ou chances perdidas indenizáveis devem ser prováveis e não apenas possíveis.

Por fim, haverá uma pequena explanação sobre o *quantum* indenizatório, quando se tratar de perda da chance. Ponderando-se pela necessidade de reparação integral do dano e traçando alguns parâmetros para encontrar o montante devido, inclusive com técnicas na linha do *trial within the trial*, ou julgamento dentro do julgamento, entre outros meios de avaliação das probabilidades.

Enfim, o presente trabalho não visa esgotar o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas ao menos traçar um panorama geral sobre essa nova modalidade de dano, identificando como vem sendo acatada, ou não, qual sua natureza jurídica e quais os pressupostos para sua configuração.

2. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. HISTÓRICO E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para inaugurar esse trabalho monográfico, é importante relatar algumas noções básicas da responsabilidade civil, a começar pelo seu histórico e conceitos usuais.

Primeiramente, é preciso deixar claro que, assim como em outros ramos do direito, é difícil “precisar o histórico da responsabilidade civil”, como lembra Caio Mário da Silva Pereira, citando Alex Weill e François Terré².

Quanto à responsabilidade civil, o Código de Hamurabi já insinuava sua existência, na medida em que previa a ideia de punir o dano³, o mesmo ocorrendo nos Códigos de Manu e no direito Hebreu⁴.

No direito romano igualmente já se falava em responsabilidade civil. No entanto, o tema era tratado tão-somente em casos práticos, julgados de casos concretos, tarefa que competia aos juízes, pretores e jurisconsultos. Esses profissionais, no entanto, eram desprovidos de fundamentos teóricos sobre a responsabilidade civil.

Era desse modo prático que foram se criando as primeiras noções de certo e errado e da responsabilidade em geral.

Inicialmente a lição de responsabilidade civil, que se relevava na punição do agente causador do dano, era uma forma de vingança coletiva⁵, isto é, a sociedade

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*: de acordo com a Constituição de 1988. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

³ É do Código de Hamurabi a conhecida Lei de Talião: “Olho por olho, dente por dente”, que também foi adotado pelos Códigos de Manu e Hebreu.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 1.

punindo o agente e, num momento posterior o tema era tratado como vingança individual⁶, ideia esta que não desapareceu por completo⁷.

Na Alemanha, por outro lado, com a criação da parte geral do direito civil pelos pandectistas, no século XIX, foram formulados os primeiros fundamentos teórico-científicos da responsabilidade civil, ineditamente se distanciando da tradicional classificação romana de “delito” e “quase-delito”, para conceituar um instituto agregador dos dois primeiros: *ato ilícito*⁸, cujo conceito será melhor esclarecido adiante.

No direito brasileiro, antes da codificação própria, a responsabilidade civil pode ser estudada em três fases distintas, conforme a lição de Caio Mario da Silva Pereira⁹.

Em um primeiro momento, o direito romano era utilizado como subsidiário, por força da “Lei da Boa Razão” (1769).

Posteriormente, com a edição do Código Criminal de 1830, tem-se a primeira ideia de ressarcimento, inserido no instituto da *satisfação*.

Na terceira fase, Teixeira de Freitas defendia que a responsabilidade não deveria estar restrita ao campo, senão deveria finalmente ser entendida como um instituto do direito civil.

⁵ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. (Coords.). *Revista de Direito Privado*. out-dez 2009, n. 40, ano 10, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 177-214, p. 5.

⁶ “*si membrum rupsit, ni cum e o pacit, talio esto*”, ou se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16.

⁷ MONIER, Raymond *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 3.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, pp. 6-7.

Enfim, partindo dessas ideias e também com base no direito francês¹⁰, o Código Civil de 1916 abarcou a responsabilidade civil, consagrando a teoria da culpa no artigo 159 daquele diploma¹¹.

Como é ressabido, a responsabilidade civil permanece em nosso ordenamento, positivadas por meio dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002^{12 13}, além da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana e do solidarismo, que refletem na responsabilidade civil.

Quanto ao conceito de responsabilidade civil, o tema é bastante debatido.

Conforme consta do dicionário, responsabilidade é o “dever ou capacidade de responder pelos atos (próprios ou de alguém)”¹⁴.

No vocabulário jurídico, o termo “responsabilidade” é definido como dever jurídico, cujo vocábulo forma-se de “*responsável*, de *responder*, do latim *respondere*, tomado na significação de *responsabilizar-se*, *vir garantido*, *assegurar*, *assumir o pagamento do que se obrigou* ou *ato que praticou*.”¹⁵

Em resumo: responder é “pagar pelo que fez”¹⁶.

Por aí que a responsabilidade civil, para De Plácido e Silva¹⁷:

¹⁰ Trata-se aqui do Código de Napoleão, ressaltando Gilberto Andreassa Junior: “[...] a doutrina francesa também exerceu uma grande influencia na ceara do direito civil, dando-se destaque para a criação do princípio geral da responsabilidade civil. Ao longo desta fase, ficou estabelecido que a culpa seria o elemento essencial para responsabilização penal ou civil do agente infrator”. *op. cit.*, p. 181.

¹¹ Código Civil de 1916. Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹² Código Civil de 2002. Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹³ Os artigos 186 e 927 são os mais citados no tema da responsabilidade civil. É de se ressaltar, entretanto, que esses dispositivos devem ser analisados em conjunto com os demais, até mesmo porque o Código Civil de 2002 dedica o Capítulo IX (artigo 927 e seguintes) à responsabilidade civil.

¹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 454.

¹⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. atual. Forense: Rio de Janeiro, 2001, p. 713 – os destaques em itálico são do original.

¹⁶ SILVA, De Plácido e. *op. cit.*, p. 713.

Designa a *obrigação de reparar o dano* ou *de ressarcir o dano*, quando injustamente causado a outrem.
Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem.¹⁸

Na doutrina jurídica pátria, pode ser entendida no mesmo sentido.

Assim, responsabilidade civil é um dever jurídico “decorrente” cuja finalidade é recompor o dano causado por uma violação de um dever jurídico “originário”¹⁹, que tem, pois, como elemento nuclear o descumprimento de um dever jurídico por uma conduta voluntária do agente, com incidência no ilícito civil ou penal²⁰.

Também se pode afirmar que a responsabilidade civil é uma obrigação incumbida àquele que causar dano a outra, por fato próprio ou de pessoas que dela dependam²¹.

Clayton Reis, por seu turno, define a responsabilidade como um “dever que possui um indivíduo em indenizar a outro, no caso em que o ilícito do agente produzir dano ao patrimônio da vítima”²².

Nesse rumo, a conclusão desse autor é bastante pertinente ao encontrar o liame entre a conduta das pessoas e a responsabilidade daí decorrente:

Sempre que agirmos em desconformidade com a ordem estabelecida, seremos imediatamente responsabilizados pelas conseqüências resultantes desse agir em sentido contrário às regras de convivência social.²³

¹⁷ SILVA, De Plácido e. *op. cit.*, p. 713.

¹⁸ No mesmo sentido: “A palavra ‘responsabilidade’ origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado”. In: GONCALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 24.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 35.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

²² REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 127.

²³ REIS, Clayton. *Avaliação... op. cit.*, p. 125

Como se vê, a responsabilidade civil é um dever jurídico de reparar, ressarcir, compensar o dano causado a outrem, decorrente de conduta voluntária do agente, ou das pessoas pelas quais é responsável legalmente.

Importante destacar que o conceito de responsabilidade civil apresenta desdobramentos, de modo que não pode ser generalizado à grossa maneira. Por exemplo, nem sempre se exige a voluntariedade do agente, nas hipóteses em que a responsabilidade é objetiva, ou decorre do risco da atividade desenvolvida.

De outro vértice, nem sempre a conduta danosa é praticada pelo próprio responsável, a saber, nos casos de pais que respondem pelos atos dos filhos, para citar uma situação apenas.

O assunto, entretanto, será tema dos tópicos seguintes, em breve palavras para que não se perca o foco central desse trabalho, que é a responsabilidade civil pela perda da chance.

2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como é ressabido, e também como pode se extrair do conceito de responsabilidade civil, são três os pressupostos do dever de indenizar no direito pátrio²⁴, quais sejam: o dano, a conduta ilícita, e o nexo de causalidade entre essa

²⁴ Em Portugal, diversamente, são quatro os pressupostos do dever de indenizar: violação ilícita de um direito; nexo de imputação do fato ao agente; dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano, conforme ensina Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa. In: COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *Dano de perda de chance e sua perspectiva no direito português*. 2010. 111 f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade de Coimbra, p. 79. Disponível em: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf. Acesso em: 5 set. 2011, p. 12. [N.A].: Como se vê, a doutrina portuguesa separa a conduta ilícita do próprio agente, ao passo aqui no Brasil, a conduta já pressupõe um agente que a realiza, de modo que os pressupostos do dever de indenizar são os mesmos, embora por uma ótica diversa.

conduta e o dano causado. Sem isso, em regra, não existe o dever de indenizar, ou seja, não há falar em responsabilidade civil.

Em primeiro lugar, será abordado o dano, justamente porque é em função desse elemento central da responsabilidade civil que se desdobram os demais pressupostos²⁵.

Em seguida, um breve resumo sobre a conduta e o nexo de causalidade.

2.2.1. O Dano

Como se disse, o dano é o elemento central, portanto, o núcleo, o elemento primordial do instituto da responsabilidade civil²⁶, ou *l'essence de la responsabilité civile*²⁷. Sem ele, o dano, não há sequer razão em averiguar a existência de responsabilidade civil²⁸.

Aliás, “seria realmente inconcebível admitir reparação, onde nada exista para ser compensado, ou para ser restituído à sua situação de origem”, como bem lembra Clayton Reis²⁹.

Até mesmo porque, conforme anteriormente explanado, a responsabilidade civil é um dever jurídico que visa compensar, ressarcir, reparar um dano causado³⁰.

²⁵ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *op. cit.*, p. 194.

²⁶ GONDIM, Glenda. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol. 840, out-2005, pp. 11-36, p. 15.

²⁷ MAZEAUD-MAZEAUD. TUNC. *apud* CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 26.

²⁸ Nesse sentido: “[...] o elemento do dano se destaca por sua importância. Aliás, pode-se dizer que é em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável, o que já não ocorre, por exemplo, com a culpa, que, como se sabe, dia a dia, vai tendo a seu lado outras figuras como sustentáculos da responsabilidade civil” In: CASILLO, João. *op. cit.*, p. 26.

²⁹ REIS, Clayton. *Avaliação...* *op. cit.*, p. 124.

³⁰ Dai que também: “[...] é preciso que o dano seja ressarcível, ou ainda, esteja na esfera jurídica dos bens tutelados pelo direito”. In: REIS, Clayton. *Avaliação...* *op. cit.*, p. 121.

Pois bem. O vocábulo “dano” deriva do latim *damnum*, que revela a noção de mal ou ofensa. Segundo De Plácido e Silva, tem sentido econômico de “diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém” e equivale, pois, à perda ou prejuízo³¹.

Em outras palavras: *damnum et ab ademptione et quase deminutione patrimonii dicta sunt*, ou seja, “prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem a causar diminuição patrimonial”³².

No sentido jurídico mais atual, pode-se definir o dano como o resultado de uma ofensa feita por um terceiro a um direito, que gera uma pretensão de indenização, ressaltando que o direito pode ser patrimonial ou não³³.

Numa conceituação genérica, dano é, pois, a “diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência de ação lesiva de terceiros”³⁴.

E, nas palavras de José de Aguiar Dias³⁵:

[...] O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação.

O direito positivado protege o prejudicado, dispondo que aquele que causar dano (patrimonial ou extrapatrimonial), tem o dever de repará-lo.

Outrossim, é verdade que o dano, para existir, deve em regra ser certo e atual.

³¹ SILVA, De Plácido e. *op. cit.*, p. 238.

³² PAULUS apud REIS, Clayton. *Avaliação...* *op. cit.*, p. 3.

³³ CASSILO, João. *op. cit.*, p. 50.

³⁴ REIS, Clayton. *Dano Moral*. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

³⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 718.

2.2.2. A conduta ilícita

Como já registrado, não se pode falar em responsabilidade sem conduta ilícita.

A conduta pode ser omissiva ou comissiva, ou seja deve haver uma ação ou uma omissão, voluntária, contrária às normas do ordenamento jurídico, que viole um direito subjetivo individual³⁶.

Para que fique registrado, não é demais lembrar que o ilícito poderá ocorrer a despeito de uma norma ou mesmo de um princípio geral do direito, sendo certo que a norma deve preexistir em relação à ação ou à omissão em concreto, conforme ressalta Carlos Roberto Gonçalves³⁷.

Por fim, destaca-se que *geralmente* a conduta deve ser culposa para que possa gerar responsabilidade civil.

Nesse rumo, resume Maria Helena Diniz³⁸:

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência. [...]; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral [...]³⁹

Por outro lado, há casos em que esse elemento (culpa) é dispensado em virtude de a responsabilidade civil decorrer do risco da atividade ou nos casos definidos em lei

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 170.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil. op. cit.*, p. 35.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil... Op. cit.*, p. 170.

³⁹ Ao tecer anotações ao artigo 187 do Código Civil, Maria Helena Diniz ressalta que mesmo os atos aparentemente legais ou lícitos, configuram ilicitude quando extrapolam os limites jurídicos, caracterizando o abuso de direito, atentatória ao princípio da boa-fê e aos bons costumes ou por desvio da finalidade do direito. In: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil... op. cit.*, p. 171. Nesse passo, é bom lembrar que abuso de direito não é, portanto, um direito, mas uma violação.

como responsabilidade objetiva, como o que se passa com a responsabilidade estatal decorrente de atos dos seus agentes⁴⁰, tema que será melhor abordado adiante.

2.2.3. O nexo de causalidade

Sinteticamente, o nexo de causalidade, quando existente, revela um liame entre a conduta do agente e o dano provocado.

De outro vértice, ainda que haja uma conduta ilícita e um dano sofrido por alguém, se o dano não for decorrente daquela específica conduta, como regra, não há nexo de causalidade.

Ausente o nexo de causalidade, cai um dos pilares da responsabilidade civil, de modo que se afasta, portanto, o dever de indenizar.

Bem lembra Glenda Gonçalves Gondim que conceituar o nexo causal não apresenta maiores dificuldades⁴¹, como de fato ocorre. O problema reside na configuração do nexo causal em cada caso concreto, tarefa que cabe aos magistrados.

Para solucionar esta questão, foram criadas diversas teorias acerca do nexo de causalidade, dentre as quais se destacam: teoria da equivalência das causas ou das condições; teoria da causalidade adequada e, por fim, teoria da causa eficiente.

Em breve resumo, a primeira delas, também conhecida como *conditio sine qua non*, versa sobre a equivalência das causas e está consagrada no artigo 13, *caput*, do

⁴⁰ Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴¹ GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 19.

Código Penal⁴². Segunda essa teoria “causa é tudo que de alguma forma contribua para o resultado”⁴³, independentemente da prevalência ou preponderância de algum dos antecedentes causais.

O problema de aplicação dessa teoria reside no fato de que, se levarmos em conta que “a causa da causa também é causa do que foi causado”⁴⁴, elastece-se sobremaneira o nexo de causalidade de um evento e outro, o que é inadmissível.

Típico exemplo dessa elasticidade, que nos levaria a alguns absurdos, seria punir, por homicídio, o fabricante e o comerciante de uma arma utilizada para matar⁴⁵.

Diversamente, na teoria da causalidade adequada, o nexo causal se apresenta a partir da relação causa-efeito, considerando tão-somente as causas próximas do evento danoso. Em outras palavras: admite-se como causa apenas a conduta que efetivamente poderia causar o dano⁴⁶.

Essa teoria prevalece no direito, muito embora sem base positiva⁴⁷.

Por fim, a teoria da causa eficiente, segundo a qual causa é “aquela que poderia produzir o dano por si só, excluindo-se os demais acontecimentos”⁴⁸. Assim, a *causa* é o que determina o acontecimento, por si, e os demais fatores são somente *condições*.

⁴² Código Penal. Art. 13. “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

⁴³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado*: incluindo anotações históricas, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

⁴⁴ *causa causae est causa causati*. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 243.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 290.

⁴⁶ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *op. cit.*, p. 192.

⁴⁷ GONDIM, Glenda Goncalves. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ GONDIM, Glenda Goncalves. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 20.

Independentemente da teoria adotada, é sempre importante definir o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano sofrido, sendo que somente quando efetivamente demonstrado esse liame é que estará configurado o dever de indenizar.

2.3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Nosso direito admite a responsabilização subjetiva, como regra, e a responsabilidade objetiva, que é exceção, aplicada somente nos casos expressamente previstos em lei.

Diz-se, pois, que a responsabilidade subjetiva foi consagrada no ato ilícito *strictu sensu*, de acordo com o estabelecido no artigo 186 do Código Civil⁴⁹. Assim, além dos pressupostos já acima elencados – conduta ilícita, dano e nexo causal – para que haja o dever de indenizar, também deve haver uma conduta no mínimo culposa (ou dolosa, por óbvio).

Nesse contexto, a título exemplificativo, lembra Miguel Kfoury Neto que a responsabilidade do médico repousa na culpa *strictu sensu*, na medida em que deve haver comprovação de culpa ou dolo do profissional da medicina para gerar o dever de indenizar⁵⁰.

Na responsabilidade objetiva, de outra banda, prescinde-se de comprovação de culpa, sendo que certo que isso somente é possível quando a lei expressamente presumir a existência de culpa ou efetivamente dispensar sua prova.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev. atual. ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

Nessa seara, pode-se destacar o disposto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, assim como o artigo 187. Este último versa sobre o abuso de direito, em que os limites da boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social são levados em conta⁵¹, enquanto aquele determina a responsabilidade objetiva, denotando seu caráter excepcional e taxativo: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A responsabilidade objetiva também é consagrada no Código de Defesa do Consumidor que dispôs, no artigo 14, que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados em decorrência dos defeitos apresentados, pela falta ou inadequação de informações sobre a fruição dos serviços, ou sobre os riscos que eles apresentam, *independentemente de culpa*.

No mais, é importante lembrar que a responsabilidade objetiva, que não era tratada no Código Civil de 1916, veio no sentido de ampliar a defesa das vítimas dos eventos danosos, pois, como se sabe, nem sempre essas pessoas dispõem de instrumentos (financeiros e/ou técnicos) para comprovação da culpa daquele que causou o dano.

É importante notar, neste trabalho, que foi justamente nesse sentido, nessa “onda” objetivista, que surge a teoria da perda de uma chance, originária em França, ao lado da teoria *res ipsa loquitur*⁵², utilizada em alguns estados dos Estados Unidos.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 33.

⁵² “a coisa fala por si”. Técnica de julgamento que implica em presumir a culpa, quando presente o dano, o nexo causal direto e “circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte”. In: KING JR, Joseph H. *apud* KFOURI NETO, *Responsabilidade... op. cit.*, pp. 68-69.

2.4. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Não é complexo o tema sobre a diferenciação entre responsabilidade contratual ou extracontratual, esta última também chamada de aquiliana.

Para ficar no aqui importa a esse trabalho, registra-se que o nosso Código Civil adota a teoria *clássica* ou *dualista*, admitindo a responsabilidade contratual assim com a extracontratual, de acordo com a origem do dever.

Diz-se que a responsabilidade contratual é derivada de um acordo, um contrato enfim, enquanto a responsabilidade extracontratual é primária, originária da lei.

A responsabilidade, então, varia de acordo com a “qualidade da violação” do direito, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, que afirma que a maioria dos deveres jurídicos têm os contratos como fontes⁵³.

João Casillo, ao analisar o tema conclui que a principal diferença reside no fato de que quando há inadimplemento contratual, o *quantum* indenizatório *pode*, eventualmente, estar fixado aprioristicamente (se assim determinado em contrato, é evidente), enquanto que nos demais casos é impossível haver tal previsão antecipada⁵⁴, do que se conclui que cabe ao magistrado⁵⁵ aferir o *quantum* em cada caso concreto.

É apenas uma divisão doutrinária, até mesmo porque as consequências da violação de um contrato ou da lei, muitas vezes se confundem. E como ponto comum

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 38.

⁵⁴ CASILLO, João. *op. cit.*, p. 59.

⁵⁵ [N.A.] Evidente que cabe ao magistrado definir o *quantum* indenizatório se e quando a questão for levada ao judiciário. Entretanto, nada impede que as reparações sejam determinadas por acordo entre as partes, por meio de mediação, ou ainda, determinadas por um árbitro.

dos dois institutos, tem-se que tanto em um ou outro tipo de responsabilidade, há violação de um dever jurídico pré-existente⁵⁶.

Nesse passo, Sergio Cavaliere Filho lembra que a separação entre os dois institutos não é estanque; muito pelo contrário, afirma o autor que⁵⁷:

[...] há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Outrossim, cumpre registrar que, para o presente estudo, não tem grande relevância a diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, pois se trata de diferenciar o dano em si.

Como já se disse, a diferença reside na origem do dano. Ocorrendo o dano, portanto, independentemente de sua origem, a reparação é devida. A mesma máxima vale para os casos de reparação de danos por perda da chance.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 38.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 39.

3. ESCORÇO HISTÓRICO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PERDA DA CHANCE

3.1. HISTÓRICO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE

Como se viu no Capítulo 1, a responsabilidade civil evoluiu ao longo dos tempos. Desde os mais remotos tempos do “olho por olho, dente por dente” até às teorias objetivistas, dentre as quais se destaca a teoria da perda de uma chance.

Essa teoria foi criada, em resumo, à vista da necessidade de se fazer justiça, pois eram perceptíveis os casos em que não se podia determinar uma indenização, pois não tinha como se definir a exata medida da sua causa, ou da extensão do próprio dano.

Percebeu-se, afinal, que o tradicional modelo do “tudo ou nada”⁵⁸ já não mais atendia às necessidades jurídicas. Era preciso ficar mais atento ao prejuízo efetivamente sofrido pela vítima⁵⁹, sob seu ponto de vista.

Assim, primeiramente na jurisprudência francesa foram analisados os primeiros casos de perda da chance que se tem conhecimento, determinando-se reparação onde o nexo de causalidade não era tão evidente.

O primeiro caso analisado em França, remonta à 1889, quando a Corte de Cassação daquele país, julgou um funcionário ministerial em virtude de ele ter

⁵⁸ “*L’action en responsabilité était soumise à la règle du tout ou rien*”. In: SAVATIER, René. *apud* PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 85. “[...] ou o juiz acredita que o réu da ação de indenização causou o dano e o condena a indenizá-lo integralmente, ou julga a ação absolutamente improcedente, é a regra do tudo ou nada”.

⁵⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, pp. 4-5.

impossibilitado, por suas voluntárias condutas, o êxito da demanda proposta por um cidadão⁶⁰.

Ainda no século XIX, também lá se discutiu sobre a perda da chance de vitória cavalo que não foi entregue a tempo da corrida⁶¹.

Outro caso emblemático ocorrido em França, mais recente, data de 1982, quando um médico foi considerado negligente por haver injetado ar no nariz de um paciente durante uma cirurgia. Ocorre que, o ar ali injetado, desavisadamente, entrou nas veias daquele paciente, causando-lhe embolia⁶², incapacitando-o permanentemente.

Não foi ali configurado o nexa causal entre a entrada de ar decorrente do ato negligente e a embolia; porém, decidiu-se pela compensação do paciente ante a *perda da chance* de evitar aquela obstrução na veia⁶³.

Outrossim, foi justamente na seara médica que se desenvolveu primeiramente a teoria da responsabilidade pela perda da chance⁶⁴, notadamente pela *perte de chance de survie* ou *de guérison*⁶⁵. Como ensina Miguel Kfourri Neto:

⁶⁰ O caso foi narrado por: COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 38; GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação...* *op. cit.*, p. 48; e PETEFFI SILVA, Rafael. *op. cit.*, pp. 10-11.

⁶¹ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 38.

⁶² Embolia é uma obstrução da veia ou artéria causada por particular ali inserida. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello, *op. cit.*, p. 187. No caso em análise, a partícula de ar obstruiu a veia ou artéria do paciente, causando-lhe incapacidade permanente.

⁶³ O caso foi narrado por COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, pp. 38-39.

⁶⁴ Miguel Kfourri Neto narra o primeiro caso em que a responsabilidade médica pela perda da chance foi aplicada de maneira clara, pela Corte de Grenoble. Trata-se de um paciente que foi submetido a exames de radiografia para fins de diagnosticar a causa de uma dor no pulso que sentia. O médico, na ocasião, não constatou nada de anormal. Sete anos mais tarde, sentido novamente as dores, o paciente descobriu que seu pulso estava fraturado, e mais, que a primeira radiografia que fez denotava já essa situação, o que não foi percebido pelo médico. A Corte de Grenoble decidiu, assim, pela perda da chance de terapia na primeira oportunidade. In: KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

⁶⁵ Miguel Kfourri Neto narra o seguinte caso: “[...] A Câmara Civil da Corte de Cassação, em 1965, considerou que, caso o médico faça seu cliente perder uma chance de cura ou de sobrevivência, obriga-se à reparação parcial do dano, mesmo que o nexa de causalidade entre a ação culposa do médico e o resultado danoso não possa ser estabelecida com certeza”. In: KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...* *op. cit.*, p. 97.

[...] Uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar pé em França, a partir do início dos anos 60, e que se pode dizer consolidada a partir de 1965, impõe ao médico que, por culpa sua, faz perder ao doente uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, uma obrigação de indemnização, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. É o que se designa por *perte de chance de survie* ou de *guérison*.

Como se vê, não há como traçar o histórico da perda da chance sem mencionar a jurisprudência, pois foi ali que surgiram os primeiros conceitos, as primeiras teses e definições acerca do tema. Foi a partir da jurisprudência, da análise dos casos práticos, é que foi se firmando o raciocínio utilizado quando defronte de uma eventual chance perdida.

E nesse campo, definitivamente a França é pioneira⁶⁶, sendo que seu sistema jurídico é considerado o mais evoluído nessa área⁶⁷, além do mais estabilizado⁶⁸.

Ainda na jurisprudência, também pode-se citar os primeiros casos analisados na Inglaterra e nos Estados Unidos, demonstrando, aliás, que mesmo nos países que adotam a *common law* a teoria é utilizada, não ficando restrita aos sistemas *civil law*.

Nos estados Unidos, o primeiro caso a tratar de perda da chance ficou conhecido como *Hicks vs United States*, de 1966.

A propósito, o cidadão americano Hicks procurou o sistema de saúde alegando estar sofrendo de vômitos frequentes e dores musculares. O médico que lhe atendeu diagnosticou que o paciente sofria de gastroenterite, lhe recomendando os remédios

⁶⁶ Aliás, em França inclusive se admite a teoria da perda da chance na seara administrativa, conforme ressalta Grácia Cristina Moreira do Rosário: “Em França, aplica-se a teoria da perda da chance na seara administrativa, principalmente no que se refere ao problema das leis de validação.” In: SALLET, Frédérique. *apud*. ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. out-dez 2009, n. 81. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2009, pp. 53-70, pp. 58-59.

⁶⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 17.

pertinentes ao tratamento dessa doença. Em casa, o paciente voltou a vomitar, até que desmaiou, vindo a falecer em seguida.

Após, verificou-se que o paciente sofria de um problema intestinal caracterizado pelo fechamento daquele órgão, ao que a *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* concluiu que a negligência médica, ao mal diagnosticar a enfermidade, retirou, daquele paciente, *substantial possibility of survival*⁶⁹.

E data de 1911 o *leading case* inglês sobre a teoria da perda da chance, citado por diversos autores⁷⁰, como típico exemplo de aplicação dessa técnica em países da *common law*.

Trata-se do caso *Chaplin vs Hichs*, em que um agente convocou candidatas a um determinado concurso de beleza. Foram pré-selecionados 50 candidatas, das quais 12 seriam contratadas para trabalhar como atriz por um período de 3 anos. Uma das candidatas foi pré-selecionada, mas o agente não lhe avisou sobre a data de uma entrevista pessoal, etapa fundamental do concurso, a qual, por não ter participado, a desclassificou.

A candidata recebeu, então, uma indenização sob o fundamento de que perdeu a chance de ser contratada.

Ilustrativamente, sobre a aplicação da teoria da perda chance tanto nos sistema *civil law* quanto *common law*, resume Luiz Medina Alcoz⁷¹:

[...] La oportunidad perdida es una técnica de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en *Droit Civil* como en el *Common Law*, por corresponder al impulso proporcionado por la

⁶⁹ O Caso é narrado por MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 38.

⁷⁰ O caso é narrado por: GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação...* *op. cit.*, p. 49; e PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 179; e PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 11 e MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 37.

⁷¹ MEDINA ALCOZ, Luiz., *op. cit.*, pp. 34-35.

doctrina científica. Hay, de un lado, países donde la noción de chance apareció por vez primera en sentencias (p. ej. Francia, Estados Unidos), pero los autores han cumplido un rol fundamental, no tanto porque, en clave exegética, hayan explicado y racionalizado la teoría – dando cuenta sin más de la elaboración jurisprudencial –, sino, más bien, porque la han propuesto como repuesta ineludible para otros casos y tan intentado hallar los fundamentos dogmáticos que la hacen compatible con la teoría de la causalidad. Hay, de otro, ordenamientos en los que la teoría de la chance ha sido postulada en la literatura científica antes que manejada en las resoluciones judiciales (p. ej. Italia), donde resulta más que evidente el protagonismo, desenvuelto por los autores críticos, auténticos propulsores de su incorporación, a través de su influjo sobre la jurisprudencia.

A par da jurisprudência francesa, americana e inglesa⁷², a doutrina também teve seu papel importante, notadamente da Itália, bem delineada na obra de Sérgio Savi⁷³.

Pois bem. Desde 1940, a doutrina italiana já tratava teoricamente do tema, por meio do professor da Universidade de Milão Giovanni Pacchioni, que analisou os exemplos clássicos da responsabilidade civil pela perda da chance, com base na doutrina francesa, citando como exemplo⁷⁴:

[...] um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não é entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando o seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável.

⁷² Luiz Medina Alcoz afirma que, a partir da jurisprudência francesa e inglesa, do final do século XIX e início do século XX a teoria da perda da chance se desenvolveu *horizontalmente*, ingressando em outros países, bem como verticalmente, alcançando organizações internacionais: “Después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual, la teoría de la pérdida de oportunidad ha circulado *horizontalmente*, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Itália, Argentina, entre otros); y *verticalmente*, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT –; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil – EGTL–) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos [...]”. In: MEDINA ALCOZ, Luiz., *op. cit.*, p. 33

⁷³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 7-25.

⁷⁴ PACCHIONI, Giovanni. *apud* SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 7.

Para aquele autor, não se poderia falar em reparação pela perda da chance, ao passo que inexistia um dano certo. O dano, acaso houvesse, era meramente aleatório.

Desse modo, o autor era enfático ao discordar dos julgados franceses que já admitiam a reparação pela perda da chance.

Em 1965, Francesco Donato Busnelli se manifestou no mesmo sentido⁷⁵.

Finalmente em 1966, Adriano De Cupis reconheceu a existência de dano pela perda da chance naqueles casos anteriormente citados por Pacchioni, afirmando ser devida a indenização, por conseguinte⁷⁶.

Para esse autor, a perda da chance é um dano emergente, e não lucro cessante, diante do que conclui Sérgio Savi, que De Cupis foi o “responsável pelo início da correta compreensão da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance no Direito Italiano”⁷⁷.

Importante mencionar que Adriano De Cupis reconheceu a existência de dano por perda da chance, limitando as possibilidades de indenização às chances sérias e reais⁷⁸, tema bastante relevante nesse estudo.

Finalmente Maurizio Bocchiola, em 1976, publica um artigo específico sobre a perda da chance e certeza do dano, por meio do qual vários conceitos importantes sobre esse instituto são tratados de maneira objetiva, a saber⁷⁹:

[...] (i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, como o termo *chance* não se indica uma vantagem possível

⁷⁵ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 8.

⁷⁶ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 10. [N.A.]: A natureza jurídica da perda da chance será analisada em tópico próprio.

⁷⁸ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 12.

⁷⁹ BOCHHIOLA, Maurizio. *apud* SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 18 – os destaques em itálico são do original.

e, conseqüentemente, um dano eventual, mas uma possibilidade ou probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra da certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

Quando já a doutrina italiana reconhecia a perda da chance, em 1983 foi julgado o primeiro caso a tratar do tema, naquele país.

Na oportunidade, a *Corte di Cassazione* decidiu definitivamente que era devida a indenização pela perda da chance a um grupo de trabalhadores que perdeu a oportunidade de conseguir um determinado emprego⁸⁰.

Como se nota, a tese da responsabilidade civil pela perda da chance já está bastante difundida, seja nos países *common law*, seja no *civil law*. Mais fortemente em França, nos Estados Unidos e Inglaterra e Itália, registrando-se que essa técnica já foi adotada em Portugal⁸¹, Espanha⁸², Canadá⁸³, Argentina⁸⁴ e Austrália⁸⁵.

⁸⁰ O *leading case* italiano é narrado por SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ A doutrina acerca do tema ainda é tímida em Portugal, como destaca Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa. Entretanto, já se pode verificar alguns julgados daquele país em que se analisa a existência, ou não, de perda da chance. Como exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Outubro de 2006, proferido no Processo n.º 0289/2006, cujo sumário ficou assim registrado: “I – Tendo ficado provado nos autos que, por força de afastamento compulsivo ilegal durante dez anos, o Autor, então soldado da Guarda Fiscal, viu irremediavelmente perdida a possibilidade de ser promovido a cabo e afastada a possibilidade ulterior de progresso na carreira, e, conseqüentemente, de poder vir a usufruir de estatuto e remunerações superiores, tal constitui um dano indemnizável, verificados que estão os pressupostos do art. 483.º do CC (o facto ilícito e culposo, o dano e o nexo de causalidade). II – Na falta de outros elementos, a fixação da indemnização pelo dano referido em I, deve ser feita com recurso à equidade.” In: COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, pp. 59-60.

⁸² Luiz Medina Alcoz explica que, na Espanha, utiliza-se do raciocínio de que o dano é a própria chance perdida e não o dano final, que é incerto. Daí porque cabível a aplicação dos dispositivos legais vigentes naquele país, notadamente o artigo 1.101 e 1.902 do Código Civil, relativamente aos particulares, e artigo 139 da Lei nº 30/1992, no caso da Administração, que exigem o nexo de causalidade para o surgimento do dever de indenizar. In: MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 49.

Miguel Kfoury Neto narra um caso em que a responsabilidade civil pela perda da chance foi avaliada na Espanha, quando uma equipe de médicos foi condenada ao pagamento de indenização a um paciente que perdeu a oportunidade de ter uma mão reimplantada, porquanto aquela extremidade do membro superior foi acondicionada de forma inadequada pelos médicos, que negligentemente utilizaram gelo natural ao invés do gelo sintético. In: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 67.

⁸³ A propósito: “[...] o Tribunal de Apelação do Ontário aplicou em 1925 esta teoria num caso similar [ao caso *Chaplin v. Hicks*], sendo que neste país se sentiu a influência quer da doutrina de perda de oportunidade seguida nos Estados Unidos, quer a influência da jurisprudência francesa, sobretudo nos litígios resolvidos pela Cour d’Appel do Québec, em última instância”. In: COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 41.

⁸⁴ A Corte argentina, “por influência do direito francês e italiano”, já apreciou casos de indenização por perda da chance, pelo menos, nos seguintes casos: oportunidade de obter um emprego novo, desenvolver uma atividade empresarial. In: MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 33.

Na Alemanha, por outro lado, permanece esse instituto praticamente desconhecido⁸⁶.

Aliás, Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa chega a afirmar que nos países nórdicos e centro-europeus, como a Alemanha, a figura da responsabilidade civil pela perda da chance ainda não é bem acatada⁸⁷.

3.2. PERDA DA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a teoria da perda da chance também vem ganhando força. Já é possível encontrar obras doutrinárias acerca do tema, das quais se destacam as pioneiras obras de Sérgio Savi (2005) e Rafael Peteffi da Silva (2001, 2007), além da obra de Sérgio Novais Dias, que já em 1999 se ocupou da aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance relacionada ao trabalho dos advogados.

A jurisprudência também notadamente vem crescendo nessa seara, nos diversos tribunais brasileiros⁸⁸, sendo que alguns casos já chegaram a ser discutidos no

⁸⁶ GOMES, Julio. *apud*. COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 42.

⁸⁷ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 42.

⁸⁸ A título de exemplo, no sistema de consulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, em 15 de junho de 2011 foram encontrados 83 julgados que analisavam a existência, ou não, de perda da chance; esse número passou a 117 ocorrências em 6 de setembro de 2011. Resumindo: houve um aumento de casos já julgados e publicados de 40%, num período de apenas 3 meses.

Sérgio Savi também nota o crescimento, notadamente desde a primeira edição de sua obra, em 2005, conforme os apontamentos que fez na sua segunda edição, lançada em 2009: “Para a primeira edição deste livro, publicada em 2006, o trabalho de pesquisa foi propositadamente realizado em duas oportunidades, com o intuito de verificar se os Tribunais brasileiros iriam ou não absorver e aplicar gradativamente a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. A primeira etapa da pesquisa foi realizada em março de 2002. Naquela oportunidade foram encontrados sobre o tema 14 (quatorze) acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1 (um) acórdão no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e 4 (quatro) acórdãos no Superior Tribunal de Justiça. A segunda etapa da pesquisa foi realizada em janeiro de 2004. Nesta segunda etapa da pesquisa, foram encontrados 14 (quatorze) novos acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e 4 (quatro) novos acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ou seja, em menos de dois anos foram julgados por estes tribunais 18 (dezoito) novos casos em que se discutiu a responsabilidade civil por perda de uma chance. Em 2009, atualizamos a pesquisa de jurisprudência para a publicação desta segunda edição. Para nossa alegria, constatamos que o tema ganhou enorme popularidade nos tribunais brasileiros. Hoje em dia, há dezenas de decisões a respeito do assunto em praticamente todos os Tribunais de Justiça do país.” In: SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 47.

Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do lendário caso do show do milhão, que pode ser assim resumido:

O conhecido programa televisivo “show do milhão”⁸⁹ consistia em fazer o participante responder às mais variadas perguntas, acrescentando o seu prêmio a cada novo acerto.

Por outro lado, caso decidisse o participante responder a pergunta apresentada e errasse a resposta, perderia todo o montante “acumulado” e iria embora para casa sem levar o “milhão” prometido pelo programa.

Some-se a isso que a pressão que era investida no participante, uma vez que o programa era exibido ao vivo numa grande rede de televisão (SBT), apresentado por um ícone da televisão (Sílvio Santos) e as perguntas eram realizadas e respondidas diante de uma plateia lotada no auditório.

Um dos participantes ia muito bem. Passou pelas etapas anteriores e chegou à pergunta do milhão. Se respondesse com acerto, levava um milhão de Reais. Se respondesse e errasse, nada levava. Se optasse por não responder, levava o prêmio até então acumulado, ou seja, 500 mil Reais.

Ocorre que a pergunta milionária estava mal formulada, preferindo o participante nada responder. Em outras palavras: perdeu a chance de ganhar um milhão de reais, ficando com os R\$ 500.000,00 que já estavam garantidos. E a culpa dessa perda da chance? A pergunta mal formulada.

⁸⁹ Exibido no SBT, pelo apresentador Sílvio Santos.

A sentença foi favorável ao participante, por entender que houve aí a perda de uma oportunidade e o Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão, mediante acórdão assim ementado:

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, provido.⁹⁰

Passado esse escorço histórico, é importante mencionar quais os fundamentos legais da reparação pela perda da chance, no Brasil. É do que cuida o próximo tópico.

3.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE NO BRASIL

Como já se viu no tópico anterior (3.2), o Brasil já adota a teoria da perda de uma chance, inclusive já chegou a julgar diversos casos sobre o tema, nos tribunais estaduais e também no Superior Tribunal de Justiça.

Os defensores da aplicação dessa técnica costumam embasá-la no princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegida com primazia desde 1988.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 788459-BA. BF Utilidades domésticas e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado em 13 de março de 2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 abr. 2011.

Com base nesse princípio, toda lesão sofrida deve ser reparada⁹¹, alcançando-se a solidariedade social e uma “justiça distributiva”⁹².

Pois bem. Temos, então, que o código civil brasileiro, a princípio, impõe a certeza do dano como pressuposto da reparação, o que exclui a reparação das chances. No entanto, à luz da dignidade da pessoa humana, e do princípio *neminem laedere*, toda lesão sofrida deve ser indenizada⁹³.

Desse modo, pertinente a conclusão de Rafael Luiz Lemos de Souza:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance pode ser enquadrada no amplo regramento dos arts. 186 c/c 927 do Código Civil que prevê de forma genérica que quem causar dano a outrem pratica ato ilícito e será compelido a repará-lo. O regramento do art. 402 do Código Civil é igualmente aplicável à hipótese estando a ‘possibilidade’ ou chance de ver julgado seu recurso na segunda instância, dentro da expressão ‘aquilo que efetivamente perdeu’.

Até mesmo porque, o “dano há de ser compensado, não se adequando que a dificuldade na sua avaliação, ou eventuais incertezas de ordem legislativa, possa justificar a ausência de uma prestação jurisdicional efetiva”⁹⁴.

Em outras palavras, a “dificuldade de se apurar e mensurar o resultado da ofensa, em alguns casos, não deve servir de argumento para se abandonar a ideia [de reparação]. A noção de direito não pode ficar adstrita a maior ou menor dificuldade na avaliação de consequências”⁹⁵.

Transpondo o mesmo raciocínio, que antes era utilizado para justificar a necessidade de reparação pelo dano moral, a respeito da incerteza do seu *quantum*,

⁹¹ Nesse sentido, ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *op. cit.*, p. 63.

⁹² SOUZA, Rafael Luiz Lemos. 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 Estado do Rio de Janeiro*. jan-mar 2011, n. 86. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2011, pp. 23-39, p. 37.

⁹³ GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 25.

⁹⁴ REIS, Clayton. *Avaliação... op. cit.*, p. 61.

⁹⁵ CASILLO, João. *op. cit.*, p. 51.

sobre a perda da chance também é possível dizer que: “É verdade que nem sempre é tão fácil determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”⁹⁶.

Assim, para que seja afastada a negativa indenizatória por ausência de comprovação do nexo causal entre uma conduta ilícita e um dano, criou-se a técnica da teoria da responsabilização pela perda da chance⁹⁷.

Exemplificativamente, se por um lado não há como demonstrar o nexo causal, direto, entre a atitude negligente do médico e a morte do paciente; de outro vértice é possível vislumbrar que a conduta negligente do médico no mínimo diminuiu a chance se sobrevivia daquele paciente.

Daí o entender de que o dano, não é a morte em si, mas a perda da chance de sobrevivência. E o nexo de causalidade se verifica justamente entre a conduta e essa chance perdida. Desse modo, a perda da chance surge no ordenamento jurídico como uma nova categoria de dano indenizável⁹⁸.

A mesma lógica se aplica aos casos de erro de advogado, quando deixa de interpor um recurso no prazo assinalado em lei, por exemplo. O dano não é o que importe econômico total discutido na demanda perdida, mas a perda da chance de ver o caso julgado.

Utilizando-se dessa técnica, fica ao alcance – das partes e dos magistrados – observar o liame entre a causa (conduta ilícita) e o efeito (perda da chance). Tem-se,

⁹⁶ Nesse sentido: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; PETEFFI DA SILVA, Rafael, 2001 *apud* 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. 14.

⁹⁷ Nesse sentido: “[...] surge com grande impulsão a chamada responsabilidade pela perda uma chance, a qual possibilita o ressarcimento da vítima por uma perda real, mesmo que o nexo causal entre ato e dano seja de difícil comprovação”. In: ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. *op. cit.*, p. 182.

⁹⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 10.

assim, uma “nova dimensão para o nexos causal e o dano, porém, sem abandonar totalmente os conceitos considerados clássicos”⁹⁹.

Nesse rumo, entende-se que o dano, na perda da chance, não é certo, diversamente do que ocorre nos casos gerais de responsabilidade civil, conforme já citado no tópico 2.2.1.

De fato, se não fosse pela teoria da perda da chance, muitos julgados seriam injustos, no sentido de que mesmo que presente o elemento essencial da conduta ilícita, seria inviável a efetiva demonstração da existência do dano e do nexos de causalidade, ensejando a negativa indenizatória¹⁰⁰.

É por isso que alguns autores tratam da perda da chance como um “salvador da pátria”, na medida em que permite a responsabilização daquele que cometeu um ilícito e causou um dano, mesmo que seja mais difícil apurar o nexos de causalidade e o dano seja, de fato, incerto¹⁰¹.

Do mesmo modo, a ministra Nancy Andriguy, ao analisar um determinado caso de perda da chance em virtude da desídia de um advogado, consignou:

Em razão do vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual.

Todavia, sua obrigação não é de resultado, mas de meio. Por isso, ao aceitar a causa, o advogado obriga-se a conduzi-la com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo. Isto é, “recebendo a procuração, tem o dever de acompanhar o processo em todas as suas fases, observando os prazos e cumprido as imposições do patrocínio, como seja: falar nas oportunidades devidas, comparecer às audiências, apresentar as provas cabíveis, agir na defesa do cliente, e no cumprimento das legítimas instruções recebidas” (idem, p. 163). De

⁹⁹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *op. cit.*, p. 201. No mesmo sentido: GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁰ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *op. cit.*, p. 178.

¹⁰¹ Convém lembrar que o dano final (v.g., sobrevida) é incerto, mas a perda da chance é dano certo (v.g., oportunidade de sobrevida).

qualquer forma, “não pode o advogado responder pela perda da causa, uma vez que toda lide tem seu próprio destino (...)” (idem, p. 164).

Diante deste panorama, a doutrina tradicional sempre teve alguma dificuldade para implementar, em termos práticos, a responsabilidade do advogado. Com efeito, mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em um juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros fatores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano.

Para solucionar tal impasse, a jurisprudência, sobretudo de direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. A aludida teoria procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus.¹⁰²

E o nexo de causalidade, nesses casos, é mais, jurídico do que puro¹⁰³.

Grácia Cristina Moreira do Rosário conceitua a perda da chance:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar da definição dessas probabilidades.

Antônio Jeová Santos¹⁰⁴, por seu turno, discorre que:

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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. Recurso Especial n.º 1079185-MG. Adelar Batista de Aguiar e Antonio Abdala Junior. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 11 de novembro de 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

¹⁰³ LÓPEZ, Joaquín Ataz. Apud. KFOURI, Miguel. *Culpa médica... op. cit.*, p. 98.

[...] coloca-se a perda da chance como, considerada como a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito. A oportunidade que é frustrada não é o benefício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria, se não houvesse um corte no modo de viver da vítima.

E Luiz Medina Alcoz¹⁰⁵ afirma:

La pérdida de oportunidad o “chance” es una técnica a la que se acude en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual) de los particulares (y de la Administración) para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. A través de ella pretende evitarse la drástica solución a que conduce el modelo tradicional: el todo o nada.

Em resumo: há elementos e base teórica-jurisprudencial suficiente para aplicação da teoria da perda da chance no Brasil, desde que o dano seja encarado como a perda da chance em si¹⁰⁶.

Aliás, a possibilidade de aplicação da teoria da perda da chance no direito brasileiro já ficou conhecida e reconhecida nos tribunais, com destaque ao que ficou esclarecido no voto proferido por Fernando Antônio Prazeres, que bem resumiu o instituto:

Na “perda de uma chance” avalia-se não apenas o prejuízo direto e mediato causado à vítima, mas também a frustração da expectativa ocasionada pela privação da oportunidade da pessoa em obter um resultado útil, vantagem que não somente não se perfaz pela interrupção da relação de continuidade provável dos fatos.

¹⁰⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. ampl. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

¹⁰⁵ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁶ Existe uma discussão sobre a natureza jurídica da perda da chance, sendo que alguns autores sustentam que a perda da chance influencia a causalidade do dano e não o dano em si. Nesse sentido, especialmente os juristas franceses, e principalmente no que toca a responsabilidade civil decorrente de erro médico. O assunto pode ser aprofundado na leitura da obra de Rafael Peteffi da Silva, especialmente no capítulo 2.2. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, pp. 77-100.

Não se indeniza a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de se obter a vantagem, utilizando-se um critério de probabilidade.

Para a concessão da indenização com base na perda de uma chance, além da comprovação da perda da vítima da oportunidade de auferir o resultado almejado, a perda desta chance deve ser séria e real, pois simples esperanças subjetivas e danos meramente hipotéticos não são capazes de ensejar a responsabilidade civil com este fundamento.

Nossa jurisprudência já vem aplicando a teoria da perda de uma chance para a indenização de danos morais sofridos pela frustração da expectativa da vítima em obter a vantagem perseguida.¹⁰⁷

Outros tantos casos já foram analisados em nossos tribunais, dos quais cito aqui um ou outro de exemplo, a fim de delinear a dimensão que vem tomando esse instituto nos mais variados campos da responsabilidade civil.

Pois bem. Diversos são os julgados decorrentes de ilícitos praticados por médicos¹⁰⁸ e advogados¹⁰⁹, ocasionando perda da chance de cura ou de sobrevivência no primeiro caso, e perda da chance de recorrer ou ajuizar determinada demanda no segundo caso. Inúmeros são os exemplos nessas searas.

¹⁰⁷ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 675771-7. URBS e Wladimir Tibério. Relator: Juiz Fernando Antonio Prazeres. 17 de agosto de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

¹⁰⁸ No Tribunal de Justiça do Paraná a existência, ou não, de perda de chance na seara médica foi analisada nos seguintes casos, v.g.: i) TJPR, Acórdão 26411, 0746040-4, Apelação Cível, 8ª Câmara Cível, Denise Kruger, Pereira, j. 14/04/2011, p. 29/04/2011, unânime; ii) TJPR, Acórdão 23630, 0633810-9, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Albino Jacomel Guerios, j. 21/10/2010, p. 05/11/2010, unânime; iii) TJPR, Acórdão 20506, 0604589-4, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Luiz Lopes, j. 11/03/2010, p. 26/03/2010, unânime; iv) TJPR, Acórdão 20191, 0488087-1, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Jefferson Alberto Johnsson, j. 04/02/2010, p. 02/03/2010, unânime, decisão retificada na sessão do dia 11/02/2010; v) TJPR, Acórdão 33192, 0593737-1, Apelação Cível, 1ª Câmara Cível, rel. Dulce Maria Cecconi, j. 15/12/2009, p. 13/01/2010, unânime; vi) TJPR, Acórdão 40854, 0786475-9, Apelação Cível, 3ª Câmara Cível, rel. Rabello Filho, j. 23/08/2011; p. 02/09/2011; unânime.

¹⁰⁹ No Tribunal de Justiça do Paraná a existência, ou não, de perda de chance decorrente de culpa do advogado foi analisada nos seguintes casos, v.g.: i) TJPR, Acórdão 22148, 0457675-8, Apelação Cível, 8ª Câmara Cível, rel. José Sebastião Fagundes Cunha, j. 12/08/2010, p. 26/08/2010; ii) TJPR, Acórdão, 25677, 0614785-9, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Lilian Romero, j. 14/04/2011, p. 26/04/2011, unânime; iii) TJPR, Acórdão 26475, 0691573-1, Apelação Cível, rel. Renato Braga Bettega, j. 24/03/2011, p. 12/04/2011, unânime; iv) TJPR, Acórdão 23894, 0682562-9, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Luiz Lopes, j. 14/10/2010, p. 24/11/2010, unânime; v) TJPR, Acórdão 21212, 0626649-9, Apelação Cível, 8ª Câmara Cível, rel. João Domingos Kuster Puppi, j. 20/05/2010, p. 07/07/2010, unânime; vi) TJPR, Acórdão 20023, 0626389-8, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Domingos José Perfetto, j. 21/01/2010, p. 08/02/2010, unânime; vii) TJPR, Acórdão 19317, 0485880-0, Apelação Cível, Ap Cível, 9ª Câmara Cível, rel. Sérgio Luiz Patitucci, j. 19/11/2009, p. 07/01/2010, unânime; viii) TJPR, Acórdão 28060, 0781412-2, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, j. 11/08/2011, p. 30/08/2011, unânime; ix) TJPR, Acórdão 241, 0730411-6, Ação Rescisória, 10ª Câmara Cível em Composição Integral, rel. Nilson Mizuta, j. 04/08/2011, p. 25/08/2011.

Em adição, não são raros os casos levados ao Tribunal de Justiça do Paraná, a fim de discutir a perda da chance de participar de concurso público¹¹⁰, perda da oportunidade de exercer atividade remunerada em imóvel alugado¹¹¹, perda da chance de ascensão profissional em decorrência de extravio do material de pesquisa¹¹², ou porque o curso frequentado não estava devidamente registrado e reconhecido pelos órgãos competentes¹¹³, perda da chance de exploração econômica de imóvel em decorrência da falha do vendedor em apresentar os documentos necessários à sua transferência¹¹⁴ e, ainda, perda da chance de ingresso estágio remunerado por conta de inscrição indevida do candidato nos órgãos de proteção ao crédito¹¹⁵.

3.3.1. Críticas à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil

Como contraponto ao que dito acima, tenho o dever de registrar que há autores renomados, como Rui Stoco, que ainda não admitem a possibilidade de indenização pela perda de uma chance.

¹¹⁰ Tribunal de Justiça do Paraná: i) TJPR, Acórdão 37559 0772540-2 Apelação Cível Ap Cível 1ª Câmara Cível, rel. Fabio Andre Santos Muniz, j. 14/06/2011, p. 22/06/2011, unânime; ii) Acórdão 37697, 0729595-0, Apelação Cível, 2ª Câmara Cível, rel. Pericles Bellusci de Batista Pereira, j. 15/02/2011, p. 23/02/2011, por maioria; iii) TJPR, Acórdão 18606, 0554817-6, Apelação Cível, 9ª Câmara Cível, rel. Renato Braga Bettega, j. 08/10/2009, p. 01/12/2009, unânime.

¹¹¹ Tribunal de Justiça do Paraná: TJPR, Acórdão 18882, unânime, 0735439-4, Apelação Cível, 18ª Câmara Cível, rel. des. Roberto De Vicente, j. 15/06/2011, p. 06/07/2011.

¹¹² Tribunal de Justiça do Paraná: TJPR, Acórdão 37329, 0675771-7, Apelação Cível, 3ª Câmara Cível, rel. Fernando Antonio Prazeres, j. 17/08/2010, p. 31/08/2010, unânime.

¹¹³ Tribunal de Justiça do Paraná: i) TJPR, Acórdão 22072, 0615893-0, Apelação Cível, 10ª Câmara Cível, rel. Vitor Roberto Silva, j. 01/07/2010, p. 16/07/2010, unânime; ii) TJPR, Acórdão 22438, 0653543-9, Apelação Cível, 9ª Câmara Cível, rel. des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. 17/06/2010, p. 01/07/2010.

¹¹⁴ Tribunal de Justiça do Paraná: TJPR, Acórdão 26531, 0581197-6, Apelação Cível, 6ª Câmara Cível, rel. Prestes Mattar, j. 19/01/2010, p. 09/02/2010, unânime.

¹¹⁵ Tribunal de Justiça do Paraná: TJPR, Acórdão 18383, 0538964-0, Apelação Cível, 8ª Câmara Cível, rel. José Sebastião Fagundes Cunha, j. 03/12/2009, p. 20/01/2010, unânime.

Em seu Tratado de Responsabilidade Civil, aquele autor, ao discorrer sobre a responsabilidade do advogado, faz uma crítica à tese defendida por Sérgio Novais Dias no sentido de que a perda de uma chance é uma forma peculiar de dano¹¹⁶.

O autor deixa claro que discorda daquela tese, pois “[...] incide nos impedimentos e ofende os princípios”¹¹⁷ apontados em seu estudo referente à responsabilidade civil.

Para Stoco, admitir a reparação pela perda de uma chance de êxito em uma demanda judicial é o mesmo que reconhecer um dano não comprovado, incerto. O dano, para ele, é demasiado hipotético, de modo que não pode gerar o dever de indenizar.

Além disso, ele critica a tese ao passo que, em suma, leva a responsabilização do advogado por uma atividade de meio, e não final, o que revela uma contradição¹¹⁸.

Também na seara da responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica¹¹⁹, a responsabilização civil pela perda de uma chance recebe críticas, a

¹¹⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 512.

¹¹⁷ STOCO, Rui. *op. cit.* p. 512.

¹¹⁸ Rui Stoco assevera ser inaceitável a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nos casos de falha na prestação do serviço do advogado, como a perda de um prazo recursal, ao argumento de que: “[...] admitir a possibilidade de o cliente obter uma reparação por perda de uma chance é o mesmo que aceitar ou presumir que essa chance de ver a ação julgada conduzirá, obrigatoriamente, a uma decisão a ele favorável. Será também admitir a existência de um dano não comprovado e que não se sabe se ocorreria. Ademais de se caracterizar uma verdadeira futurologia empírica, mais grave ainda é admitir que alguém pode ser responsabilizado por um resultado que não ocorreu e, portanto, por um dano hipotético e, em *ultima ratio*, não verificado ou demonstrado e sem concreção. Por fim, a maior heresia será admitir que o profissional, em uma obrigação de meios, seja responsabilizado pelo resultado. Seria, *data venia*, a *summa contradictio*.” In: STOCO, Rui. *op. cit.* p. 512.

¹¹⁹ A responsabilidade civil pela perda de uma chance na seara médica é justamente a mais admitida e pioneira nesse tipo de responsabilidade, que, aliás, inicialmente era chamada apenas de *perda de chance de survie ou de guérison* (perda de uma chance de sobrevivência ou de cura). In: KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 96-97.

exemplo das que são manifestadas por Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza¹²⁰.

Segundo esses autores, não se pode falar em um “nexo causal virtual” e, assim, responsabilizar um médico pela perda de uma chance agride a ética bem como os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Não lhes é lógico que um médico seja responsabilizado por “[...] questões que não estão, de forma alguma, sob o seu controle, em razão da limitação da própria Ciência”¹²¹.

Desse modo, os autores entendem são “nuviosos e contraditórios”¹²² os fundamentos teóricos da perda de uma chance, de modo que não tem aplicação aqui no Brasil, cuja realidade é bem diferente da francesa¹²³.

E Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa, em que pese ser uma defensora da responsabilidade civil pela perda da chance, reconhece que as críticas existem, e que elas residem, em geral, no abuso de sua aplicação.

Nesse passo, deve haver um cuidado dos aplicadores do direito quanto à invocação dessa teoria. Mais ainda dos magistrados, a fim de evitar que sejam

¹²⁰ COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *Instituições do direito médico: responsabilidade civil à luz do Código Civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, pp. 77-98.

¹²¹ COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *op. cit.* p. 78.

¹²² COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *op. cit.* p. 86.

¹²³ A propósito: “[...] admitir uma responsabilidade civil baseada em ‘culpas deontológicas’, como quer Yvonne Lamert-Faivre, que prega que a relação de causalidade se constitui em operação intelectual, apoiada em indícios e presunções, é, sem sombra de dúvida, imputar a responsabilidade independentemente dela existir, de fato, o que é abominável. Porém, não podemos nos imiscuir na doutrina Francesa, a qual tem suas próprias conjecturas, mas a recíproca é verdadeira”. Mais adiante, concluem: “[...] temos que a proposta de reconhecer validade a perte d’uma chance de survie ou guérison, para a França, Espanha ou Alemanha e augurarmos votos de que atinjam seus desideratos. Porém, França é França e Brasil é Brasil. Comparar o quê? Em área de saúde eles estão em primeiro lugar no mundo. Vivem tempos éticos continentais e não tem o fenômeno da migração dos temas civis para a Constituição, como vivemos aqui. O Brasil segue seu próprio caminho no rumo ético que os tempos atuais impõem, mas de forma única, verde, amarela, azul e branca. Este processo pode ser comparado apenas para estudos, mas, quanto à sua aplicação, não a menor chance.” In: COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *op. cit.* pp. 89 e 97.

determinadas indenizações sem justificativa alguma, sob o argumento de aplicação da perda da chance.

Aliás, é por isso, para evitar ditos abusos a doutrina criou restrições, *gardefous*, *floodgates* ou filtros para aplicação da teoria da perda da chance¹²⁴.

3.4. NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DA CHANCE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, é necessário esclarecer que para o deslinde desse capítulo, tem-se como premissa que a perda da chance configura-se com um tipo de dano, firme na posição de Rafael Peteffi da Silva^{125, 126}.

Estabelecida a premissa, é importante destacar que a definição da natureza jurídica da perda da chance gravita em torno dos diversos tipos de danos que conhecemos, ou repousa sobre um dano autônomo, novo, portanto.

Aliás, como boa novidade jurídica que é, parece razoável que dê azo as mais diversas teorias sobre sua natureza jurídica, como lembra Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum¹²⁷.

¹²⁴ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 80. O assunto pode ser aprofundado em: MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 46.

¹²⁵ É o que se extrai de sua obra, dentre outros aspectos, porque: “[...] nova categoria de dano indenizável: as chances perdidas” e “[...] as chances perdidas devem ser isoladas como um prejuízo independente.” In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, pp. 10 e 105.

¹²⁶ É bem verdade que Rafael Peteffi da Silva afirma que a doutrina divide a perda da chance em duas categorias. A primeira é tida como dano específico, objeto desse estudo; e a segunda como recurso à causalidade formal, que não será objeto desse estudo. Para aprofundamento do tema, no que toca à segunda categoria: PETEFFI DA SILVA, Rafael, *op. cit.*, pp. 103-104 e 124-125.

¹²⁷ SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável (pode uma pergunta mal formulado valer 1 milhão?). In: Revista da EMERJ, v.12., n. 48, 2009, pp. 87-101, p. 95.

Há autores que defendem que a perda da chance se enquadra como espécie de lucros cessantes, danos emergentes, dano moral, ou ainda, hipótese intermediária entre danos emergentes e lucros cessantes, numa nova categoria autônoma¹²⁸.

Ademais, há aqueles que oscilam entre uma categoria e outra, a depender do caso concreto, do bem jurídico afetado, a saber Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa, que chega a tratar da perda da chance como espécie de dano material, de lucro cessante e até mesmo dano moral¹²⁹.

Além disso, não há olvido aos que estabelecem outros tipos de classificação da perda da chance, como Fernando de Noronha¹³⁰, de quem não destoa Miguel Kfoury Neto, quando afirma que “tanto a chance perdida de obter um ganho quanto a de evitar uma perda tornam-se ressarcíveis”¹³¹.

Por ora, cumpre esclarecer que existe esta discussão, e que, de todo modo, importante é perceber que “desde os clássicos até os autores contemporâneos, a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização”¹³², independentemente, portanto, do sua natureza jurídica.

¹²⁸ Conforme será visto nos próximos tópicos.

¹²⁹ “[...] poder-se-á colocar a questão de saber se é um dano de natureza patrimonial ou extra-patrimonial. Penso que o dano de perda de chance pode assumir as duas vertentes, consoante o tipo de situações em causa. Assim, por exemplo, se um escritor é impedido ilicitamente de integrar um concurso donde as obras literárias de vários autores serão consideradas, com vista à entrega de uma distinção honorífica e de um prémio monetário, a perda de chance de ganhar esse concurso traduz-se num dano patrimonial (relativo à perda da oportunidade de auferir o prémio monetário) e também num dano não patrimonial (relativo à perda da oportunidade de receber a menção honorífica). Outro aspecto que releva do que se tem vindo a dizer sobre o dano de perda de chance é que o mesmo é claramente um dano subsidiário: apenas se recorre a ele quando seja impossível atribuir ao agente a reparação do dano final (a não obtenção da vantagem pretendida ou o não evitamento de um resultado desfavorável). Assim, a perda de capacidade de ganho em resultado de uma incapacidade para o trabalho causada pelo agente não é um dano de perda de oportunidade, mas um dano final na vertente lucro cessante (perda segura da capacidade de ganho e, conseqüentemente, perda segura de ganhos futuros).” In: COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 79.

¹³⁰ Fernando Noronha divide a perda da chance nas seguintes categorias: i) frustração de obter uma vantagem esperada, futura; ii) frustração da chance de evitar um prejuízo. In: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1, 2.ed., rev. atual. São Paulo: 2007, pp. 669-692.

¹³¹ KFOURY NETO, Miguel. *Culpa médica... op. cit.*, p. 111.

¹³² SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 46.

De todo modo, o presente capítulo visa traçar um panorama desse instituto, demonstrando inclusive a confusão gerada nos tribunais, relativamente ao *locus* da perda da chance.

3.4.1. Lucro cessante

Grande parte da doutrina enquadra a perda da chance como lucro cessante, que é, na definição de João Casillo, “o que a pessoa vitimada deixará de ganhar, no futuro, como consequência do ilícito”¹³³, *em decorrência* do dano sofrido diretamente pela conduta ilícita.

Assim, o lucro cessante é aquilo que a pessoa deixa *razoavelmente* de lucrar, privação de um ganho¹³⁴, cuja prova é sempre incerta¹³⁵, mas que deve ser previsível na data do evento danoso e deve resultar direta e imediatamente dele.

Washington de Barros Monteiro, acresce que os lucros cessantes devem ser ao menos plausíveis ou verossímeis¹³⁶.

Desse modo, considerando o lucro cessante, José Aguiar Dias¹³⁷, Carvalho Santos¹³⁸ e Sérgio Novais Dias¹³⁹ defendem que a perda da chance enquadra-se nesse instituto, ao que comenta criticamente, quanto a esse último, Sérgio Savi¹⁴⁰:

¹³³ CASILLO, João. *op. cit.*, p. 71.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código... op. cit.*, p. 293.

¹³⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*, v. 2., 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 288.

¹³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte, vol. 4. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 334.

¹³⁷ DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 296.

¹³⁸ SANTOS, J. M. Carvalho. *apud* SAVI, Sérgio. *op. cit.*, pp. 39-40.

¹³⁹ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado: perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

¹⁴⁰ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 43. No mesmo sentido: BRITO, Roberta Veras de. A responsabilidade civil por perda de uma chance. In: *Revista da ESMape*, vol. 12, n. 26, jul-dez 2007, pp. 269-296, p. 277.

[...] talvez por ter sido o primeiro no Brasil a enfrentar a responsabilidade civil por perda de uma chance mais profundamente e por não ter recorrido aos doutrinadores franceses e italianos que cuidaram do tema, acaba por não reconhecer o valor da chance em si considerada e a tratá-la como se fosse uma espécie de lucro cessante.

Para Sérgio Savi, a perda da chance não pode ser enquadrada como lucro cessante na medida em que os dois conceitos divergem no tocante à natureza dos interesses violados: enquanto a perda da chance decorre da violação de um *mero interesse de fato*, o lucro cessante origina-se da lesão de um *direito subjetivo*¹⁴¹. Conclui, desse modo, que “a perda da chance jamais poderá ser indenizada como lucro cessante”¹⁴².

De todo modo, no tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é possível identificar julgados em que a perda da chance nitidamente é tida como espécie de lucro cessante, como na Apelação Cível n.º 0735439-4 daquela Corte, relatada por Roberto De Vicente:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C RESCISÃO CONTRATUAL E PERDAS E DANOS JULGADA IMPROCEDENTE, E PROCEDENTES OS PEDIDOS CONTRAPOSTOS - CARATER DUPLICE DAS POSSESSÓRIAS - PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA REJEITADA - OCORRÊNCIA DE ATENTADO POR PARTE DO AUTOR, QUE INVIABILIZOU A PRODUÇÃO DA PROVA TÉCNICA DEFERIDA - ALEGAÇÃO DE SER A SENTENÇA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS DESCABIDA - DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA, COM ANÁLISE PROFUNDA DA QUESTÃO - INCONTROVERSO QUE O IMÓVEL FOI ENTREGUE EM LOCAÇÃO PELO AUTOR Á RÉ - ALAGAMENTO DO IMÓVEL QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR - DEVER DO AUTOR DE INDENIZAR A LOCATÁRIA PELOS DANOS MATERIAIS SOFRIDOS INQUESTIONÁVEL, DADA A ILICITUDE DOS ATOS DO AUTOR - CORRETA A CONDENAÇÃO AOS LUCROS CESSANTES (PERDA DE UMA CHANCE).

¹⁴¹ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 15.

¹⁴² SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 18.

RECURSO DESPROVIDO.¹⁴³

Assim também o relator Vitor Roberto Silva considerou a perda da chance como espécie do gênero lucro cessante:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OFERECIMENTO DE CURSO TÉCNICO. CONCLUSÃO. RECONHECIMENTO OFICIAL NÃO IMEDIATO. TEMPO CONSIDERÁVEL. SERVIÇO DEFEITUOSO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS EMERGENTES. AUSÊNCIA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Caracteriza defeito do serviço a impossibilidade de registro profissional de curso técnico tão logo concluído. Ainda que não ocorresse dessa forma, a instituição tem responsabilidade por não advertir os cursistas da pendência de reconhecimento oficial do curso.

Dano moral presumido e decorrente do abalo sofrido pela impossibilidade do imediato exercício da profissão.

Lucros cessantes fixados com base na teoria da perda de uma chance, dada à impossibilidade de comprovar a efetiva contratação e manutenção do emprego.

*Danos emergentes inexistentes, por força do posterior reconhecimento oficial do curso.*¹⁴⁴

É bem verdade que ao considerar a perda da chance como espécie de lucro cessante, torna-se mais difícil de apurar o *quantum* indenizatório, como bem já ressaltou Sérgio Savi¹⁴⁵. É que como se disse, ainda não há certeza do dano, requisito indispensável.

Desse modo, parece ser prudente inserir a perda da chance nas outras espécies de dano, ou, por fim, numa espécie autônoma, o que será analisado.

¹⁴³ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 735439-4. Irmãos Muffato e Cia. Ltda. e Flávia Ribas Ferreira. Relator: Desembargador Roberto De Vicente. 15 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 ago 2011 – destaques originais.

¹⁴⁴ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 615893-0. Inês Chavarem e Sociedade Educacional Herrero. Relator: Juiz Vitor Roberto Silva. 1º de julho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 16 jun 2011 – destaques originais.

¹⁴⁵ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 41.

3.4.2. Dano emergente

Em linhas gerais, o dano emergente, ou *positivo*¹⁴⁶, é dano experimentado é uma quantia determinada, uma perda evidente, resultante de uma conduta ilícito¹⁴⁷.

Sergio Savi afirma categoricamente que “a perda da chance é normalmente um dano presente, tendo em vista que a chance, quase sempre é perdida no mesmo momento em que se verificar o fato danoso”¹⁴⁸.

Partindo desse raciocínio, conclui aquele autor:

[...] o mais importante para solucionar os entraves para à indenização da perda da chance é considerar esta como um dano emergente e não como lucro cessante, como vinha sendo feito pela doutrina e pela jurisprudência¹⁴⁹.

Nesse mesmo sentido, Miguel Kfoury Neto, narra uma lixe insinuando que a perda da chance esta inserida no conceito de dano material.

Na espécie, a autora da demanda viu-se impedida de participar de uma seleção de emprego por conta de um diagnóstico médico equivocado, atestando sua inaptidão ao almejado cargo. A autora reclamou danos morais e materiais, “estes decorrentes da perda de uma chance de obter uma remuneração maior”¹⁵⁰.

O entendimento de Rosamaria Novaes Freire Lopes¹⁵¹ também vem no sentido que a perda da chance é modalidade de dano emergente:

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código...* *op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, p. 287.

¹⁴⁸ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁹ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 19. O autor segue a mesma linha de De Cupis, que inseriu a perda da chance no conceito de dano emergente. In: SAVI, Sérgio. *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...* *op. cit.*, p. 106

¹⁵¹ LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 9 set 2011.

Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.

[...]

Imperioso salientar que a perda de uma chance não é considerada como lucros cessantes, e sim, dano emergente. Isso significa que trata de um efeito danoso, direto e imediato, de um ato ilícito, e, portanto, é uma consequência primária de tal ato, ensejando reparação, nos termos do artigo 186 do Novo Diploma Civil.

Assim também entende Glenda Gonçalves Gondim, sob a justificativa de que no momento da conduta ilícita a oportunidade já existe, portanto é atual¹⁵².

Por outro lado, pela definição tradicional de Washington de Barros Monteiro, a perda da chance não parece estar incluída nesse conceito, não obstante o evidente prejuízo material que pode originar. Com efeito, o autor preceitua: “Dano emergente é o *déficit* no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (*quantum mihi abfuit*)”¹⁵³.

Do mesmo modo, pode-se concluir ao analisar o conceito de dano emergente elaborado por João Casillo, quando determina que “o dano emergente é aquele que surge, direta e imediatamente; o que aparece, desde logo, identificável através de valores objetivos”¹⁵⁴.

É que, como se viu, o dano (perda da chance), na maioria dos casos não tem como ser identificado por meio de valores objetivos. Quando pautado em cálculos objetivos, quando muito, esses cálculos são realizados por meio de estatísticas, de probabilidades, de julgamentos dentro do julgamento. Assim, tratar a perda da chance como dano emergente não parece ser a mais acertada das decisões.

¹⁵² GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação...* op. cit., p. 128.

¹⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., p. 334.

¹⁵⁴ CASILLO, João. op. cit., p. 71.

Nesse contexto, Vitor Roberto Silva, apesar de incluir a perda da chance do conceito de lucro cessante, bem afastou a perda da chance do enquadramento de danos emergentes, na Apelação Cível n.º 615893-0, já referida¹⁵⁵.

Aliás, não é comum a perda da chance ser inserida como dano emergente em seu sentido tradicional, ao passo que a jurisprudência acaba por inseri-lo mais em lucros cessantes ou como agregadores do valor do dano moral, como será visto.

3.4.3. Dano moral

Como já adiantado, não é incomum verificar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a perda da chance é colocada como espécie de dano moral, ou como elemento agregador do dano moral, com a finalidade de majorá-lo.

Não a toa Sergio Savi dedica um tópico de sua obra justamente para cuidar desse tema¹⁵⁶, inaugurando a seção com a afirmação de que existem inúmeros precedentes entendendo que a perda da chance somente deve ser considerada para fins de majorar o dano moral, agregando-o¹⁵⁷.

Na mesma linha de Savi, Roberta Veras de Lima Brito também cuidou do assunto, apontando diversos julgados em que a perda da chance foi considerada como espécie agregadora do dano moral¹⁵⁸.

¹⁵⁵ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 615893-0. Inês Chavarem e Sociedade Educacional Herrero. Relator: Juiz Vitor Roberto Silva. 1º de julho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 16 jun 2011. Vide ementa no subtópico 3.4.1.

¹⁵⁶ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, pp. 50-60.

¹⁵⁷ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, pp. 50.

¹⁵⁸ Exemplificativamente: Embargos Infringentes nº 598164077, TJRS; Apelação cível nº 2003.001.19138, TJRJ. In: BRITO, Roberta Veras de. A responsabilidade civil por perda de uma chance. In: *Revista da ESMAPE*, vol. 12, n. 26, jul-dez 2007, pp. 269-296.

E Grácia Cristina Moreira do Rosário, contrapondo-se a Sérgio Novais Dias, chega a afirmar¹⁵⁹:

[...] em sede de chance de cura, o dano que se exsurge é o de natureza moral, não obstante entendimentos divergentes, entendendo a presença do dano emergente – em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada – e do lucro cessante, apesar da impossibilidade de quantificar o dano material, ou de estabelecer a probabilidade de sua ocorrência.

Do mesmo modo, Antônio Jeová Santos, defensor do dano moral indenizável, insere a perda da chance em seu conceito, pois a seu ver a perda da chance ou da oportunidade gera uma *frustração* quanto à obtenção de um benefício¹⁶⁰.

Talvez com base nessas premissas que não são raros os casos em que a perda da chance é classificada como dano moral no nosso ordenamento, inclusive no Tribunal de Justiça do Paraná, como, por exemplo:

REPARAÇÃO DE DANOS - SISTEMA DE EMERGÊNCIAS MÉDICAS - ECCO SALVA - CONTRATO QUE PREVIA ATENDIMENTO AO USUÁRIO - MORTE DA PACIENTE - DEMANDA MOVIDA PELO VIÚVO - MÉDICOS PREPOSTOS QUE REALIZARAM ATENDIMENTO CARENTE DE TODAS AS CAUTELAS - DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO - SERVIÇO DEFICIENTEMENTE PRESTADO - ATENDIMENTO DEFICIENTE DE TODAS AS CAUTELAS - NEXO CAUSAL VINCULADO À PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA- READEQUAÇÃO DO QUANTUM PARA R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS) - RAZOABILIDADE DIANTE DAS CARACTERÍSTICAS DO CASO CONCRETO EM QUE SE ADOTA A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - DANOS MATERIAS - RESSARCIMENTO DAS DESPESAS DE FUNERAL - RECIBOS DE PAGAMENTO- PROVA SUFICIENTE - JUROS DE MORA E CORREÇÃO DO DANO MORAL SÃO DEVIDOS A PARTIR DO ARBITRAMENTO INICIAL OU SEJA DA DATA DA SENTENÇA. SÚMULA 362 DO STJ - HONORÁRIOS FIXADOS DE FORMA ESCORREITA, TENDO EM VISTA QUE A POSTULAÇÃO, NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO POR DANO

¹⁵⁹ ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. *op. cit.*, p. 62.

¹⁶⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *op. cit.*, p. 106.

**MORAL, SE FAZ EM CARÁTER MERAMENTE ESTIMATIVO, NÃO PODENDO SER TOMADA COMO PEDIDO CERTO.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

A teoria da perda da chance de cura ou sobrevivência da vítima preceitua que a culpa está configurada no fato de não se ter dado chance ao paciente. Segundo Fernanda SCHAEFER "a **responsabilidade independe da comprovação do nexo de causalidade entre a culpa e os danos, pois, à luz da teoria da perda de uma chance, a culpa decorre do fato de não se ter dado chance (de cura, recuperação ou sobrevivência) ao paciente**"

Nas indenizações por dano moral o termo a quo para a incidência da atualização monetária é a data de seu arbitramento, ou seja, da sentença, na medida em que o magistrado leva em consideração, para efeitos de sua fixação, a expressão atual do valor da moeda.¹⁶¹

Daquele voto, pode-se verificar que nitidamente a reparação por dano moral teve como fundamento a perda da chance de sobrevivência:

A reparação se deu em virtude da chance (de cura, recuperação ou sobrevivência) que foi perdida, mas cuja concretização restou frustrada, ou seja, a vantagem perdida resultou em prejuízo. Oportuno transcrever trecho da sentença vergastada (fls.335/336):

“Conquanto não se possa responsabilizar diretamente a requerida pela morte da vítima, não há como se negar que o atendimento foi carente de todas as cautelas, tendo em vista a não realização da análise dos pulsos periféricos da Sra. Janaína nos primeiros momentos. Que, como afirmado anteriormente no laudo pericial, seria determinante para aferir a gravidade do seu quadro clínico. **O que será indenizado é a perda da chance de cura ou de sobrevivência, visto que isso estava ao alcance dos prepostos da requerida, a qual não provou, apenas alegou ter se utilizado de todos os procedimentos adequados para que não ocorresse o evento morte.**” (g.n) [...]

Conforme bem asseverou o magistrado *a quo* (às fls.335) “**embora não se possa precisar se houve nexo causal entre a demora no atendimento e o evento morte, sem dúvida, houve perda da chance de cura ou sobrevivência da vítima**”.

E ainda, mesmo nos casos de perda da chance decorrente de negligência do advogado, já ficou decidido que essa falta gera dano moral:

¹⁶¹ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 488087-1. Salva Serviços Médicos de Emergência S.C. Ltda. e Espólio de Janaína de Fátima Ferreira Alves. Relator: Jefferson Alberto Johnsson. 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011 – destaques originais.

AGRAVO RETIDO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO À SUA APECIAÇÃO - EXEGESE DO ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO NÃO CONHECIDO.

APELAÇÃO CÍVEL (1) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PELO CANCELAMENTO DE DEMANDA - CULPA CARACTERIZADA - DANOS MATERIAIS NÃO CONFIGURADOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR - DANO MORAL - MAJORAÇÃO - INVIABILIDADE - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO - APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL (2) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - AJUIZAMENTO DA AÇÃO DENTRO DO LAPSO TEMPORAL DE TRÊS ANOS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 206, § 3º, INCISO V - EXTIRPAÇÃO DOS DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO - CULPA CARACTERIZADA - DANOS MORAIS DEVIDOS PELA PERDA DE UMA CHANCE - SENTENÇA ESCORREITA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.¹⁶²

E Fábio André Santos Muniz, debruçando-se sobre um caso relacionado à perda da chance em decorrência de equivocada inscrição do contribuinte em dívida ativa, admitindo a controvérsia sobre sua natureza jurídica concluiu que como, na espécie, não se atingiu às relações econômicas da vítima, é moral o caráter da chance perdida¹⁶³.

¹⁶² PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 626389-8. Domingos Alcides Vanzan e Demétrio Berehulka. Relator: Desembargador Domingos José Perfetto. 21 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011 – destaques originais. No mesmo sentido, de que a desídia do advogado gerou dano moral ao cliente, já foi proferida decisão no Superior Tribunal de Justiça. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.013.024-RS. Decisão monocrática. João Gilberto Vaz Rodrigues e Paulo Rogério Lemes Macedo. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

¹⁶³ “Há forte controvérsia acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, se dano moral, material ou uma terceira categoria. Entendo que o caráter é muito mais moral do que material, porque não atinge exatamente às relações economicamente apreciáveis da vítima.” In: PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 772540-2. Léusio José da Silva e Município de Curitiba. Relator: Juiz Fabio Andre Santos Muniz. 14 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 2 jul 2011.

3.4.4. Modalidade autônoma de dano

Inobstante a perda da chance ser enquadrada – seja na doutrina, seja na jurisprudência – como espécie de algum dos conhecidos tipos de dano (lucro cessante, dano emergente e dano moral), conforme acima visto, vem ganhando força a ideia de que a frustração pela perda de uma oportunidade, por si só, é um tipo de dano, autônomo e diverso dos demais¹⁶⁴.

Silvio de Salvo Venosa, trilhando por esse caminho, já dizia que a perda da chance é um dano autônomo, localizado entre o dano emergente e o lucro cessante¹⁶⁵.

Em harmonia com esse entendimento, o Ministro Luis Felipe Salomão, já consignou:

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.¹⁶⁶

¹⁶⁴ O que me parece ser a ideia mais correta, com a devida *venia* daqueles que entendem de modo diverso.

¹⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 34 e 86.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJÚZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 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

Interessante notar, da leitura desse voto, é tão firme o ministro no sentido de que a perda da chance constitui modalidade autônoma de dano, que entendeu ser *extra petita* a sentença que determinou o pagamento de indenização a título de perda da chance, na medida em que o autor havia postulado simplesmente pela reparação por dano material e moral.

A ideia de autonomia da perda da chance, como nova espécie de dano, ainda é defendida por Rafael Peteffi da Silva¹⁶⁷, e por Cristiano Chaves de Farias¹⁶⁸.

De outro vértice, o posicionamento que vem se firmando repousa no sentido de que a perda da chance é uma forma de dano inserida entre a modalidade de lucros cessantes e de danos hipotéticos, conforme admite Sérgio Savi¹⁶⁹.

Com efeito, a jurisprudência parece estar seguindo essa mesma linha. É o que se depreende dos julgados que analisam com mais rigor esse instituto, discorrendo e *doutrinando* sobre o tema.

A exemplo do que exponho, o voto proferido pelo desembargador Prestes Mattar, proferido em 19 de janeiro de 2010, relativamente à perda da chance de exploração econômica de imóvel. Na ocasião, a indenização pela perda da chance ficou assim fundamentada:

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. Recurso especial n.º 1190180-RS. Manoel Erwin Menche e Onofre Dal Piva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁶⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 233.

¹⁶⁸ “Trata-se de uma modalidade de autônoma e específica de dano, caracterizada pela indenizabilidade decorrente da subtração da oportunidade futura, de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: *Revista Forense*. v.1, nov-dez 2009, vol. 406, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 87-102, p. 90.

¹⁶⁹ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, pp. 35-46.

[...]

Nem se diga que os arrematantes receberam o imóvel no estado em que se encontrava, posto que fora exatamente a situação de fato encontrada, de abandono da servidão de fato, que lhes impossibilitou o acesso comercial até a área adquirida.

Entretanto, em que pese a impossibilidade de acesso até a área adquirida, e a real possibilidade de terem os adquirentes suportado prejuízo em decorrência da impossibilidade de exploração comercial do imóvel, tem-se que o que de fato há é uma séria possibilidade de prejuízo, mas não um real prejuízo, isso porque não se sabe se realmente iriam os arrematantes empreender na área o cultivo e, se o fizessem, nada pode provar que tal cultivo seria o apontado nos autos, tampouco se podendo afirmar que o resultado seria o previsto.

Trata-se, pois, não de prejuízo real indenizável o pretendido pelos apelantes, mas de perda da chance de utilização do imóvel comercialmente, segundo um planejamento que poderiam ter implementado no local.

Apesar de séria a possibilidade de implementação do negócio, o prejuízo, pelos motivos já elencados, não pode ser tido como certo.

A perda da chance, no entanto, não pode ser tida como um fato de menor importância. Todavia, a reparação em tais casos não pode ser pela totalidade, posto que sobre o futuro não há certeza absoluta. Não se pode afirmar que de fato teriam os apelantes implementado o negócio e que este negócio renderia um valor exato, mas, se pode afirmar que por ato do apelado perderam os apelantes a chance que tinham de fazê-lo e é essa, a perda da chance, que se repara.

[...] ¹⁷⁰

Enfim, esse parece ser o caminho dos magistrados brasileiros quando diante da perda de uma oportunidade.

¹⁷⁰ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 581197-6. APELAÇÃO CÍVEL - IMÓVEL ARREMATADO EM LICITAÇÃO - PREVISÃO NO EDITAL DE PROVIDÊNCIAS PARA ESCRITURAÇÃO AO ENCARGO DOS ARREMATANTES - DOCUMENTO DE OBTENÇÃO EXCLUSIVA PELO PROPRIETÁRIO - CONDIÇÃO IMPOSSÍVEL AOS ARREMATANTES - OBRIGAÇÃO DO PROPRIETÁRIO - DEMORA NA ESCRITURAÇÃO ATRIBUÍVEL AO BANCO PROPRIETÁRIO - MULTA (ASTREINTE) INCIDENTE QUE NÃO ENCONTRA LIMITE NO ART. 412 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE - RECURSO PROVIDO. SERVIDÃO NÃO CONSTANTE DA MATRÍCULA DO IMÓVEL - FATO NÃO CONSTANTE DO EDITAL - OFENSA À BOA FÉ - ACESSO AO IMÓVEL OBTIDO DEPOIS DE TRANSITADA EM JULGADO A AÇÃO PROPOSTA PELOS ARREMATANTES EM FACE DO PROPRIETÁRIO SERVIENTE - PERDAS E DANOS DEVIDAS PELA PERDA DA CHANCE DE EXPLORAÇÃO ECONOMICA DA ÁREA ADQUIRIDA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Haroldo Rodrigues Ferreira Fortunato Machado Filho, José Carlos Costa, Rodolfo Cesar de Oliva e Banco Banestado S.A. Relator: Desembargador Prestes Matar. 19 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

3.5. POSSIBILIDADE X PROBALIDADE: CHANCE SÉRIA E REAL

Para que alguém seja responsabilizado por causar a perda de uma chance, é necessário que a chance perdida não seja meramente hipotética, pouco provável, especulativa¹⁷¹, ou, ainda, uma mera esperança pessoal¹⁷². Não.

A oportunidade deve ser séria e real, demonstrada a realidade do prejuízo final¹⁷³, no que concordam *unanimemente* aqueles que defendem a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance.

Nessa seara, a ministra Nancy Andrigui já se manifestou em voto que proferiu em sede de recurso especial, nesse mesmo sentido:

[...]

Não me escapa o fato de que a doutrina tradicional vem sendo testada. Com efeito, a complexa realidade fática confronta as regras consolidadas acerca da responsabilidade civil. Apenas para que mantenha em exemplo próximo à situação dos autos, vale destacar que o valor de mercado das ações se sujeita a peculiar volatilidade, podendo representar lucros em um certo período, mas perdas em outro. Assim, a diferença entre o lucro e o prejuízo reside no imponderável, ou seja, em saber qual o momento um certo agente de mercado teria vendido suas ações. Diante de tais circunstâncias, a doutrina recentemente vem tentando superar essa espécie de dificuldade com um estudo mais aprofundado da perda da oportunidade (ou perda da chance), instituto que no direito comparado vem sendo amplamente utilizado. A jurisprudência, por sua vez, também não deixa escapar os anseios da modernidade. Nesse sentido, anoto que a Quarta Turma já chegou a admitir a aplicação da aludida teoria em hipótese em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (REsp 788.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ 13.03.2006).

Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e

¹⁷¹ SOUZA, Rafael Luiz Lemos de. *op. cit.*, p. 25.

¹⁷² “A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter da certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, [...] a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva”. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 138.

¹⁷³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade... op. cit.*, p. 67.

um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas. [...]¹⁷⁴

Portanto, somente a chance séria e real entra do domínio do dano ressarcível¹⁷⁵.

Antonio Jeová Santos lembra que mera presunção não pode agregar valor ao dano moral, na medida em que chance deve ser séria e provável¹⁷⁶. Citando Zavala, ele ressalta que o sonho não é chance séria, mas simplesmente *ens imaginations*¹⁷⁷.

Sobre o tema também discorreu Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa¹⁷⁸:

Ao invés, só se enquadram na noção de chance as possibilidades relevantes e consistentes de obter um resultado útil, e de que gozava concretamente o lesado. A chance, para ser ressarcível, tem que estar suficientemente fundada e caracterizada, expressando um grau não insignificante de probabilidade de que o lesado teria obtido a vantagem esperada, não fora o facto do agente. A perda de chance assume assim uma natureza dúplice no que à certeza respeita: exige-se a certeza da existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem; mas está-se perante a incerteza de que tal vantagem/evitamento de desvantagem teriam sido alcançados caso o facto do agente não tivesse ocorrido.

A 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Paraná também já teve oportunidade de discutir a matéria. Na espécie, foi afastada a indenização pela perda da chance ao argumento expresso de que não ficou demonstrada como chance *séria e*

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA. - Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano "efetivo" como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível. - A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero. - Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido. Recurso Especial n.º 965758-RS. Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE e FLPM Participações S.A. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 19 de agosto de 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

¹⁷⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...* op. cit., pp. 98 e 111.

¹⁷⁶ No mesmo sentido, utilizando o termo *provável*: ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. op. cit., pp. 53, 58 e 60.

¹⁷⁷ ZAVALA *apud* SANTOS, Antônio Jeová, op. cit., pp. 106-107.

¹⁷⁸ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. op. cit., p. 71.

real a mera possibilidade de ascensão da carreira, não fosse o ilícito que culminou com a obstrução de conseguir o diploma:

[...] RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CURSO DE ENSINO LIVRE - PARTICULARIDADES QUE LEVARAM OS CONTRATANTES A CRER QUE SE TRATABA DE CURSO SUPERIOR - NÃO RECONHECIMENTO NO MEC - DANOS MATERIAIS - PERDA DE UMA CHANCE - NÃO COMPROVAÇÃO - DEVOLUÇÃO DAS MENSALIDADES PAGAS E TAXA DE MATRÍCULA - NECESSIDADE - REPARAÇÃO TOTAL DO DANO - SUCUMBÊNCIA.

1. Para a aplicação da "teoria da perda de uma chance" há necessidade de comprovação de que a "chance" perdida é concreta e real, e que se não fosse o ocorrido (não obtenção do diploma) teria acontecido a promoção profissional ou a sua aprovação em concurso público.

2. Pelo princípio da restituição integral do dano, a indenização deve necessariamente recompor todos os prejuízos financeiros do ofendido, no caso, o pagamento de mensalidade relativa ao curso superior que não teve como resultado a emissão de um diploma. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁷⁹

O Desembargador Rabello Filho, percebendo que inexistia probabilidade séria e real de sobrevivência de um garoto atacado por cães ferozes, afastou a condenação por perda da chance de sobrevivência postulada contra o Estado.

Na ocasião, os autores alegavam demora no atendimento prestado pela Polícia Militar e no hospital. Como o estado do garoto era realmente grave e diminutas eram as chances de sua sobrevivência, foram afastados os pedidos relativos à perda da chance. O acórdão unânime restou assim ementado:

Responsabilidade civil - Ação de indenização por dano material e moral - Afirmada omissão do Estado (Polícia Militar) e de hospital particular, consistente em realizar o transporte e o atendimento de criança ferida por ataque de cães no interior do local onde residia - Inexistência dos requisitos da responsabilidade civil - Ausência de nexo de causalidade - Vítima que

¹⁷⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 653543-9. Sociedade Paranaense de Ensino e Informética – Spei e Geraldo Spielmann. Relatora: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. 17 de junho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

veio a óbito em decorrência da gravidade das lesões. Teoria da responsabilização por perda de uma chance ("*perte d'une chance*"), ou frustração de expectativa - Inaplicabilidade ao caso, diante da irreversibilidade do quadro clínico da criança - Falta de prova de que existia probabilidade real de que a chance perdida seria bem-sucedida. Indenização indevida. Sentença mantida. Recurso desprovido.

A indenização, por aplicação da teoria da responsabilização pela perda de uma chance, somente é devida quando ficar demonstrado que a conduta do agente causador da lesão foi exclusiva ou preponderante na produção do dano.¹⁸⁰

Em suma, pode-se concluir que a existência de uma oportunidade séria e real é *pressuposto* para que se possa falar em reparação pela perda da chance. Por outro vértice, não existindo chance séria e real, não há falar em responsabilidade civil pela perda da chance.

Nesse aspecto, registra-se a conclusão de Sergio Savi, no sentido de que chance séria e real é aquele em que a probabilidade de obtenção do resultado for maior que 50% (cinquenta por cento)¹⁸¹.

Com a devida vênia, aparentemente é um conclusão precipitada, na medida em que ignora alguns casos indenizáveis de chance perdida ainda que o resultado esperado não fosse mais que 50% provável, a saber nos casos de perda da chance de sobrevivência. Sob o ponto de vista da vítima, toda e qualquer medida possível para evitar o falecimento deve ser tomada, de maneira prudente e diligente.

Ainda que sejam relativamente baixas as chances de cura ou de sobrevivência, é justamente nesses casos que qualquer erro médico pode ser fatal e merece reparo por perda da chance. Caso contrário, poderíamos chegar em um ponto que o médico,

¹⁸⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 581160-9. Cristiano dos Santos Miquilini, Andressa França Dias, Estado do Paraná e Maternidade Almirante Tamandaré Ltda. Relator: Desembargador Rabello Filho. 4 de agosto de 2009. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 9 jun 2011.

¹⁸¹ SAVI, Sérgio. *op. cit.*, pp. 64-65.

ciente da probabilidade ínfima de sobrevivência de um paciente, veja-se confortável para cometer erros, na medida em que ficaria isento de responder pela perda da chance.

A pergunta, então, que deve ser feita é a seguinte: tivesse o médico adotado, ou não, o procedimento “x”, qual seria a probabilidade de cura ou de sobrevivência?

Prosseguindo, apesar da ideia de objetivar o cálculo da seriedade e realidade da chance, não há como refugir da dificuldade que reside em saber em cada caso concreto se a hipótese é de chance séria e real ou não, tarefa que cabe ao magistrado, diante da análise das probabilidades, repito, *em cada caso concreto*. Até mesmo porque não parece possível conceituar precisamente o que é uma chance séria e real e o que não é.

Como já afirmado por Rafael Peteffi da Silva, “é impossível que um simples conceito de chances sérias e reais retire todas as dúvidas do operado do direito, pois somente com a comparação de casos concretos poderá traçar parâmetros uteis”¹⁸².

A título de exemplo, o Tribunal de Cassação francês entendeu não ser viável uma indenização por perda da chance, em demanda ajuizada por um menino de 9 anos. Ele alegava que teria lhe sido frustrada a vida profissional, por conta de um acidente o deixou impossibilitado de realizar determinadas tarefas manuais¹⁸³.

Do mesmo modo, aquela Corte entendeu não ser devida reparação pela perda da chance ao cliente de uma corretora de valores que, segundo relatado por ele, geriu

¹⁸² PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 139.

¹⁸³ O exemplo é narrado em PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 141.

fraudulentamente seu negócio. É o que a chance perdida não era real, dada a imprevisibilidade do mercado de ações¹⁸⁴.

Com intuito de verificar se a chance é mesmo séria e real, uma alternativa é realizar o julgamento dentro do julgamento, ou *procès-dans-le-procès* (*trial within the Trial* ou *juicio dentro del juicio*)¹⁸⁵.

Essa técnica de análise de probabilidade consiste em realizar um juízo dentro do juízo, que pode ser explicada por meio de exemplos e tem maior validade nos casos de perda da chance vinculados aos erros dos advogados, mas também pode ser estendido a outros campos.

Assim, no caso narrado por Luiz Medina Alcoz, o magistrado está diante de um pedido de ressarcimento de um cliente, manejado em face do seu advogado. Sustenta que aquele advogado deixou de interpor determinado recurso, que ele alega teria êxito. Postula, pois, a reparação pela perda da chance.

Como calcular a probabilidade de êxito daquele recurso não interposto? A solução que se encontra é realizar uma análise jurídica daquele caso, ou seja, um juízo (do recurso não interposto) dentro do juízo (de reparação civil pela perda da chance)¹⁸⁶.

Mal avaliada essa probabilidade, mal realizado esse juízo, inadequada será a reparação pela perda da chance.

Para ilustrar o raciocínio, voltemos ao caso já citado caso do show do milhão.

Como reparar perda da chance de ganhar um milhão de reais? Não poderíamos dizer que o participante deveria levar o montante restante, pois como garantir que iria

¹⁸⁴ O exemplo é narrado em PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, p. 141.

¹⁸⁵ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.* p. 53.

¹⁸⁶ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.* pp. 53-54.

acertar a resposta caso a pergunta estivesse bem formulada? Não há como ter certeza do que não ocorreu. Ou melhor, como já dizia o italiano Bocchiola “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”¹⁸⁷.

No caso do “show do milhão”, pode-se extrair do voto do Ministro relator os parâmetros utilizados para aferir o quantum indenizatório, levando-se em conta a probabilidade de acerto, com se transcreve:

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

[...]

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 parcial provimento para reduzir a indenização a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).¹⁸⁸

O que se perdeu no caso não foi 500 mil reais, mas a chance – séria e real – de se obtê-lo e isso que deve ser indenizado.

Outrossim, caso não seja possível realizar o raciocínio supra, tem valia a ideia de Fernando de Noronha, recorrendo-se à regras de experiência comum, conforme determina o artigo 335 do Código de Processo Civil¹⁸⁹.

¹⁸⁷ BOCCHIOLA, Maurizio. *apud* SAVI, Sérgio. *op cit.*, p. 1.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 788459-BA. BF Utilidades domésticas e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Publicado em 13 de março de 2006. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 abr. 2011.

¹⁸⁹ NORONHA, Fernando. *op. cit.*, p. 679.

Pois bem. Aceita a aplicação da teoria da perda de uma chance e atendidos os pressupostos da responsabilidade civil, inclusive com a verificação da existência de uma chance séria e real perdida, pode-se falar em indenização pela perda da chance.

Tarefa não menos árdua do que classificar a chance perdida como séria e real é quantificar o montante indenizatório em cada caso concreto, o que será melhor tratado no capítulo seguinte.

4. QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

4.1. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Ocorrido o dano, verificado seu prejuízo, a vítima pretende sua reparação. É natural que queira ser ressarcido, que tenha essa meta, e, por óbvio, é igualmente justo.

Afinal, o dano causa um desequilíbrio jurídico-econômico entre a vítima e seu causador¹⁹⁰, equilíbrio este que deve ser restabelecido da melhor maneira possível, gerando inclusive uma sensação subjetiva de justiça.

Então, o ideal nos casos de reparação é o retorno da situação anterior à ocorrência do dano¹⁹¹, ao *statu quo ante*¹⁹², o que como se sabe nem sempre é possível de restabelecer¹⁹³. Daí a necessidade de avaliar pecuniariamente a dita perda¹⁹⁴, de modo que o montante encontrado sirva a reparar *integralmente* a vítima.

O valor da indenização, pois, deve corresponder ao dano sofrido¹⁹⁵. Nem a mais, que cause enriquecimento ilícito¹⁹⁶, nem a menos, de modo que condene a vítima

¹⁹⁰ CAVELIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 36.

¹⁹¹ REIS, Clayton. *Avaliação...* *op. cit.*, p. 116; e CASILLO, João. *op. cit.*, pp. 77-78. Esse fenômeno do retorno ao *status quo ante* denomina-se *represtinação*, no vocabulário de Pontes de Miranda, conforme salientado por esses dois autores.

¹⁹² O autor cita os seguintes exemplos: “Pelo ressarcimento *in natura* substitui-se o pára-lama danificado, recoloca-se a persiana quebrada, conserta-se o aparelho estragado, e assim por diante. Ao credor cabe escolher a forma que mais lhe agrada”. In: MARMIT, Arnaldo apud GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade...* *op. cit.*, p. 31.

¹⁹³ Por exemplo, nos casos de morte ou deformidade permanente. Quando a reparação do dano não pode ser realizada *in natura*, é preciso encontrar um valor que seja correspondente a ela. Glenda Gonçalves Gondim cita como exemplo de reparação *in natura* não é conveniente ao ofendido, de modo que deve ser substituída por pecúnia: “a troca de um objeto velho por um novo, em razão do valor intrínseco que este, eventualmente, possuía”. In: GONDIM, Glenda Gonçalves. *Reparação...* *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁴ Nesse sentido, oportuna a lição: “[...] os danos patrimoniais referem-se aos prejuízos verificados em nossos bens materiais, que resultam na sua reparação mediante a reposição do bem perdido. Na hipótese da impossibilidade de reparação, ou retorno do *status quo ante*, converte-se em indenização pecuniária, através da aferição de quantum indenizatório dos bens afetados.” REIS, Clayton. *Avaliação...* *op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁵ Nesse sentido, “a indenização deve ser *justa*, isto é, deve corresponder efetivamente ao real prejuízo sofrido pela parte lesada”. In: MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.*, p. 336.

¹⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.*, p. 329. “Esse pagamento deve restringir-se ao *tantundem*, isto é ao equivalente. As perdas e danos não devem corresponder a um enriquecimento por parte do devedor. Se completa a inexecução, completo será o ressarcimento; se parcial, porém, a responsabilidade se tornará naturalmente proporcional ao prejuízo experimentado pelo credor.”

ao restante por uma via transversa. Até porque “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto”, como já atestou Daniel Pizzaro, citado por Sérgio Cavalieri Filho¹⁹⁷.

Por isso, já em Roma, para fins de reparação de dano, se falava em *restitutio in integrum*¹⁹⁸, princípio que deve vigorar também em nosso ordenamento. Em outras palavras, a indenização deve ser *nella maniera più piena e completa*¹⁹⁹.

Traduzindo ao nosso ordenamento: a indenização deve ser a mais completa possível²⁰⁰, o dano deve ser amplamente reparado. Isso sim é jurídico, é lógico²⁰¹.

A reparação, portanto, deve ser equivalente ao dano. Pode-se dizer que o prejuízo deve ser integralmente ressarcido com “exatidão matemática decorrente dos danos-interesses”²⁰² ou que “dano e indenização deveriam ser lados opostos da mesma moeda ou figuras geométricas de idênticas dimensões”²⁰³, ou, ainda, que “o princípio da equivalência prevalecerá nas ações de reparação de danos”²⁰⁴.

O resultado é o mesmo e se reflete no artigo 944 do Código Civil, segundo o qual “A indenização mede-se pela extensão do dano”, como regra geral de responsabilidade civil.

Aliás, quando da elaboração dessa norma, no âmbito da discussão daquele projeto de lei, chegou-se a propor a seguinte redação, por meio da emenda 539: “A indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo”,

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *op. cit.*, p. 36.

¹⁹⁸ CASILLO, João. *op. cit.*, p. 84. “[...] *restitutio in integrum*, os romanos já conheciam proclamando: ‘*Restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio*’ (a integral restituição assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).

¹⁹⁹ POGLIANI, Mario. *apud* CASILLO, João. *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁰ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.*, p. 287.

²⁰¹ REIS, Clayton. *Avaliação... op. cit.*, p. 91.

²⁰² MAZEAUD, Henri et Leon. *apud* REIS, Clayton. *Avaliação... op. cit.*, p. 91.

²⁰³ CASILLO, João. *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁴ REIS, Clayton. *Avaliação... op. cit.*, p. 91.

justamente a positivação do princípio *restitutio in integrum* da forma mais pura. O texto, no entanto, foi rejeitado pela maioria dos deputados ao argumento de que não se pode dar aos juízes “tamanho atribuição de tamanho alcance”²⁰⁵.

De todo modo, conforme já dito, vigora em nosso ordenamento o princípio *restitutio in integrum*, o que, por óbvio, também se aplica aos casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Resumindo: a chance perdida deve ser integralmente indenizada, o que se revela mais justo e condizente com o nosso ordenamento. Evidente que deve-se atentar à probabilidade de êxito da chance perdida, conforme será visto no próximo tópico. De todo modo, uma vez encontrado esse resultado, a reparação deve ser integral.

4.2. PARÂMETROS PARA QUANTIFICAÇÃO DA CHANCE PERDIDA

Quando se trata de reparação por perda da chance, já é assente que a reparação não pode corresponder ao prejuízo econômico *final*, assim considerado aquele que a vítima teve em decorrência da chance perdida (prejuízo *final* sofrido ou o ganho *final* que deixou de ter).

Afinal, como já ficou demasiadamente esclarecido o dano, na perda de chances, é a própria perda da chance, e não o resultado final almejado.

Assim, a reparação pela perda da chance não pode ser igual ao maior ao prejuízo final²⁰⁶, mas sim *proporcional* à chance que teria de evitar um prejuízo ou de

²⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. Os artigos 944 e 945 do novo Código Civil brasileiro: grau de culpa e redução equitativa da indenização. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência e crítica judiciária*. ano 52, n. 318, abr-2004, Porto Alegre: Editora Notadez, 2004, pp. 60-67, p. 62.

²⁰⁶ Nesse sentido: PETEFFI DA SILVA, Rafael. *op. cit.*, pp. 142-143; SOUZA, Rafael Luiz Lemos de. *op. cit.*, p. 27; KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica... op. cit.*, p. 110.

ganho²⁰⁷. Dentro dessa proporcionalidade, aí sim a reparação deve ser integral, conforme explicitado anteriormente.

Ao longo desse trabalho já foram traçados alguns parâmetros para a solução desse problema, de modo a encontrar em que proporção, ou qual a *probabilidade* de êxito para auferir uma vantagem ou de evitar um determinado prejuízo, para então quantificar a reparação pela chance perdida.

Como exemplo, o cálculo que pode ser realizada para encontrar a reparação devida em caso de negligência de advogado, quando este deixa transcorrer o prazo recursal sem a apresentação de tempestivo recurso. Nesse caso, é evidente a perda de uma chance.

Uma possível solução que foi apresentada é o *procès-dans-le-procès* (*trial within the Trial* ou *juicio dentro del juicio*)²⁰⁸, que consiste numa técnica de análise de probabilidade por meio de um *juízo dentro do juízo*.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo²⁰⁹:

[...]

Para atribuir a condenação indenizatória, deve ficar razoavelmente definido que o insucesso da ação de deveu a culpa do advogado, verificada no erro técnico, que abarca todo tipo de deficiências na atuação. No entanto, aí se impõe uma visão do processo no qual atuou, com a formalização de um juízo sobre o grau de probabilidade de vitória, e o destaque da causa que levou à perda. A condição para estabelecer a indenização correspondente ao objeto da lide está na absoluta certeza da vitória, se não fosse a atuação deficiente ou errada do advogado. Apurando-se que havia uma chance ou probabilidade de vencer, procura-se arbitrar uma indenização correspondente ao coeficiente de expectativa.

[...]

²⁰⁷ Assim, “Se, por exemplo, a indenização integral atingiria cem mil francos, mas a vítima teve perdida uma chance, em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de cinquenta mil francos”. In: KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica...* *op. cit.*, p. 111.

²⁰⁸ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.* p. 53.

²⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 357-358.

Em resumo: deverá ser feita uma análise jurídica do caso não submetido à recurso, ou seja, um juízo (do recurso não interposto) dentro do juízo (de reparação civil pela perda da chance)²¹⁰.

A propósito, essa técnica foi abordada no julgamento do já citado recurso especial n.º 1190180-RS, conforme se depreende do conteúdo do voto de lavra do ministro Luis Felipe Salomão, a saber:

Portanto, no caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas acoimadas de 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.²¹¹

É evidente que essa tarefa cumpre ao magistrado, ao analisar o pedido de reparação por chances, o que não exige, todavia, a vítima da chance perdida de

²¹⁰ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.* pp. 53-54.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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. 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. Recurso especial n.º 1190180-RS. Manfredo Erwino Menche e Onofre Dal Piva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 abr. 2011.

demonstrar por “a mais b” que o recurso não interposto seria vitorioso, aí também fazendo-se cumprir o pressuposto já delineado, de ser a chance *séria e real* de obtenção daquela vantagem.

Esse raciocínio harmoniza-se com aquele firmado por Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa, sintetizado desse modo²¹²:

- em primeiro lugar, proceder-se-á avaliação do dano final;
- seguidamente, fixar-se-á o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra traduzido num valor percentual”.
[...]
Obtidos tais valores, resta aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda da chance.

Luiz Medina Alcoz propõe²¹³:

[...] cuando la teoría de la oportunidad perdida resulta aplicable, la decisión final es, simplemente, el resultado de proyectar el porcentaje calculado de la probabilidad sobre el valor total del daño, que proporciona la medida exacta de la causalidad parcial que liga el hecho ilícito con el daño así como el preciso alcance tanto de la indemnización a que tiene derecho el perjudicado como de la responsabilidad a que queda sujeto el agente dañoso.

Quando a chance perdida acarreta um prejuízo de ordem moral *final*, o raciocínio não é diverso, conforme já expressou Antônio Jeová Santos, citando Pizarro²¹⁴.

²¹² COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *op. cit.*, p. 103.

²¹³ MEDINA ALCOZ, Luiz. *op. cit.*, p. 48.

²¹⁴ “[...] a fixação do valor pela chance frustrada pode ser determinada, observando-se os seguintes padrões: a) a situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse re realizado. Deve-se tomar em conta, para isso, a existência de um grau de álea; b) a chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; c) o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizada a chance e obtido o benefício esperado. Os juízes devem considerar integralmente a álea que afeta a realização da chance perdida; é por isso que que a indenização deve ser, em princípio, menor a que corresponderia no caso da certeza total do dano. O que não significa que, por tratar-se de uma chance, a condenação seja irrisória que, para a vítima, constitua um valor simbólico.” In: SANTOS, Antônio Jeová. *op cit.*, pp. 107-108. Gilberto

O mesmo vale, ainda, para os casos de perda da chance no âmbito do direito de família, com esteio na lição de Cristiano Chaves de Farias, que, aliás, ressalta que as indenizações devem sempre ser pautadas na razoabilidade²¹⁵.

É bem verdade que muitos julgadores acabam determinando o pagamento de reparação pela perda da chance como se dano moral fosse, utilizando dos critérios clássicos da razoabilidade para fixação do quantum indenizatório, bem como ocorreu nos casos cujas ementas já foram citadas no item 3.4.3.

No primeiro caso transcrito²¹⁶, o *quantum* indenizatório pela perda da chance foi fixado levando-se em conta o abalo moral sofrido pelo marido de uma paciente que veio a falecer e teve sua chance de salvamente abalada em virtude das falhas na prestação de serviços ambulatoriais contratados.

O relator do caso, bem consignou que um dos parâmetros para fixação da indenização deve ser que a reparação é “parcial e não integral”, readequando o montante fixado a título de perda da chance (espécie de dano moral), diminuindo o valor fixado anteriormente, chegando a trinta mil reais.

De todo modo, ali foi determinado o quanto indenizatório com base nos critérios clássicos de fixação da reparação por dano moral, ou seja, por meio da verificação do abalo sofrido, dada as condições da vítima e condições econômicas dos ofensor.

Andreassa Junior reproduz esse raciocínio. In: ANDREASSA JUNIOR, *op. cit.*, p. 206. No mesmo sentido: ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *op. cit.*, p. 63.

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *op. cit.*, pp. 97-98.

²¹⁶ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 488087-1. Salva Serviços Médicos de Emergência S.C. Ltda. e Espólio de Janaína de Fátima Ferreira Alves. Relator: Jefferson Alberto Johnsson. 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

Diversamente, em oportunidade em que também foi registrada a perda da chance como espécie de dano moral (item 3.4.3)²¹⁷, a perda da chance foi (melhor) quantificada à luz da *probabilidade*.

Trata-se da apelação cível relatada pelo juiz Fábio André Santos Muniz. Em seu voto, o relator bem traçou a teoria da perda de uma chance e, verificando a ocorrência desse tipo de dano no caso concreto, baseou-se no caso do show do milhão para fixar o *quantum* indenizatório. Assim, decidiu-se ser devida reparação a um profissional em virtude da perda da oportunidade de participar de um concurso, ante a indevida inscrição em dívida ativa. O *quantum* foi arbitrado sob o seguinte fundamento:

[...]

No caso em análise, o certame oferecia 9 (nove) prêmios de R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais). Existiram 11 (onze) projetos inscritos, com o autor 12 (doze). A chance de o autor ser vitorioso era de 1/12 (um doze avós) para cada prêmio.

1/12 (um doze avós) de R\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos reais) é R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais). Como são 9 prêmios, 9 (nove) vezes R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) totaliza R\$ 4050,00 (quatro mil e cinquenta reais).

Caso a culpa fosse apenas do Município a indenização deveria ser fixada em R\$ 4050,00 (quatro mil e cinquenta reais).

Como houve culpa concorrente do autor reduzo a indenização para R\$ 2025,00 (dois mil e vinte e cinco reais).

[...]

É preciso notar que nesse caso, independentemente da natureza jurídica atribuída a perda da chance, o *quantum* indenizatório parece ter sido corretamente fixado.

²¹⁷ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 772540-2. Léusio José da Silva e Município de Curitiba. Relator: Juiz Fabio Andre Santos Muniz. 14 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 2 jul 2011.

Em outras situações, quando a perda da chance é tida como espécie de lucro cessante, por exemplo, já ficou decidido que o montante seria devido por arbitramento, “desde a data em que razoavelmente o negócio iniciasse a funcionar”, no exemplo cuja ementa foi transcrita no subitem 3.4.1²¹⁸.

Em outro julgado²¹⁹, em que a perda da chance também foi tida como espécie de lucro cessante (também citada no subitem 3.4.1), o montante devido foi fixado pelo juiz da causa, que preferiu não deixar o encargo para a fase de liquidação de sentença.

In casu, a requerente postulou a indenização por perda da chance de ser contratada por um hospital, ante o não reconhecimento do curso técnico de enfermagem que conclui na instituição de ensino ré.

Do mesmo modo em que resumi nesse trabalho, a indenização pela perda da chance foi declaradamente fixada com base em probabilidades. Na fixação do *quantum* indenizatório, o relator juiz Vitor Roberto da Silva, bem detalhou seu raciocínio, digno de transcrição:

[...] No caso, inexistem dados concretos para apurar essa responsabilidade, a não ser que, ordinariamente, não se consegue ocupação imediata após a conclusão do curso. Todavia, também é freqüente isso ocorrer antes de 08 meses depois da habilitação.

Nessa linha, é razoável fixar a indenização para período correspondente à metade do tempo levado para o reconhecimento do curso, ou seja, a quatro parcelas de R\$ 700,00 (setecentos reais), vencíveis mensalmente a partir de 05 de agosto de 2.005, corrigidas monetariamente a contar de cada vencimento a acrescidas de juros desde a citação. E justamente por se tratar de mera chance, a indenização por lucros cessantes se limitará a essas parcelas, ou seja, a ela não será acrescido qualquer valor a título de verba trabalhista.

[...]

²¹⁸ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 735439-4. Irmãos Muffato e Cia. Ltda. e Flávia Ribas Ferreira. Relator: Desembargador Roberto De Vicente. 15 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 ago 2011.

²¹⁹ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 615893-0. Inês Chavarem e Sociedade Educacional Herrero. Relator: Juiz Vitor Roberto Silva. 1º de julho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 16 jun 2011.

Como se vê, aí foi bem considerado o dano como hipótese (e não certeza) de contratação da profissional, como enfermeira, levando-se em conta o período razoável para reconhecimento do curso de enfermagem que frequentou.

O relator teve, ainda, o cuidado de consignar que como não se trata de pagamento pelo trabalho, mas sim de mera indenização pela perda da chance, não são cabíveis as verbas acessórias trabalhistas.

É um raciocínio que pode ser tido como exemplo a outros casos semelhantes.

Registro, outrossim, que é nos casos em que a perda da chance é tida como modalidade autônoma de perda da chance e utilizando o raciocínio delineado nesse trabalho, que o *quantum* indenizatório parece ser melhor e mais justamente fixado.

É o que se nota, por exemplo, no caso cuja ementa já fora transcrita acima (subitem 3.4.4)²²⁰, de relatoria do desembargador Prestes Mattar.

Resumidamente, naquele caso, ao requerentes adquiriram um imóvel em leilão. O edital do leilão, entretanto, não descrevia nem de longe a existência de uma servidão de passagem a referida área. O problema era que a servidão de passagem existia tão-somente de fato e não estava registrada, inexistente pois no mundo jurídico.

A partir daí, ponderou o relator, em voto acompanhado pelos demais componentes do *quorum* da 6.^a Câmara Cível:

[...]

Nem se diga que os arrematantes receberam o imóvel no estado em que se encontrava, posto que fora exatamente a situação de fato encontrada, de abandono da servidão de fato, que lhes impossibilitou o acesso comercial até a área adquirida.

²²⁰ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 581197-6. Haroldo Rodrigues Ferreira Fortunato Machado Filho, José Carlos Costa, Rodolfo Cesar de Oliva e Banco Banestado S.A. Relator: Desembargador Prestes Matar. 19 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

Entretanto, em que pese a impossibilidade de acesso até a área adquirida, e a real possibilidade de terem os adquirentes suportado prejuízo em decorrência da impossibilidade de exploração comercial do imóvel, tem-se que o que de fato há é uma séria possibilidade de prejuízo, mas não um real prejuízo, isso porque não se sabe se realmente iriam os arrematantes empreender na área o cultivo e, se o fizessem, nada pode provar que tal cultivo seria o apontado nos autos, tampouco se podendo afirmar que o resultado seria o previsto.

Trata-se, pois, não de prejuízo real indenizável o pretendido pelos apelantes, mas de perda da chance de utilização do imóvel comercialmente, segundo um planejamento que poderiam ter implementado no local.

Apesar de séria a possibilidade de implementação do negócio, o prejuízo, pelos motivos já elencados, não pode ser tido como certo.

A perda da chance, no entanto, não pode ser tida como um fato de menor importância. Todavia, a reparação em tais casos não pode ser pela totalidade, posto que sobre o futuro não há certeza absoluta. Não se pode afirmar que de fato teriam os apelantes implementado o negócio e que este negócio renderia um valor exato, mas, se pode afirmar que por ato do apelado perderam os apelantes a chance que tinham de fazê-lo e é essa, a perda da chance, que se repara.

Tem-se, assim, que diante da chance real de exploração econômica da área, desde a sua aquisição, até o momento em que transitou em julgado a decisão prolatada nos autos 127/2002 do Juizado Especial Cível de Antonina (fls. 399/400 destes autos), que impôs ao proprietário da área serviente que tolerasse a passagem para a área arrematada pelos apelantes, é devido aos apelantes o equivalente a 1/3 (um terço) do resultado líquido que obteriam com a produção no local, a ser apurado em regular liquidação de sentença.

[...]

O *quantum* indenizatório foi destinado a ser apurado somente em liquidação de sentença; porém, os parâmetros foram bem delineados pelo relator, que expressamente levou em consideração: a existência de chance séria e real; o prejuízo total incerto; o tempo possível de exploração do imóvel; a possível perda de ganhos proporcionais ao lucro líquido acaso funcionasse o estabelecimento.

Por fim, ressalta-se que o *quantum* indenizatório pela perda da chance, especificadamente na seara médica, já foi objeto de estudo, especialmente por Miguel Kfourri Neto, seguido por Grácia Cristina Moreira do Rosário.

Esses autores ressaltam que em caso de erro médico não tradicional, isto é, pela perda da chance de cura, a indenização pode representar de 20 a 30% do que seria

devido em caso de morte²²¹, acaso fosse verificado que os médicos não utilizaram todos os meios possíveis para salvamento do paciente. Tal indenização, como afirma Miguel Kfoury Neto, é mínima²²², sendo que, segundo explana Grácia Cristina Moreira do Rosário:

[...] a quantificação do prejuízo depende do estágio de possibilidade de que a chance perdida se efetuará. O *quantum* estará atrelado à estimativa do dano consequente à perda. No campo médico, a perda da chance de cura abala a causalidade. Esse nexos causal mitigado gera indenização diminuta, ligado à percentagem de chance perdida.

[...] O quantum deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, já que não ocorreu o erro médico tradicional que gera indenização integral no campo patrimonial e moral.

Ainda, especificamente sobre a análise da extensão do dano nas chances de cura perdidas, Grácia Cristina Moreira do Rosário, leciona que o enfoque deve ser realizado do mesmo modo como no dano moral em geral, até porque esta autora trata da perda da chance de cura como espécie de dano moral²²³.

Por fim, importa registrar que em todos os casos as causas excepcionais²²⁴ de diminuição do montante indenizatório devem ser levados em conta, quando houver incidência em alguma das hipóteses do parágrafo único do artigo 944 e ou artigo 945 do Código Civil.

²²¹ Por assim considerar, bem como levando em conta o risco anormal que alguns pacientes apresentam, o citado autor alerta que o “aspecto tradicional da perda de uma chance – método de quantificação do prejuízo – assumiu características totalmente distintas, em matéria de responsabilidade civil médica”. In: KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica... op. cit.*, p. 100.

²²² KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica... op. cit.*, p. 117.

²²³ Assim, segundo essa autora: “A análise da extensão do dano deverá abordar as condições pessoais do lesionado, tais como: a violação da dignidade da pessoa; a idade; a condição socioeconômica; se houve afetação da saúde física e/ou mental; a compensação pelo dano sofrido – o exame da possibilidade de sanar ou abrandar a moléstia da alma, além dos valores fundamentais relativos à sua personalidade que foram rompidos; a esfera da ação – investigação do reflexo do dano no ambiente social em que esta integrado, se o dano se restringe ao âmbito familiar ou se repercute em um círculo que envolve um número de integrantes da coletividade”. In: ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *op. cit.*, p. 64.

²²⁴ Enunciado 46 do Centro de Estudos Judiciários. “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano”. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: 21 de setembro de 2010.

Na visão de Miguel Kfouri Neto, essa solução apresentada pelo legislador regula a justiça das decisões, devendo preponderar a equidade em caso de agir culposos em grau diminuído²²⁵.

²²⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Os artigos... op. cit.*, pp. 63 e 67.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da responsabilidade civil pela perda de uma chance, não esgotando a matéria, mas abordando alguns dos temas relevantes a esse novo instituto.

No capítulo 2 o tema tratado foi a responsabilidade civil em geral, desde seu histórico, passando por sua conceituação e análise dos pressupostos indispensáveis ao dever de indenizar.

Ficou esclarecido que é no dano em que gravitam os demais pressupostos, da conduta ilícita e do nexo causalidade, que sem o dano não há razão de ser para a responsabilidade civil. Por outro lado, sem os demais pressupostos, ainda que exista dano, não há falar em reparação civil.

Naquele capítulo ainda foram tecidos comentários sobre a diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva bem como de responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana. Ficou registrado que para fins de responsabilização pela perda da chance, desinteressa saber a origem da obrigação, se contratual ou extracontratual; assim como também não há diferença entre a responsabilidade objetiva ou subjetiva, na medida em que em ambas as modalidades, uma vez configurado o dano relativo a perda da chance e os demais pressupostos, estará presente o dever de indenizar.

A partir desse breve intróito passou-se ao tema central do trabalho, que é a responsabilidade civil pela perda da chance propriamente dita.

Iniciou-se pelo seu histórico, inevitavelmente passando pela jurisprudência, com destaque aos julgados franceses, ingleses e norte-americanos, bem como por parte da doutrina italiana, uma das pioneiras a desvendar teoricamente o instituto da responsabilidade civil pela perda da chance.

Estabelecida a premissa de que a teoria é amplamente aceita nos países *common law* e *civil law*, passou-se a constatação da aceitação da teoria no Brasil, verificando de que forma vem sendo aplicada pela jurisprudência, defendida pela doutrina e as vezes, é verdade, rebatida por ela.

Fato é que a perda da chance vem sendo discutida nos tribunais de diversos países, com a nítida tendência de se firmar em nosso ordenamento, tal qual como se deu com relação ao dano moral; aliás, sob a mesma justificativa: não é porque não se pode apurar com precisão o dano sofrido ou o nexo de causalidade que a reparação civil será afastada. Muito pelo contrário, o direito deve encontrar o caminho de restabelecer o equilíbrio das situações, perdido com a ocorrência do dano, como questão de justiça, dignidade da pessoa humana e solidarismo. Assim, desenvolveu-se a técnica de responsabilização por perda de chances.

Em seguida, uma seção que cuida de averiguar qual a natureza jurídica do dano conhecido como “perda da chance”. Notou-se que diversos são os entendimentos, ao passo que na doutrina a na jurisprudência pode ser vista a perda da chance como espécie de lucro cessante, ora como dano emergente, por vezes como agregador do dano moral ou, por fim, como modalidade autônoma de dano.

Criticamente, ficou ali consignado com a devida vênia àqueles que entendem em sentido diverso, que a perda da chance como modalidade autônoma de dano parece ser a decisão mais acertada.

No item seguinte, foram traçados alguns parâmetros para desvendar se a chance perdida é mesmo séria e real a ponto de gerar uma indenização civil. Ficou ali registrado que há quem entenda que a oportunidade perdida deve ter 50% de chance de êxito, assim como há aqueles que entendem que mesmo em chances menores como 20% ou 30% podem ser passíveis de indenização, como nos casos de perda da chance de cura ou de sobrevivência.

A conclusão não poderia ser diferente: não há como tarifar a chance perdida, sendo que a verificação de seriedade e realidade fica a critério do magistrado em análise minuciosa em cada caso concreto.

Um das sugestões para essa criteriosa avaliação é adoção do *trial within the trial*, ou julgamento dentro do julgamento, que pode ser muito bem realizado nos casos de perda da chance por negligência do advogado, por exemplo.

Por fim, foram traçados alguns parâmetros para a quantificação da chance perdida, preferentemente com base na probabilidade, séria e real, de evitar o prejuízo ou obtenção do ganho, não fosse a obstrução causada ilicitamente.

Ficou anotado que mesmo no caso de chances perdidas, vigora o princípio da reparação integral do dano, com a peculiaridade de que, nesses casos, a chance perdida é que é indenizada integralmente, mas esse montante sempre deve ser inferior ao prejuízo (ou ganho evitado) final.

Nesse ponto, a principal fonte de informação foi a jurisprudência pátria, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual ficou registrado o famoso caso do “show do milhão”, dentre outros.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. In: NERY JR, Nelson. ANDRADE NERY; Rosa Maria de. (Coords.). *Revista de Direito Privado*. out-dez 2009, n. 40, ano 10, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 177-214.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 788459-BA. BF Utilidades domésticas e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 13 de março de 2006. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 965758-RS. Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE e FLPM Participações S.A. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. 19 de agosto de 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1013024-RS. Decisão monocrática. João Gilberto Vaz Rodrigues e Paulo Rogério Lemes Macedo. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1079185-MG. Adelir Batista de Aguilar e Antônio Abdala Junior. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. 11 de novembro de 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 9 set 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 1190180-RS. Manfredo Erwino Menche e Onofre Dal Piva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de novembro de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 abr. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Roberta Veras de. A responsabilidade civil por perda de uma chance. In: *Revista da ESMape*, vol. 12, n. 26, jul-dez 2007, pp. 269-296.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. *Dano de perda de chance e sua perspectiva no direito português*. 2010. 111 f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade de Coimbra, Disponível em: [Erro! A referência de hiperlink não é válida.](#). Acesso em: 5 set. 2011.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. SOUZA, Alex Pereira. *Instituições do direito médico: responsabilidade civil à luz do Código Civil de 2002, iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, legislação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed., vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação. In: *Revista Forense*. v.1, nov-dez 2009, vol. 406, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 87-102.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal comentado: incluindo anotações históricas, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A reparação civil na teoria da perda de uma chance, 2010, 177 f., dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná,

Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=193952. Acesso em: 10 abr. 2011.

GONDIM, Glenda. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, vol. 840, out-2005, pp. 11-36.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Os artigos 944 e 945 do novo Código Civil brasileiro: grau de culpa e redução equitativa da indenização. In: *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência e crítica judiciária*. ano 52, n. 318, abr-2004, Porto Alegre: Editora Notadez, 2004, pp. 60-67.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev. atual. ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. *Responsabilidade civil pela perda da chance*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 9 set 2011.

MEDINA ALCOZ, Luiz. *Hacia una nueva teoría general de una causalidad em la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la perdida de oportunidades*. Disponível em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>. Acesso em: 25 ago 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 1ª parte, vol. 4. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1, 2.ed., rev. atual. São Paulo: 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 488087-1. Salva Serviços Médicos de Emergência S.C. Ltda. e Espólio de Janaína de Fátima Ferreira Alves. Relator: Jefferson Alberto Johnsson. 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 581197-6. Haroldo Rodrigues Ferreira Fortunato Machado Filho, José Carlos Costa, Rodolfo Cesar de Oliva e Banco Banestado S.A. Relator: Desembargador Prestes Matar. 19 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 615893-0. Inês Chavarem e Sociedade Educacional Herrero. Relator: Juiz Vitor Roberto Silva. 1º de julho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 16 jun 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 626389-8. Domingos Alcides Vanzan e Demétrio Berehulka. Relator: Desembargador Domingos José Perfetto. 21 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 653543-9. Sociedade Paranaense de Ensino e Informática – Spei e Geraldo Spielmann. Relatora: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. 17 de junho de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 675771-7. URBS e Wladimir Tibério. Relator: Juiz Fernando Antonio Prazeres. 17 de agosto de 2010. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 abr 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 735439-4. Irmãos Muffato e Cia. Ltda. e Flávia Ribas Ferreira. Relator: Desembargador Roberto De Vicente. 15 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 10 ago 2011.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 772540-2. Léusio José da Silva e Município de Curitiba. Relator: Juiz Fabio Andre Santos Muniz. 14 de junho de 2011. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 2 de julho de 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil: de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*, v. 2., 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. out-dez 2009, n. 81. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2009, pp. 53-70.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. ampl. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A teoria da perda da chance como solução para o “se” indenizável (pode uma pergunta mal formulado valer 1 milhão?). In: *Revista da EMERJ*, v.12., n. 48, 2009, pp. 87-101.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. atual. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

SOUZA, Rafael Luiz Lemos. 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 Estado do Rio de Janeiro*. jan-mar 2011, n. 86. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2011, pp. 23-39.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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