

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

ANDRÉ GRAZIANI DE SOUZA MELLO LOPES

A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE

Porto Alegre

2012

ANDRÉ GRAZIANI DE SOUZA MELLO LOPES

A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial para
a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

Porto Alegre

2012

ANDRÉ GRAZIANI DE SOUZA MELLO LOPES

A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

À minha família, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao apresentar o presente trabalho não posso ocultar a satisfação por tê-lo terminado e a vontade de agradecer a todos aqueles que me auxiliaram a concluí-lo.

Aos meus pais, o meu mais sincero e pleno agradecimento por todos os anos de incentivo ao estudo. As cobranças, a paciência e todo o carinho que me deram, ao longo de tantos anos, não foi em vão e por essa razão posso afirmar que todo o empenho depositado neste trabalho foi pensando neles, meus maiores exemplos de vida.

Aos meus irmãos, por tudo o que aprendi com eles e pela diferença que fizeram ao longo de toda minha vida e, é claro, durante os meses de realização deste trabalho.

À Leila, o meu agradecimento por estar sempre presente, pela sua preocupação, pela sensibilidade e fiel dedicação. Às minhas avós, tios, primos e demais familiares, agradeço por sempre terem acreditado em mim, pelas suas palavras de motivação, pelo carinho que sempre demonstraram e por jamais deixarem a distância atrapalhar a nossa união.

Aos amigos que fiz ao longo da vida, aqueles que não vejo mais e aqueles que me acompanham seguidamente nos capítulos da minha jornada, também fica o registro do meu agradecimento pela amizade, pelo carinho e pela compreensão.

Aos colegas da Faculdade só tenho a agradecer pelos cinco anos de muitas risadas, conversas, encontros, festas e, também, estudos e aulas.

Aos professores da Faculdade também preciso agradecer por tudo o que me ensinaram e pelos incentivos que me deram. Em especial, agradeço ao professor Sérgio Severo por ter acreditado em mim e por ter me guiado na escolha do tema da monografia.

Aos atuais colegas do escritório, agradeço, imensamente, pelo ano de intenso trabalho, aprendizado e mútua cooperação. A sua ajuda, o respeito, o senso de humor, a dedicação e a competência demonstrados em nosso dia-a-dia são as maiores lições que carregarei comigo, para sempre.

“Se você vai tentar, vá até fim, caso contrário, nem comece.”

Charles Bukowski

RESUMO

A presente monografia versa sobre a teoria da perda de uma chance e a quantificação do dano decorrente da chance perdida. De início, é feito um breve estudo acerca da história desta teoria, bem como sua evolução, até sua admissão pela doutrina e jurisprudência brasileira. Em um segundo momento, prossegue-se à análise de quando se configura efetivamente o dano pela perda de uma chance, sua classificação dentro das diversas espécies de danos presentes no ramo da responsabilidade civil e a previsão legal deste instituto dentro do ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, tecem-se os parâmetros para a quantificação da indenização decorrente da chance perdida, com base na doutrina estrangeira e brasileira. Posteriormente, é analisado um dos casos mais emblemáticos concernentes ao tema em comento, a saber, o caso do “Show do Milhão”. Por fim, através da análise de jurisprudência relacionada à responsabilidade civil por perda de uma chance, é discutido como as cortes brasileiras tem quantificado o dano dela decorrente, comparando a forma de quantificar adotada pelos julgadores com os critérios propostos pela doutrina.

Palavras-chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Quantificação.

RESUMEN

La presente monografía versa sobre la teoría de la pérdida de una oportunidad y la cuantificación del daño resultante de la oportunidad perdida. Para comenzar, se hace un estudio acerca de la historia de esta teoría, así como su evolución, hasta su admisión por la doctrina y jurisprudencia brasileña. En seguida, es hecho un análisis de cuando ocurre la configuración del daño por la pérdida de una oportunidad, su clasificación dentro de los distintos tipos de daño en la rama de la responsabilidad civil y su disposición legal en el ordenamiento jurídico de Brasil. Esta vez, se señalan los parâmetros para la cuantificación de la indemnización resultante de la oportunidad perdida. El trabajo sigue con un estudio acerca de uno de los casos más emblemáticos acerca este tema, el caso “*Show do Milhão*”. Finalmente, a través de análisis de la jurisprudencia relacionada a la responsabilidad civil por pérdida de una oportunidad, se discute como los tribunales brasileños están cuantificando el daño resultante de esta, haciendo una comparación entre la forma de cuantificar de los jueces y los criterios determinados por la doctrina.

Palabras clave: Derecho civil. Responsabilidad civil. Pérdida de una oportunidad. Cuantificación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ASPECTOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO, ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 Conceito da Perda de uma Chance	13
1.2 Origem da Teoria da Perda de uma Chance	14
1.3 Evolução Histórica	15
1.4 A Teoria a Perda de uma Chance no Direito Brasileiro	17
1.4.1 Doutrina	17
1.4.2 Jurisprudência	22
2 DO DANO DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE	29
2.1 Configuração do Dano por Perda de uma Chance	29
2.2 Classificação do Dano por Perda de uma Chance	31
2.3 Previsão Legal	35
3 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE	38
3.1 Parâmetros para a Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance	38
3.2 Caso Show do Milhão	42
3.3 A Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance na Jurisprudência..	48
CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

No dia-a-dia, é comum as pessoas se depararem com situações nas quais se veem privadas da chance de obtenção de uma oportunidade em função da atitude de outrem: um advogado que por mera desídia perde o prazo para interpor recurso prejudicando seu cliente, o médico que retira as chances de vida de um paciente ao dispensá-lo de exames essenciais, o criador de cavalos que à caminho do hipódromo sofre acidente causado por terceiro, lesionando seu cavalo, que era favorito à vitória, retirando-o da disputa do prêmio, etc.

Nos casos supracitados é impossível dizer ao certo se o resultado útil esperado se concretizaria. Todavia, é possível avaliar quais são as chances de a vantagem desejada concretizar-se. Essa incerteza, inerente a todos os casos de oportunidade perdida, foi o fator que retardou a adoção da teoria da perda uma chance, haja vista que nos primeiros julgados sobre essa temática, as cortes exigiam a prova de que o resultado final almejado realmente seria alcançado, prova essa impossível.

Com os avanços dos estudos sobre probabilidade e estatística foi possível estabelecer com maior precisão as chances de a vantagem esperada ser atingida, facilitando a quantificação em alguns dos casos de perda de uma chance. E é justamente por isso que o presente trabalho foi idealizado, na tentativa de encontrar e de propor a solução mais adequada para esse tipo de dissídio. Para tanto, será analisado, de início, a evolução histórica do instituto jurídico da perda de uma chance, que nasceu na França no final do século XIX, foi amplamente estudada por autores italianos no século passado e chegou ao Brasil apenas no início da década de noventa.

Posteriormente, discute-se o enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance, citando as diferentes opiniões dos doutrinadores brasileiros sobre a questão. Em seguida, são tecidas as bases para a efetiva configuração do dano

ensejador de indenização pela chance perdida, tendo em conta os ensinamentos doutrinários.

No último capítulo é feita uma análise pormenorizada da jurisprudência relacionada à responsabilidade civil por perda de uma chance, no que tange a quantificação do dano advindo da chance perdida, contrastando os critérios utilizados pelos julgadores e os parâmetros estabelecidos pela doutrina.

1 ASPECTOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO, ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

1.1 Conceito da Perda de uma Chance

A expressão perda de uma chance é proveniente do francês *perte d'une chance*¹, que significa “perda de uma oportunidade”. O termo *chance* deve ser compreendido como “probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”². Entretanto, apesar de a melhor tradução para o termo *chance* ser *oportunidade*, a expressão perda de uma chance, mesmo sendo menos técnica, foi consagrada tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

O jurista Antonio Jeová Santos bem define a perda de uma chance como a “frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência do ato ilícito”.³

Sergio Cavalieri Filho afirma que a perda de uma chance ocorre quando “em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima”.⁴

Com efeito, a perda de uma chance consiste basicamente na perda de uma oportunidade de obtenção de um benefício ou vantagem futura. Todavia, nem todos são os casos que podem ser enquadrados como perda de uma chance, devendo tal chance possuir uma probabilidade estatística superior a 50% (cinquenta por cento) para poder ser considerada séria e real.⁵

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 10. Ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.3.

³ SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

⁴ CAVALIERI FILHO, p. 75.

⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.4.

1.2 Origem da Teoria da Perda de uma Chance

O primeiro caso de indenização por perda de uma chance remonta do século XIX, mais precisamente em 1889, em uma ação julgada pela Corte de Cassação Francesa, na qual o autor foi lesado por um oficial ministerial que suprimiu todas as possibilidades do demandante de conseguir êxito no feito.⁶

Já a primeira aparição da teoria da perda de uma chance no sistema do Common Law, ocorreu em 1911, no Reino Unido, em um caso no qual o réu impediu a autora de participar da final de um concurso de beleza. Nesse sistema, a referida teoria goza de grande aceitação até hoje e é utilizada em todos os ordenamentos jurídicos que o herdaram.⁷

O primeiro estudo aprofundado sobre a perda de uma chance em responsabilidade civil foi feito na década de quarenta, por Giovanni Pacchioni, na Itália. Neste estudo, Pacchioni, a partir da análise de uma série de casos clássicos de perda de uma chance da doutrina francesa, questionou o que aconteceria se uma pessoa fosse privada de uma possibilidade de lucro pela conduta culposa de um terceiro. Anteriormente, a hipótese de ressarcimento pela perda de uma oportunidade era desprezada pelo Direito, mormente devido à incerteza acerca da efetiva concretização do resultado.⁸

Entretanto, apesar dos estudos e julgados referidos versarem sobre a questão da chance perdida, a origem da teoria da perda de uma chance se deu efetivamente em meados da década de sessenta, na França, em decisão da Corte de Cassação Francesa, em um caso no qual um médico retirou as chances de cura do paciente ao diagnosticá-lo equivocadamente.⁹

⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 10.

⁷ *Ibidem*, p. 11.

⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.7.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

Desde então, a teoria da perda de uma chance foi utilizada em diversas outras decisões da referida Corte. Contudo, em um primeiro momento, a sua utilização se restringia prioritariamente a decisões concernentes a erro médico, tendo em vista a dificuldade de configuração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano.¹⁰

1.3 Evolução Histórica

Os estudos sobre a teoria da perda de uma chance foram impulsionados na Itália a partir dos trabalhos iniciados por Pacchioni. Convém esclarecer que este autor discordava dos julgados franceses, tendo em vista que no ordenamento jurídico italiano ainda não havia previsão de indenização por dano moral, apenas por patrimonial. Esse entendimento também foi seguido por seu compatriota Francesco Donato Busnelli.¹¹

Adriano de Cupis foi quem primeiro reconheceu na Itália a existência de um dano indenizável nos casos de perda de uma chance. Essa corrente já gozava de grande aceitação na França, porém ainda encontrava muita resistência pelos juristas italianos.¹²

A importância de Adriano de Cupis reside basicamente na forma com que visualizou o dano independente do resultado final, diferenciando-se assim de seus precursores, os quais compreendiam a oportunidade perdida como um lucro cessante e não como um dano emergente. O fato de enquadrar o dano por perda de uma chance como dano emergente facilitou a aceitação da sua indenizabilidade, pois dessa forma suprime-se a incerteza sobre a existência do nexo causal entre o agente e o dano, grande impeditivo no ordenamento jurídico italiano à época.¹³

¹⁰ GODIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, vol. 840, p. 22.

¹¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.8.

¹² *Ibidem*, p.10.

¹³ *Ibidem*, p.11.

Outras grandes contribuições de Cupis para o correto entendimento da teoria em comento foram as afirmações de que “a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura” e a de que apenas alguns casos de perda de uma chance seriam indenizáveis.¹⁴ Dessa forma, de Cupis conseguiu dar aceitação a uma teoria que ainda sofria grandes restrições por parte de seus contemporâneos, sendo figura importantíssima na consolidação da mesma.

Já na década de setenta, Maurizio Bocchiola deu continuidade ao modo de entender a problemática da teoria da perda de uma chance iniciado por Adriano de Cupis. Bocchiola retoma a discussão a respeito da distinção entre a chance e o lucro cessante, estabelecendo que o segundo decorre de um direito subjetivo, enquanto que o primeiro deriva de um mero interesse de fato.¹⁵ Por fim, acaba endossando a tese de Adriano de Cupis, o qual entendia que a perda de chance em tempo algum pode ser indenizada como lucro cessante, devendo ser enquadrada como dano emergente.¹⁶

Sérgio Savi assim resume as conclusões de Bocchiola:

A conclusão da importante pesquisa de Bocchiola pode ser assim sintetizada: (i) a chance, desde que com uma probabilidade de sucesso superior a 50%, pode ser considerada um dano certo e, assim, ser indenizável; (ii) será indenizável como dano emergente e não como lucro cessante; (iii) a certeza de tal dano será valorada segundo um cálculo de probabilidade.¹⁷

Outro autor italiano que contribuiu para o desenvolvimento da teoria de perda de uma chance foi Piero Calamandrei. Seus estudos recorreram à estatística como forma de tornar mais fácil a quantificação do valor do dano.¹⁸

¹⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.11.

¹⁵ *Ibidem*, p.15.

¹⁶ *Ibidem*, p.18.

¹⁷ *Ibidem*, p.23.

¹⁸ *Ibidem*, p.20.

As contribuições dos autores italianos supracitados, aliados à vasta jurisprudência francesa, ajudaram de forma significativa no aprimoramento da doutrina. A partir de então, as cortes italianas passaram a ser mais sensíveis ao analisar os casos que envolviam a responsabilidade civil por perda de uma chance, culminando no julgamento do primeiro caso favorável à indenização por esse motivo em 1983.¹⁹

Na aludida decisão é possível perceber nitidamente a utilização dos ensinamentos de Bocchiola, mormente no que tange às premissas de que a indenizabilidade nesses casos deve ocorrer apenas na presença de uma possibilidade maior que 50% (cinquenta por cento) de obtenção da oportunidade e de que a chance deve ser considerada como dano emergente.²⁰ Premissas essas que vigoram até os dias de hoje, representando, portanto, verdadeiros pilares da teoria da perda de uma chance, bem como demonstrando a importância da contribuição de Bocchiola e dos demais autores italianos na consolidação da doutrina.

1.4 A Teoria a Perda de uma Chance no Direito Brasileiro

1.4.1 Doutrina

A responsabilidade por perda de uma chance ainda não foi bem difundida no Direito brasileiro, sendo alvo de poucos estudos aprofundados no território nacional. À exceção das obras de Rafael Peteffi da Silva e Sérgio Savi, são poucas as obras específicas que tratam sobre o tema, fato que desorienta a atuação dos magistrados. Não obstante a falta de material doutrinário, a teoria tem grande aceitação entre os juristas brasileiros, como de demonstrará a seguir.

No seu livro *Direito das Obrigações*, Fernando Noronha divide a perda de uma chance em dois casos:

¹⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.25.

²⁰ *Ibidem*, p.30.

Quando se fala em chance, estamos presentes em situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeito de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso poderemos falar em *frustração da chance de obter uma vantagem futura*, no segundo em *frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido* (portanto, *dano presente*).²¹

A obra de Noronha se destaca entre as demais ao tratar sobre a chance. O autor dedica boa parte de seu trabalho ao tema, abordando desde o surgimento da teoria da perda de uma chance até as suas modalidades: frustração da chance de obter uma vantagem futura e frustração da chance de evitar um dano que aconteceu (dano presente), sendo a segunda subdividida em duas categorias: a perda de uma chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo e a perda de uma chance por falta de informação.²²

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra sobre responsabilidade civil, assim caracteriza a perda de uma chance:

(...)Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante.²³

²¹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 665.

²² *Ibidem*, p. 668.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

Ao tratar da responsabilidade civil por perda de uma chance aplicada à atividade médica, Cavalieri colaciona julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁴, no qual elogia a aplicação da teoria.²⁵

Já o doutrinador José Aguiar Dias prefere analisar uma decisão da década de trinta, referente à responsabilidade civil do advogado, na qual ele faz dura crítica à solução dado ao caso, por entender que a desídia do patrono do autor, que o prejudicou processualmente devido a sua negligência, ensejaria condenação por perda de uma chance.²⁶

Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro sobre responsabilidade civil, expõe uma vasta jurisprudência na qual não foi observada a responsabilidade civil por perda de uma chance, e o dano decorrente desta, sendo os julgados em sua maioria de casos de negligência de advogados nos quais, segundo o entendimento dos magistrados, não ocorreu dano moral indenizável.²⁷

A professora Judith Martins-Costa, por seu turno, ao tratar sobre o tema, afirma:

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda de uma chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.²⁸

²⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 8137-2006, Relator: Des. Roberto de Abreu da Silva *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

²⁶ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 296.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 436.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 362.

Sérgio Viana Severo também tratou do tema em sua obra acerca dos danos extrapatrimoniais. Baseado nos doutrinadores franceses, o autor aborda as condições de aplicação da teoria da perda de uma chance, enquadrando a chance perdida como um dano atual ou futuro.²⁹

Sílvio de Salvo Venosa entende que a perda de uma chance se encontra entre o dano emergente e o lucro cessante, sendo uma terceira espécie de indenização.³⁰ Já Sérgio Novais Reis, analisando a responsabilidade civil do advogado no que tange à perda de uma chance, na contramão dos demais doutrinadores pátrios, trata a indenização por perda de uma chance como lucro cessante³¹, divergindo da corrente prioritária, a qual situa o dano decorrente da perda de uma oportunidade entre o dano emergente e o lucro cessante. A partir desse entendimento, se faz necessária, para que exista o dever de indenizar, a certeza da concretização do resultado final.

Sobre esse ponto específico, Rafael Peteffi da Silva assevera:

(...) A álea que envolver todas as hipóteses por perda de uma chance está em contraposição com essa ideia de certeza. A impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do Direito, passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica do dano, ora como utilização pouco ortodoxa da causalidade.³²

²⁹ SEVERO, Sérgio Viana. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, 11-14.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.

³¹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: Ltr. 1999, p. 15.

³² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 115.

Logo, a visão de Sérgio Novais Dias destoa da teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance, pois enquadra a chance perdida como uma espécie de lucro cessante.³³

Petteffi e Savi vinculam a chance perdida à categoria de dano emergente. Entretanto, Petteffi discorda de Savi no que tange à necessidade de certeza e seriedade da chance perdida, para que essa seja indenizável, sobretudo quanto ao requisito de 50% de probabilidade de obtenção da vantagem.³⁴ Para explicar a sua discordância, Petteffi cita o caso a seguir transcrito:

Se a tendência encontrada no direito italiano fosse apoiada, casos que tratam da perda da chance de obter aprovação em determinado concurso ou licitação pública, comuns nos ordenamentos francês e norte-americano, somente poderiam ser admitidos se restassem apenas dois concorrentes, pois somente desta maneira a vítima poderia obter mais de 50% de chances de lograr êxito no certame público. Caso a última fase de um concurso público contasse com quatro candidatos, aquele que fora eliminado injustificadamente nunca poderia ajuizar uma ação de indenização, pois contaria, dependendo do caso concreto, com algo em torno de 25% de chances de obter sucesso.³⁵

O que é possível verificar a partir da análise da doutrina brasileira sobre o tema, é que, apesar de incipiente, a teoria da perda de uma chance é amplamente aceita. A grande maioria dos doutrinadores comunga da ideia de que só são passíveis de indenização por perda de uma oportunidade os casos em que há uma chance séria e real, ou seja, com uma probabilidade estatística superior a 50% (cinquenta por cento) de concretização.

³³ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: Ltr. 1999, p. 67.

³⁴ SILVA, Rafael Petteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 193.

³⁵ *Ibidem*, p. 142.

1.4.2 Jurisprudência

A responsabilidade por perda de uma chance é tema recorrente nas cortes de todo o país, sobretudo no estado do Rio Grande do Sul. Através de uma simples pesquisa jurisprudencial observam-se várias decisões contemplando o tema. Entretanto, também se verifica uma nítida dissonância entre os julgados nos diferentes estados.

Em pesquisa realizada em outubro de 2012, foram encontrados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 282 acórdãos relacionados ao tema, sendo o caso mais antigo datado de 1990 e o mais recente de 31 de outubro de 2012. No Superior Tribunal de Justiça o número de decisões concernentes a matéria de perda de uma chance alcança a marca de 9.

Sérgio Savi, em pesquisa semelhante, apurou, em janeiro de 2004, 28 acórdãos em que tratavam da teoria da perda de uma chance no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, enquanto, na mesma época, no Superior Tribunal de Justiça, haviam sido julgados apenas 4 recursos com a referida temática.³⁶

O crescimento do número de decisões relacionadas à responsabilidade civil por perda de uma chance nestes tribunais³⁷ demonstra claramente como cada vez mais essa teoria ganha espaço no ordenamento jurídico pátrio.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é pioneiro no Brasil na aplicação da teoria da perda de uma chance na busca por soluções aos dissídios que lhe são apresentados. A corte gaúcha é a que historicamente mais reconheceu a possibilidade de se indenizar o prejudicado pela chance perdida.

³⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.44.

³⁷ O crescimento no número de decisões apurado na pesquisa realizada em outubro de 2012 é de 268 casos novos julgados em 8 anos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e 5 novas decisões no Superior Tribunal de Justiça em relação a pesquisa anterior, realizada em janeiro de 2004 por Sérgio Savi.

O primeiro caso julgado pela referida corte a citar a responsabilidade civil por perda de uma chance data de junho de 1990. No acórdão, o desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, relator, em seu voto, entendeu, que a teoria não se aplicava ao caso concreto. Cuidava-se de ação de indenização por erro médico. Contudo, tendo em vista que foi possível estabelecer nexos de causalidade entre o dano final e a atitude culposa do médico, não havia que se falar em indenização por perda de uma chance.

Nesse sentido, confira-se a ementa do supracitado acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NÃO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E DE INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE.³⁸

Já no último caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 31 de outubro de 2012, é possível verificar claramente uma grande evolução na questão da uniformidade do entendimento da corte. Tratava-se ação de indenização por responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance. A autora aduziu que o seu advogado anteriormente constituído a fez desistir da ação, sendo homologado acordo entre as partes do processo, fazendo com que a ação fosse extinta sem o julgamento do mérito.

Ao analisar a prova contida nos autos, o tribunal julgou pelo improvimento do apelo interposto pelo demandante, tendo em vista que a responsabilidade civil do advogado é obrigação de meio, e não de resultado, conforme se extrai do trecho do voto do Desembargador Gelson Rolim Stocker:

³⁸ RIO GRANDE DE SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 589069996. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 de jun. 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>>. Acesso em: 30 out. 2012.

Inicialmente, insta salientar que a responsabilidade civil do advogado é subjetiva, sendo obrigação de meio, e não de resultado, devendo o mesmo promover a defesa de seu cliente com atenção, diligência e técnica adequada, não se responsabilizando pelo sucesso ou insucesso da demanda, salvo nas hipóteses em que comprovadamente agir com dolo ou culpa grave.

A respeito da responsabilidade civil do advogado, doutrina de Sergio Cavaliere Filho:

Não é obrigado o advogado a aceitar o patrocínio de uma causa, mas, se firmar contrato com o cliente, assume obrigação de meio, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. A obrigação é defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa.

Quando atua com autonomia e sem subordinação (por conta própria), o advogado é um profissional liberal e, como tal, tem responsabilidade subjetiva. Em seu sistema de responsabilidade objetiva, o Código do Consumidor abriu exceção em favor dos profissionais liberais em seu art. 14, §4º, conforme vimos quando tratamos da responsabilidade médica (item 112). “A responsabilidade em favor dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Vale dizer, os profissionais liberais, embora prestadores de serviço, respondem subjetivamente. “No mais, como já ressaltado, submetem-se aos princípios do CDC.”

Embora contratual, não há presunção de culpa nessa espécie de responsabilidade, o que importa dizer que a culpa do advogado terá que ser provada. O cliente só poderá responsabilizá-lo pelo insucesso da demanda provando ter ele obrado com dolo ou culpa. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 32, é também expressa nesse sentido. Via de regra, a responsabilização do advogado tem lugar quando a sua atuação provoca sanção para o cliente por litigância de má-fé, tal como previsto nos arts. 16-18 do CPC – “deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso: altera a verdade dos fatos; opõe resistência injustificada ao andamento do processo; provoca incidente manifestamente protelatório”.

Mais comuns, tal como em relação aos médicos, são os casos de responsabilização do advogado por culpa grave decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, e omissão negligente no desempenho do

mandato, como, por exemplo, perder o prazo para contestar, para recorrer, para fazer o preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante.³⁹

Cumprido salientar que esta matéria específica tratada no caso acima, referente a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance, está amplamente pacificada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como se pode verificar nitidamente a partir da iterada jurisprudência uníssona a seguir colacionada:

APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. PERDA DE UMA CHANCE. NÃO-VERIFICADA. A perda de uma chance leva a caracterização da responsabilidade civil do causídico não quando há mera probabilidade de reforma de uma decisão lançada no processo, porém quando a alteração dessa vai além da eventualidade, tangenciando a certeza. Caso concreto em que restou demonstrado que a conduta da advogado do réu, ao protocolar pedido de desistência que conduziu à extinção da ação proposta em prol da parte autora, não gerou perda de uma chance a sua cliente. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70049606965, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 09/08/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. EXERCÍCIO DO MANDATO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONDUITA REPROVÁVEL DO PROFISSIONAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. A não-interposição de recurso de apelação contra sentença que julgou improcedente ação proposta anteriormente pela autora não caracteriza, por si só, desídia do advogado. Responsabilidade subjetiva, decorrente de obrigação, via de regra, de meio, e não de resultado. Art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance. Caso em que a improcedência da ação se deu em decorrência de matéria de fato, e não em virtude de alguma tese de direito, amplamente discutida e aceita na jurisprudência, cujo acolhimento pudesse levar a desfecho diverso daquele

³⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70050193705. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Gelson Rolim Stocker. Porto Alegre, 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AGelson%2520Rolim%2520Stocker&as_q=>>. Acesso em: 31 out. 2012.

preconizado no juízo de origem. Precedentes. 3. O advogado contratado tem o dever de ser zeloso e diligente na atividade que desenvolve frente ao seu cliente. Recurso que não foi interposto por convicção do profissional. Não houve, no caso vertente, perda de algum prazo processual. Tampouco deixou o apelado de apresentar argumentos que deveriam ter sido expendidos, ou produzir provas que, se realizadas, poderiam conduzir a resultado outro que não a improcedência da ação. Ausência de prova do agir culposo do causídico. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70039696836, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 15/12/2010).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil do advogado é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC. A obrigação assumida pelo profissional do direito é de meio e não de resultado. Neste tipo de contrato o objeto da obrigação não é o êxito na causa ou a absolvição do cliente, e sim o desempenho cuidadoso e consciente do mandato, dentro da técnica usual. Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal e age com impropriedade técnica ao ajuizar demanda. Caso em que não restou comprovado o agir negligente dos advogados contratados pelo autor para realizar defesa em demanda indenizatória. Mantido o valor da verba honorária arbitrada em favor do advogado da parte ré. APELOS DESPROVIDOS. PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO. (Apelação Cível Nº 70032568479, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 16/09/2010).

O que talvez explique o fato de ter até hoje a corte gaúcha sido a que mais trabalhou a teoria da perda de uma chance é a realização da conferência proferida por François Chabas, grande estudioso francês sobre o tema, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em maio de 1990.⁴⁰ Coincidentemente, ou não, foi a partir de então que surgiram as primeiras decisões que versaram sobre o tema em comento.

⁴⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 668.

O número de acórdãos oriundos dos temas tribunais pátrios que abordam a teoria da perda de uma chance é bem mais escasso do que os apresentados na corte gaúcha, a saber: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 31 acórdãos; Tribunal de Justiça de São Paulo, 368 acórdãos; Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 42 acórdãos; Tribunal de Justiça do Paraná, 79 acórdãos; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 8 acórdãos.⁴¹

Os diversos tribunais do país, nos quais por vezes já foi difícil o reconhecimento da responsabilidade civil por perda de uma chance - fato que desencorajava os advogados a invocarem esse instituto jurídico - hoje são consideravelmente mais favoráveis à indenização por perda de uma oportunidade, como se pode notar a partir dos mais recentes julgados dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo:

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ação ajuizada por Condomínio contra ex-síndica, objetivando obter reparação por danos materiais e morais, em decorrência de sua condenação à revelia, em ação trabalhista movida por ex-empregado. Sentença de procedência parcial. Razões recursais da Ré no sentido de que inexistiu a perda de uma chance, pois, ainda que o Condomínio estivesse representado em juízo, o resultado teria sido o mesmo, diante do descumprimento dos direitos trabalhistas do empregado. Tese recursal que não afasta a responsabilidade da Ré. O advento da teoria da perda da chance trouxe a possibilidade de reparação de uma nova modalidade de dano, independente do resultado final, desde que derivado da ação ou omissão de um agente que importasse em privação a outrem da oportunidade de chegar a este resultado, possibilitando que fosse responsabilizado por isso, ainda que este evento futuro não fosse objeto de certeza absoluta. No caso, a ausência de representação do Condomínio Apelado nos autos da ação trabalhista, mesmo que não bastasse para ocasionar um resultado que lhe fosse totalmente favorável, privou-o da oportunidade de alcançar um êxito ainda que parcial ou, de evitar maiores

⁴¹ Pesquisa realizada em 30/10/2012 nos sites dos Tribunais de Justiça dos referidos estados. Note-se que o número de julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo é alto, contudo, levando-se em consideração o estado de São Paulo concentra mais de 20% da população brasileira (para efeito de comparação, o Rio Grande do Sul concentra menos de 6%), conseqüentemente a quantidade de demandas nessa corte é significativamente superior às demais, o que demonstra que, proporcionalmente, o número de acórdãos sobre a matéria nessa corte é baixo.

prejuízos. Nexo de causalidade configurado. Presença dos requisitos necessários à responsabilização da Ré pela condenação do Autor à revelia: a culpa, o dano e o nexos de causalidade, resultantes da combinação dos arts. 186, 927, c/c 1348, II, do Código Civil. Recurso desprovido. (Apelação 0257243-61.2010.8.19.0001. Desembargador Carlos Eduardo Moreira Silva. Julgamento: 12/06/2012. Nona Câmara Cível - TJ/RJ).

Apelação. Indenização por danos morais e materiais. Pretendida responsabilização do médico e do hospital por danos morais e materiais, em virtude do falecimento de paciente, marido da Autora. Prestação de serviço defeituoso não comprovada com relação ao médico. Responsabilidade objetiva do hospital, nos termos do artigo 14, "caput", do CDC, por não disponibilizado o exame de angiografia, necessário ao adequado diagnóstico. Situação que permite a aplicação da teoria da perda de uma chance. Critério a ser empregado para a quantificação da compensação pela perda da oportunidade que não se confunde com a indenização cabível para as hipóteses em que a responsabilidade do dano é integralmente imputada ao Réu. Danos materiais indevidos. Arbitramento de compensação por danos morais em razão do inegável sofrimento decorrente da perda da oportunidade, também limitado ao critério supramencionado. Valor fixado à corré Santa Casa em R\$ 66.000,00. Recurso do corréu José Luis provido, com inversão da sucumbência, e provido em parte o recurso da corré Santa Casa, mantida a sucumbência, por considerada prevalente. (Apelação 9113281-63.2009.8.26.0000. Relator João Pazine Neto. Comarca de São Carlos-SP. 3ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 30/10/2012).

Mesmo os tribunais reconhecendo a possibilidade de reparação pela chance perdida, os conceitos acerca do enquadramento do dano decorrente da perda de uma vantagem ainda são assimétricos. Em algumas decisões, a perda de uma chance é inserida no conceito de dano moral. Em outras, como uma espécie de lucro cessante, sendo poucas vezes conceituada como a maior parte da doutrina preceitua, na modalidade de dano emergente.

2 DO DANO DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Configuração do Dano por Perda de uma Chance

Conforme visto anteriormente, para que se configure efetivamente a perda de uma chance indenizável, é imprescindível que a chance não obtida seja séria e real, e não apenas uma mera possibilidade aleatória de se obter uma vantagem. Esta última situação seria de um dano hipotético, o qual, portanto, não é indenizável.

Com efeito, para fins de indenização de chance perdida, faz-se necessária a produção de prova de que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada é de no mínimo 50% (cinquenta por cento).⁴²

A respeito dessa premissa, vale transcrever trecho da obra de Fernando Noronha:

Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria *chance perdida*, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado⁴³.(grifo do autor)

⁴² SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.61.

⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 666.

Rafael Peteffi, embasando-se na doutrina francesa e nas lições extraídas do Common Law, defende que a perda de uma chance, em alguns casos, ocorre independentemente da configuração do dano final, ou seja, é enquadrada como dano específico, e, em outros casos, é empregada quando existe a perda da vantagem esperada (dano final), dependendo do caso concreto.⁴⁴

Sobre a jurisprudência francesa, Peteffi assevera que “a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada”.⁴⁵

Sergio Cavalieri Filho, nesta seara, é enfático ao afirmar que “a chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético”⁴⁶ e acrescenta “a indenização, por sua vez, deverá ser da chance, da perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, e não os danos perdidos”.⁴⁷

A chance perdida só tem a possibilidade de ser reparada caso o dano seja certo. Este dano pode ser tanto futuro, quando ocorre a frustração de uma vantagem que poderia se concretizar, quanto presente, quando ocorre a frustração da possibilidade de ter impedido um prejuízo efetivamente verificado. Sendo assim, o dano decorrente da perda de uma chance opõe-se ao dano final, haja vista tratar-se esse último de um dano incerto, hipotético.⁴⁸

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 105-106

⁴⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁴⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 666.

Sérgio Severo, com base nos ensinamentos de Le Touneau, entende que, para que o dano decorrente da chance perdida seja indenizável, é indispensável que essa seja “plausível e não aponte uma simples quimera”.⁴⁹

Essa é também a posição compartilhada por Judith Martins-Costa, que cita o art. 403, abaixo transcrito, para afastar a indenização pelo dano final, tendo em vista ser meramente hipotético, considerando necessário para o dever de indenizar a perda da chance séria e real, bem como o nexo de causalidade entre esta e a ação ilícita.⁵⁰

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.⁵¹

Destarte, a chance perdida séria e real deve ser indenizada, na medida da probabilidade da obtenção da vantagem esperada. Todavia, o dano final, a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima, não enseja indenização. Em outras palavras, “a indenização das chances subtraídas pela conduta do réu é o único caminho para que a vítima seja reparada de alguma forma”.⁵²

2.2 Classificação do Dano por Perda de uma Chance

A maior parte da doutrina qualifica a indenização por perda de uma chance como uma terceira espécie de dano patrimonial. Entretanto, ainda existe muita divergência entre os juristas acerca do enquadramento do dano decorrente da perda de uma chance – se deve ser qualificado como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante.

⁴⁹ LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 3 ed. Paris, Dalloz, 1982, p.170 *apud* SEVERO, Sérgio Viana. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.13.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 362.

⁵¹ BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

⁵² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 105.

A doutrina italiana, tendo como maiores expoentes os autores Bocchiola e Adriano de Cupis, preceitua que em hipótese alguma o dano decorrente da chance perdida deve ser tratado como lucro cessante, mas sim como dano emergente. De acordo com eles o ônus da prova no lucro cessante cabe ao autor, o qual deve fazer prova dos requisitos e pressupostos imprescindíveis à apuração deste lucro. Todavia, nos casos de perda de uma chance, não é possível a demonstração do dano final, impossibilitando seu enquadramento como lucro cessante.⁵³

Em julgados mais recentes da Corte de Cassação Italiana (*Corte de Cassazione*), após longos anos inadmitindo a indenização da chance perdida por tratá-la como dano futuro hipotético, o dano decorrente da perda de uma chance passou a ser visto como um dano autônomo e indenizável de forma direta.⁵⁴

Em seu programa de responsabilidade civil, Sergio Cavalieri classifica a perda de uma chance como dano patrimonial, em conjunto com o lucro cessante e do dano emergente, por entender que o “dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro”.⁵⁵

Já Sérgio Severo assevera que a chance perdida pode “constituir um dano atual ou futuro, assim como ocorrer tanto na responsabilidade delitual como na contratual” e conclui que “o montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ter sido evitadas”.⁵⁶

Partindo das premissas estabelecidas pela doutrina italiana, Sergio Savi insere a perda de uma chance no conceito de “sub espécie de dano material emergente”.⁵⁷ No entanto, a partir da análise de diversos acórdãos da jurisprudência brasileira, o autor verifica que, em muitos julgados, a perda de uma chance é

⁵³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.18.

⁵⁴ *Ibidem*, p.33.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** - 7. Ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

⁵⁶ SEVERO, Sérgio Viana. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.13.

⁵⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.53

considerada como dano moral, ou, ainda “*exclusivamente* como mais um fator, “um agregador” do dano moral”.⁵⁸

Nesse sentido, é imperiosa a transcrição da conclusão de Savi:

Em conclusão, haverá casos em que a perda de uma chance, além de representar um dano material poderá, *também*, ser considerada um “agregador” do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda de uma chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano *exclusivamente* moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, o mesmo poderá configurar um dano material, uma sub espécie de dano emergente.⁵⁹(grifo do autor)

Assim, de acordo com os preceitos de Savi, em que pese a chance perdida tratar-se de dano emergente, em algumas hipóteses, quando não presentes as condições básicas para sua configuração (ser séria e real), esta também pode ser considerada como dano moral.

Contrariando grande parte da doutrina, Sérgio Novais Dias entende que a perda de uma chance é uma modalidade de lucro cessante.⁶⁰ Sua posição divergente se deve, principalmente, ao fato de não ter recorrido às doutrinas italiana e francesa, bem como por ter sido um dos primeiros autores brasileiros a tratar mais aprofundadamente sobre a responsabilidade civil por perda de uma chance.

Ademais, para o referido autor, a única hipótese na qual a chance poderia ser considerada como dano extrapatrimonial é a do advogado, que, por desídia, não recorre, ainda que o recurso não tivesse chance significativa de êxito:

⁵⁸ SAVI, loc. cit.

⁵⁹ *Ibidem*, p.56.

⁶⁰ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: Ltr. 1999, p. 67.

É claro que toda vez em que o advogado deixa de recorrer o cliente perde a chance de ver a questão reexaminada pela instância superior. Contudo, nas situações em que, pela matéria discutida, não havia a possibilidade de sucesso, não se pode cogitar de dano extrapatrimonial causado pelo advogado, porque o prejuízo material sofrido pelo cliente não terá decorrido da falta de recurso, pois este, sem chances e êxito, nenhuma alteração para melhor ensejaria em favor do cliente. Neste caso, o dano que se considerar, embora nem sempre ocorra, é extrapatrimonial, ou dano moral, consistente na frustração decorrente de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior.⁶¹

José Aguiar Dias coaduna do mesmo pensamento de Novais Dias, tratando a perda de uma chance como lucro cessante. Por defender essa posição, ele encontra obstáculos no momento de quantificar o dano decorrente da chance perdida, pois não consegue preencher o requisito da certeza do dano.⁶²

O grande problema de inserir a perda de uma chance no conceito de lucro cessante reside basicamente na necessidade da produção de prova que certifique o dano final. Ocorre que, por sua natureza aleatória, esse tipo de prova é inviável, impossibilitando qualquer ressarcimento da chance perdida por si só considerada.⁶³

Antonio Jeová Santos insere o dano decorrente da chance perdida entre os danos extrapatrimoniais. Assim como outros juristas já citados, ele considera a chance perdida como dano moral futuro, devendo esta chance ser séria e provável para que enseje indenização. Ademais, ressalta que em casos improváveis, a chance perdida pode ser apenas um “agregador de dano moral”.⁶⁴

Sílvio Luis Venosa enquadra a chance perdida dentro de um terceiro gênero de indenização. De acordo com ele, a perda de uma chance estaria “a meio caminho

⁶¹ DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: Ltr. 1999, p. 67.

⁶² AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 296.

⁶³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.39.

⁶⁴ SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110.

entre o dano emergente e o lucro cessante”, sendo o dano decorrente da chance perdida indenizável desde que haja um certo grau de probabilidade.⁶⁵

Consoante se depreende dos estudos do posicionamento adotado por cada um dos referidos autores a respeito da matéria, ainda não há uma solução uniforme acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas. Contudo, o entendimento predominante é de que se trata de uma terceira espécie de dano material, intermediário entre o lucro cessante e o dano emergente.

2.3 Previsão Legal

Tendo em vista tratar-se de um tema recente no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil por perda de uma chance ainda não tem previsão legal no direito pátrio, estando o seu estudo e a sua aplicação à revelia da doutrina e da jurisprudência.

Desenvolvido sob grande influência dos códigos civis francês e italiano, o Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta um sistema de responsabilidade civil semelhante aos dos sistemas dos referidos países europeus. A exemplo deles, o Código Civil pátrio adotou um conceito amplo de dano, já que não delimitado pelas espécies de dano nele abrangidas.⁶⁶

Da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro é que se extrai o referido conceito de dano:

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.

⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**, 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 200.

⁶⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.84.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁶⁷

Antes do advento do novo Código Civil, Clóvis do Couto e Silva entendia que o motivo que constituía um óbice para o acolhimento pleno da responsabilidade civil por perda de uma chance consistia no fato de que o artigo 159 do Código Civil de 1916 remetia o julgador aos artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553, para fins de verificação de culpa e avaliação de responsabilidade, enumerando especificamente os bens protegidos pelo ordenamento jurídico.⁶⁸ Todavia, para Sérgio Savi o “novo Código Civil, ao tratar de Indenização no Capítulo II, do Título IX, alterou os artigos acima referidos, os quais, atualmente, encontram-se nos arts. 948 e 949”⁶⁹. Os referidos artigos seguem abaixo transcritos:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.⁷⁰

Rafael Peteffi faz uma importante ressalva no que tange à utilização do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil Brasileiro para fundamentar a responsabilidade civil por perda de uma chance, o qual assim dispõe:

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.222 *apud* SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.84.

⁶⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.85.

⁷⁰ BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.⁷¹

O alerta do autor é relativo às decisões judiciais que afirmam que a culpa do ofensor está em desproporção com o dano causado, ou seja, com o dano final, haja vista tratar-se a questão de mera análise do dano e da causalidade.⁷²

Conforme se verifica a partir da leitura dos artigos suprarreferidos, não existe óbice à indenização decorrente da responsabilidade civil por perda de uma chance, mormente porque o novo Código Civil Brasileiro prevê indenização por dano de qualquer natureza sofrido pela vítima. Desse modo, através da interpretação do Código, é possível concluir que, sempre que for séria e for provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda de uma vantagem, a chance perdida será passível de indenização.⁷³

⁷¹ BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

⁷² SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 231.

⁷³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.86.

3 QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE

3.1 Parâmetros para a Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance

Observando a jurisprudência sobre a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é possível verificar que, apesar de ser reconhecida em muitos casos, não existe um parâmetro comum para sua quantificação, ocorrendo muitos equívocos e divergências, visto que “o único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz”.⁷⁴ Apesar de não haver um consenso na doutrina, alguns autores trataram dessa questão, cingindo considerações importantes, as quais podem mitigar os problemas encontrados pelos magistrados no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima.

Carlos Roberto Gonçalves exemplifica como deve ocorrer a quantificação do dano nos casos de responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance:

A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção de vantagem esperada. Desse modo, se o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra o advogado desidioso entender, depois de uma análise cuidadosa das probabilidades de sucesso da ação em que este perdeu o prazo para a interposição do recurso adequado, que a chance de obter o resultado útil esperado era, por exemplo 70%, fará incidir esta chance sobre tal resultado. Assim, a indenização pela perda da chance será fixada em 70% do valor pretendido na ação tornada infrutífera devido a negligência do advogado.⁷⁵

⁷⁴ ZULIANI, Ênio. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out. Nov. 2002, p.8.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 436.

Sobre a quantificação da indenização pelo dano decorrente da chance perdida, Fernando Noronha assevera que a atribuição do valor depende da probabilidade de concretização do resultado esperado, devendo essa probabilidade ser traduzida como uma percentual sobre o valor do dano total (ou dano final) que a vítima teria caso a oportunidade almejada fosse materializada. Assim se manifesta o autor sobre a apuração do cálculo da indenização:

Esse cálculo será relativamente fácil somente nos casos em que existam condições de determinar quais seriam o valor do dano total e o percentual de probabilidade. Assim, aproveitando um exemplo de Yves Cartier, reproduzido por Peteffi da Silva [2001, p. 28], se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chances de reverter a sentença, a indenização final pela perda da chance deveria ser de três mil reais.

Nos demais casos, o cálculo da probabilidade nunca será fácil, mas seguramente sem ser mais difícil do que os casos de arbitramento de reparações por danos não patrimoniais.⁷⁶

Cabe frisar que, não obstante a reparação ser concedida sob forma de porcentagem incidente sobre o valor que teria o dano final, não significa que se esteja concedendo uma indenização parcial. A indenização é integral, haja vista que tem como medida a extensão do dano. O que ocorre é que a chance perdida tem um valor menor do que o dano final (total).⁷⁷

Sérgio Savi, forte nas premissas de Adriano de Cupis, ensina que para o cálculo da indenização por perda de uma chance, deve-se partir do dano final, incidindo sobre esse um coeficiente de redução proporcional à efetiva probabilidade

⁷⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 675.

⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

de obtenção da vantagem desejada. Assim, a quantificação da indenização deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz.⁷⁸

Para facilitar o cálculo quantitativo da reparação por dano decorrente da chance perdida, a Corte de Cassação Italiana (*Corte di Cassazioni*), estabeleceu a seguinte fórmula, a qual foi representada na obra de Savi: “VIP = VRF x Y, onde: VIP = valor da indenização da chance perdida; VRF = valor do resultado final; Y = percentual de probabilidade de obtenção do resultado final”.⁷⁹

Cabe ressaltar que a maioria dos autores só considera o dever de indenizar pela chance perdida caso essa tenha uma probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) de concretização, para que a perda de uma chance seja admitida como séria e real. Todavia, existem correntes da doutrina, que, apesar de concordarem com o método de apuração do cálculo da indenização por perda de uma chance baseado na multiplicação do coeficiente de probabilidade pelo valor de vantagem esperada, discordam no que tange à necessidade da perda de uma chance ter a probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) para que essa seja indenizável.

Um dos juristas que compartilha desse entendimento é Rafael Peteffi. Em sua obra, através de um estudo dos julgados sobre responsabilidade civil por perda de uma chance no sistema da Common Law norte-americana, conclui que o método de cálculo referido deve ser utilizado apenas nos casos em que a perda de uma chance se caracterize com um dano autônomo e independente. Em contrapartida, nos casos em que, verificada através da utilização da causalidade parcial, a chance perdida não passasse de uma parcela do dano final, o método mais adequado seria o de Paul Speaker.⁸⁰

Imperioso apresentar aqui um exemplo da fórmula de Paul Speaker:

⁷⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.85.

⁷⁹ *Ibidem*, p.32.

⁸⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 154.

Nos casos de criação de riscos, como o dano final ainda não se realizou nem se pode precisar se um dia se realizará, é impossível separar o grupo que efetivamente sofreu o dano final do grupo que, apesar de ter chances subtraídas pela conduta do réu, não sofreu o dano final. Nesse sentido, a metodologia tradicional de quantificação é a mais adequada. Assim, no caso de uma pessoa que possuía cinco por cento (5%) de probabilidade de contrair câncer e, após uma falha médica, passa a apresentar um risco de vinte por cento (20%) de desenvolver a aludida doença, a indenização deverá ser calculada em quinze por cento (15%) do valor que seria atribuído ao dano final (efetiva manifestação da doença).⁸¹

Com efeito, é de suma importância ressaltar que o direito norte-americano, no qual Paul Speaker está paradigmaticamente inserido, trata basicamente de casos de perda de uma chance no campo do erro médico. Sendo assim, o aludido autor não cita os casos recorrentes na doutrina francesa e italiana. Ainda assim, não obstante a ressalva feita, Peteffi conclui “se não forem considerados os casos de risco criado propriamente dito, a referida fórmula estará apta a quantificar todo e qualquer caso de perda de uma chance. Ressalte-se que, nos casos em que o processo aleatório não chegou até o final, a sua utilização indicará um resultado idêntico ao verificado com a adoção da metodologia tradicional”.⁸²

Diante do exposto, resta claro que apenas alguns autores se aventuraram no tema da quantificação da indenização por perda de uma chance. A grande maioria se pautou pelos julgados das cortes de cassação francesa e italiana, estabelecendo a fórmula que prevê que o valor da indenização da perda de uma chance é definido pelo valor do dano final, ou seja, da vantagem esperada, incidindo sobre esta o coeficiente de probabilidade do resultado desejado, obtendo-se assim o valor da reparação pela chance perdida. A exceção ficou por conta de Rafael Peteffi, que se baseou na doutrina da Common Law para apresentar uma alternativa metodológica para a apuração do cálculo da indenização da chance perdida.

⁸¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 153.

⁸² *Ibidem*, p. 154.

3.2 Caso Show do Milhão

O caso em epígrafe é emblemático na jurisprudência brasileira. O incidente ocorreu no programa televisivo de perguntas e respostas “Show do Milhão” do Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) em 2001. Confira-se a ementa do acórdão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DE 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 de oportunidade.
2. Recurso conhecido e, em parte, provido.⁸³

Consoante se depreende da leitura do relatório do suprarreferido acórdão, cuida-se de ação de indenização por dano moral e material em decorrência do incidente ocorrido no programa “Show do Milhão”, veiculado pelo SBT. O aludido programa era um concurso de perguntas e respostas sobre conhecimento gerais, cujo prêmio podia atingir até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), caso o participante acertasse todas as respostas.

De acordo com o regulamento do programa, no momento em que o participante acertasse a resposta da penúltima pergunta, ele acumularia o montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), tendo então o direito a escolher se responderia a “pergunta do milhão”, que pagava o prêmio máximo em caso de acerto, ou se recusaria responder a última pergunta, ficando assim com metade do prêmio máximo, tendo em vista que, errando a última questão o participante perderia todo o valor acumulado até aí.

⁸³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 788459/BA (2005/0172410-9). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 8 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+de+milh%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 5 nov. 2012.

A demandante da ação em tela conseguiu responder todas as perguntas que lhe foram feitas, acumulando o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), obtendo o direito de, caso quisesse, responder a “pergunta do milhão”. Entretanto, quando apresentada a derradeira pergunta, a requerente optou por não respondê-la, ficando assim com a metade do prêmio máximo.

Ocorre que dentre as respostas apresentadas para a “pergunta do milhão”, nenhuma estava correta, fato que motivou a autora a ingressar com a ação indenizatória, pleiteando a importância de R\$ 500.000,00, correspondente ao valor que deixou de auferir em função da conduta da ré. Confira-se a “pergunta do milhão” e as respostas propostas: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro? (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%”.

A pergunta efetivamente não possuía resposta, porquanto não existe qualquer previsão legal na Constituição Federal estabelecendo o percentual do território brasileiro destinado aos índios.

Em sua defesa, a demandada, com fulcro no artigo 231 da Constituição Federal, alegou que questão teria resposta. Veja-se o referido artigo:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.⁸⁴

Todavia, não prosperaram as alegações da requerida em primeira instância, tendo sido a ação julgada parcialmente procedente. No tocante à perda de uma chance, importante a transcrição de parte da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador:

⁸⁴ BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

Conclui-se, assim, que sendo a pergunta verdadeiramente irrespondível, foi retirada da autora a CHANCE de ganhar o prêmio máximo do jogo, o que inevitavelmente constituiu-se num prejuízo a ser ressarcido.

A perda de uma chance consiste no fato de que a autora perdeu oportunidade de tentar realmente acertar a pergunta que lhe daria o prêmio máximo, em face de sua má formulação.

É certo que não se poderá jamais saber se ela acertaria a resposta (se essa existisse), e nisso consiste o fundamento da teoria da perda de uma chance: é que nunca se virá a saber se o resultado positivo realmente aconteceria, uma vez que a chance de tal ocorrer passou... e não haverá retorno.

Conforme se depreende da sentença, o demandado foi condenado a arcar com o valor referente a quantia que a autora auferiria caso acertasse a “pergunta do milhão”, ou seja, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Assim, em que pese a fundamentação do juízo acerca da teoria da perda de uma chance, a indenização foi arbitrada a título de dano materiais, sendo o réu condenado ao pagamento do valor integral da vantagem almejada.

Ocorre que, conforme o entendimento já exposto, “a indenização pela chance perdida será sempre inferior ao montante que a parte receberia se a oportunidade de um ganho não tivesse sido perdida e o ganho tivesse se verificado”.⁸⁵

Destarte, considerando a eterna incerteza sobre se a autora acertaria a pergunta ou não (assumindo que a questão tivesse efetivamente uma resposta), a indenização não poderia ter sido arbitrada no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Posteriormente, a requerida apelou da sentença. O Tribunal de Justiça da Bahia negou provimento ao recurso. Inconformada, a ré interpôs recurso especial, por entender que a chance de a demandante acertar a “pergunta do milhão”, na hipótese de esta ser formulada corretamente, era de apenas 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que para cada pergunta existem quatro assertivas. Dessa

⁸⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.77.

forma, requereu a diminuição do valor fixado em sede de sentença para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), ou seja, um quarto do valor em comento.

O recurso especial foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que acabou reduzindo a indenização para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), tal como pleiteado pela recorrente. O Ministro-Relator Fernando Gonçalves, interpretando a teoria da perda de uma chance, arbitrou o referido montante, por entender que a conduta da ré impediu que a autora atingisse o prêmio máximo, fixando o valor da indenização com base na probabilidade estatística que a autora tinha de acertar a última pergunta, no caso, 25% (vinte e cinco por cento).

Imperiosa a transcrição do trecho do acórdão que se prestou a quantificar o dano relativo à perda da chance:

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

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (reflita no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa antes as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese, de erro, apenas R\$ 300,00 (trezentos reais)).

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

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta,

justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

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

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) – equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma “probabilidade matemática” de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

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).⁸⁶

Da leitura do acórdão, extrai-se que a conclusão encontrada pelo Ministro-Relator foi de que é impossível dizer ao certo se a autora acertaria de fato a questão caso um novo questionamento fosse formulado. Essa incerteza, de acordo com o julgador, impossibilita a condenação da requerida ao pagamento integral do valor da última pergunta, sendo mais apropriado o montante sugerido pela ora recorrente.

O Ministro Fernando Gonçalves fez uso da probabilidade estatística para calcular o valor da indenização. Considerando que havia quatro possibilidades de resposta, concluiu que as chances da autora eram de 25% (vinte e cinco por cento),

⁸⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 788459/BA (2005/0172410-9). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 8 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+de+mil%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 5 nov. 2012.

condenando a requerida ao pagamento dos 25% (um quarto) dos R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Sobre o julgado, confira-se o comentário de Sérgio Savi:

O acórdão é, em nosso sentir, quase impecável e, sem dúvida, merecedor de nossos aplausos pela forma técnica em que foi elaborado. Os critérios, limites e a forma de aplicação da teoria defendidos neste livro foram acolhidos quase integralmente. O único reparo que entendemos cabível e que implicaria a modificação do julgado, diz com os limites para a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

Isto porque, conforme anteriormente exposto, entendemos que as chances, para serem consideradas sérias, reais e, portanto, passíveis de indenização, precisarão ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõem a Quarta turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances era de apenas 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida.

Não há como afirmar que o acórdão está equivocado. A diferença entre o entendimento esposado pelo STJ neste acórdão e aquele que por nós defendido neste livro é, tão somente, em relação ao critério a ser adotado.⁸⁷

Também digno de nota é o comentário de Rafael Pettefi acerca do *decisum* supracitado:

O presente acórdão tem importância cabal, pois ratifica o entendimento do Tribunal com a responsabilidade de dar a última palavra em matéria civil infra- constitucional de aceitação da teoria da perda da chance. Apesar de a decisão ser digna de aplausos, acreditamos que a quantificação do dano poderia sofrer leve majoração. É forçoso admitir que, no caso em tela, qualquer pessoa, mesmo uma criança em tenra idade ou um amental, teria, matematicamente, ao menos 25% de chances de acertar a derradeira pergunta do programa televisivo. Como a vítima havia mostrado, durante o

⁸⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.79-81.

próprio programa, impressionante conhecimento enciclopédico, acreditamos que, mesmo levando em conta o elevado grau de complexidade da “pergunta do milhão”, a indenização poderia ter ficado um pouco acima dos 25% concedidos pelo julgamento final.⁸⁸

Percebe-se no caso em comento que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada era de apenas 25%, contrariando o preceito doutrinário de que para que uma chance seja considerada séria e real, essa deve ser superior a 50%. Entretanto, a autora era dotada de um notável saber enciclopédico, tendo em vista o êxito obtido nas respostas de todas as perguntas anteriores, motivo pelo qual as suas chances, na verdade, seriam superiores aos 25%. Ocorre que, é inviável quantificar estatisticamente a vantagem intelectual que a autora aparentava possuir, sendo, por isso, correta, ainda que objetiva, a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, o caso do “Show do Milhão” se tornou emblemático na jurisprudência brasileira, sobretudo pela abordagem das premissas da teoria da perda de uma chance. Em contrapartida, é possível observar que a teoria ainda não está consolidada no ordenamento pátrio, tendo em vista que em primeira e segunda instância o valor arbitrado a título de perda de uma chance foi o do dano final, pressupondo a certeza de que a autora acertaria a última pergunta do concurso. Apenas no Superior Tribunal Federal foi reconhecida a perda de uma chance de fato, ocorrendo a correta quantificação do valor da perda da vantagem esperada.

3.3 A Quantificação da Indenização por Perda de uma Chance na Jurisprudência

A quantificação dos danos decorrentes da perda de uma chance é a questão relacionada ao tema discutido em que mais ocorrem equívocos por parte dos julgadores. Na maioria das vezes, a responsabilidade civil por perda de uma chance é reconhecida. Contudo, no momento de quantificar o dano sofrido pela vítima, o

⁸⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparada e brasileiro**. 2.ed. – São Paulo: Atlas 2009, p. 202-203.

magistrado comete equívocos, principalmente inobservar, ou mesmo por desconhecer a doutrina especializada.

É o que ocorreu quando do julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da Apelação Cível nº 70017604893, cuja ementa segue transcrita abaixo:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. PERDA DE CHANCE DE RECORRER. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DE UMA DEMANDA, POR SI SÓ, NÃO CONDUZ A RESPONSABILIZAÇÃO AUTOMÁTICA DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS, ATÉ PORQUE A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS É DE MEIO E NÃO DE FIM. NO CASO DOS AUTOS, ENTRETANTO, VERIFICA-SE QUE A INSTRUÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO FOI DEFICIENTE, ALÉM DE QUE OCORREU A PERDA DO PRAZO PARA INTERPOR O RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA A SENTENÇA DESFAVORÁVEL À CLIENTE, FULMINANDO, ASSIM, QUALQUER POSSIBILIDADE DO REEXAME DA DECISÃO JUDICIAL. OCORRENDO A PERDA DA CHANCE, NISSO JÁ RESIDE O PREJUÍZO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁸⁹

No caso supratranscrito, o advogado perdeu o prazo para interposição do recurso de apelação contra a sentença desfavorável aos interesses do cliente. O acórdão reconheceu a perda de uma chance. No entanto, no momento de quantificar o dano, condenou o advogado réu ao pagamento integral do valor que o constituinte auferiria caso o recurso tivesse sido interposto tempestivamente e provido em segunda instância.

⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70017604893. Relator: Des. Ergio Roque Menine. Porto Alegre 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AErgio%2520Roque%2520Menine&as_q=Julgado>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Em que pese o caso tratar-se nitidamente de responsabilidade civil por perda de uma chance, o acórdão condenou o patrono ao pagamento de lucro cessantes sofridos pelo seu constituinte de forma equivocada segundo a doutrina majoritária. Isto porque é impossível afirmar com certeza que o recurso seria provido caso fosse interposto dentro do prazo legal.

Com efeito, não era possível estabelecer nexos causal entre a perda da vitória no processo e a atitude negligente do patrono da causa. Desta forma, não há que se falar na condenação do advogado a arcar com os lucros cessantes, porquanto inexistente o nexo causal.

Assim, no caso em pauta, a quantificação do dano foi feita erroneamente, pois “a indenização por perda de uma chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado”.⁹⁰ Deste modo, tendo em vista a incerteza acerca do êxito do recurso, a indenização do dano decorrente da perda de uma chance será sempre inferior ao valor da oportunidade almejada.

Em julgados mais recentes, é possível verificar a correta quantificação do dano decorrente da perda de uma chance. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. A aplicação da Teoria da Perda da Chance impõe verificar se o advogado contratado foi diligente e obrou com zelo na busca do direito de sua constituinte e, se o houvesse feito, que teria evidentes probabilidades de obter êxito no pleito. Caso em que restou demonstrada a desídia do mandatário que deixou de aforar, em tempo hábil, a ação de indenização por morte decorrente de acidente de trabalho porque o tomador de serviços agiu com culpa ao deixar de fornecer os equipamentos de proteção necessária ao labor do vitimado, além de não velar pelo cumprimento das normas de segurança infringindo a legislação que rege a matéria. Reais probabilidades de ser vencedora na demanda, a autora foi prejudicada

⁹⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p.63.

porque quando o requerido ajuizou a ação esta já fora atingida pela prescrição. Precedentes do TRT e desta Corte. Indenização majorada. APELAÇÃO PROVIDA.⁹¹

Conforme se verifica do teor do voto da relatora, o Tribunal concluiu que eram sérias e reais as chances do autor sair vitorioso caso o advogado tivesse aforado a ação em tempo hábil, tendo em vista a vasta jurisprudência favorável.

No referido acórdão, a Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli reconheceu a perda de uma chance e quantificou a indenização de forma correta, de acordo com os critérios da doutrina italiana. A relatora quantificou o dano de forma equitativa, fazendo incidir sobre o dano final o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. Confira-se:

Assim postos os fatos, considero que o valor arbitrado a título de indenização foi por demais irrisório considerando o sem número de decisões sobre a matéria conforme consulta junto a Justiça Trabalhista que vem decidindo, reiteradamente, quando se trata de culpa do empregador, ou tomador de serviços que não disponibiliza os equipamentos de segurança necessários ao trabalhados para que desenvolva um trabalho seguro, ainda mais considerando que o vitimado consertava um telhado acerca de sete metros de altura, sem estar equipado com o que se fazia necessário e adequado ao risco, merece majorado o valor indenizatório.

Evidente que não pode ser acolhida a pretensão da autora fixar em valor igual a 500 salários mínimos, o que de há muito foi minorado e porque, considerando que o pedido não foi aforado em tempo hábil, em ações dessa natureza – indenizatória – se há de examinar a probabilidade da possível procedência da demanda, mas sem que se possa vincular a indenização a valor certo, porque este não foi objeto de apreciação judicial.

Pelos fatos e fundamentos expostos dou provimento à apelação para condenar o requerido a indenizar a autora no valor de R\$ 80.000,00 (Oitenta

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70041115940, Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, Porto Alegre, 9 ago. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfileds=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAna%2520Maria%2520Nedel%2520Scalzilli&as_q=>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

mil reais) pela negligência que demonstrou ao ajuizar ação que já fora atingida pela prescrição.⁹² (grifo do autor)

Tal como já exposto, a doutrina italiana preceitua que na quantificação da perda de uma chance o julgador deve partir do dano final (resultado esperado) e sobre este fazer incidir o percentual de chances que o ofendido possuía antes do ato do ofensor. É nesse parâmetro de cálculo que a relatora do *decisum* se calcou, fixando a indenização em patamar inferior ao benefício que o autor auferiria caso tivesse logrado sucesso na ação.

Os casos que envolvem responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance exemplificam melhor a quantificação exata do dano decorrente da chance perdida, já que, quando caracterizadas as demais hipóteses, nem sempre é viável estabelecer uma probabilidade estatística para fazer incidir sobre o valor do resultado útil.

Um exemplo é o caso no qual a Globo Comunicação Participação S/A foi condenada a indenizar um surfista, modelo e ator em razão da alteração unilateral do resultado de uma promoção elaborada pela empresa para definir os participantes de um quadro do programa Globo Esporte. Confira-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE RESULTADO. ILÍCITO EVIDENCIADO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. É evidente o dano extrapatrimonial suportado pelo autor, que participou de uma promoção elaborada pela requerida para participar do quadro "Nas Ondas de Noronha", exibido pelo "Globo Esporte", sendo que esta divulgou na mídia o nome do suplicante como um dos selecionados e, posteriormente, adulterou o resultado, preterindo o autor de participar do programa, situação que, por certo, causou enorme desconforto, frustração, angústia e transtornos que

⁹² RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70041115940, Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, Porto Alegre, 9 ago. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAna%2520Maria%2520Nedel%2520Scalzilli&as_q=>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

não podem ser relegados ao plano do mero dissabor. Dano moral in re ipsa configurado. Sentença mantida, no ponto. PERDA DE UMA CHANCE. OCORRÊNCIA. Para a aplicação da teoria francesa da perda de uma chance, é necessário que haja grande probabilidade de que a chance perdida se concretizasse. Hipótese em que se mostra viável a aplicação da teoria diante do ato ilícito praticado pelo requerido e o concreto prejuízo suportado pelo autor, pois não pôde participar de um programa de grande audiência o que, por certo, prejudicou o despontar de sua carreira como surfista, modelo e ator. Sentença mantida. DANO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. Inexistindo prova dos alegados prejuízos materiais, não há como acolher a pretensão autoral, no ponto. Sentença mantida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Dano moral que decorre do próprio evento, configurando a hipótese de dano in re ipsa. Na fixação do valor indenizatório deve o magistrado, por seu prudente arbítrio, levar em consideração as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor; a gravidade potencial da falta cometida; as circunstâncias do fato; o comportamento do ofendido e do ofensor; sem esquecer o caráter punitivo da verba e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado. Manutenção do montante indenizatório fixado na sentença a título de danos morais, bem como pela perda de uma chance, diante das peculiaridades do caso concreto. Decisão mantida, no ponto. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. No que se refere aos juros de mora, tratando-se de responsabilidade civil contratual, devem ser fixados a incidir, à razão de 12% ao ano, a contar da citação. Sentença reformada, no ponto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. É cediço que, no arbitramento da verba honorária, deve o juiz considerar o local de prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo de trâmite da ação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. Verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da condenação que comporta majoração para 15%, diante das peculiaridades do caso concreto. Sentença reformada, no ponto. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revendo posicionamento anteriormente adotado e de acordo com o entendimento sedimentado na corte especial do c. STJ, a multa prevista no artigo 475-J do CPC apenas é cabível, transitada em julgado a sentença, após a regular intimação do devedor para pagamento. Sentença reformada, no ponto. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDOS.⁹³

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70048145593. Relator: Des. Paulo

Na hipótese, o autor da ação, surfista, se inscreveu para concorrer à viagem e participar de *reality show* na Ilha de Fernando de Noronha, em Pernambuco, para a prática de surfe, junto ao quadro “Verão dos Sonhos”, que seria exibido no programa “Esporte Espetacular”, da emissora ré. O vencedor do concurso seria escolhido através de votação pela internet e participaria do programa com outros três surfistas selecionados.

Na data prevista para a divulgação do vencedor, uma matéria na página eletrônica da emissora divulgava o nome do autor como o vencedor da última etapa. Todavia, em outro *link* do mesmo *site* informava o nome de outro surfista como sendo o vencedor e, portanto, o quarto participante a integrar a viagem.

O Tribunal afirmou que “para a aplicação da teoria francesa da perda de uma chance, é necessário que haja grande probabilidade de que a chance perdida se concretizasse, o que ocorreu no caso em análise, porquanto o autor, de fato, foi declarado como um dos selecionados para participar do programa e, posteriormente, a ré simplesmente modificou o resultado, colocando outro candidato no lugar do requerente”.⁹⁴ Sendo assim, o entendimento do relator foi o de que a emissora-ré teria o dever de indenizar o autor pela perda de uma chance, em razão da atitude perpetrada pela demandada, já que o demandante teve sua carreira prejudicada.

Veja-se a propósito um excerto do julgado:

Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=globo+esporte&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3APaulo%2520Roberto%2520Lessa%2520Franz&as_q=>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70048145593. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=globo+esporte&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3APaulo%2520Roberto%2520Lessa%2520Franz&as_q=>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

O autor, como se extrai dos autos, é surfista, modelo e ator de teatro (fls. 152/159), sendo que sua participação num programa de grande audiência, como é o Globo Esporte, exibido nas manhãs de domingo, por certo que alavancaria a carreira do suplicante, uma vez que este poderia conseguir novos patrocínios e poderia firmar novos contratos de trabalho, por exemplo. Aliás, é regra de experiência comum que a participação em programas dessa natureza, por certo, que traz vantagens para o participante, uma vez que há imensa exposição midiática durante o período do programa. Assim, não há como desconsiderar que o autor, em razão da conduta do réu, perdeu a chance de despontar na sua carreira, justificando assim o dever de indenizar.⁹⁵

No que tange ao *quantum* indenizatório fixado a título de perda de uma chance, o julgador manteve a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) arbitrada na sentença, por entender que o montante se mostrava adequado para compensar o prejuízo sofrido pelo autor. A referida importância, contudo, foi arbitrada sem a utilização de nenhum parâmetro, e foi fixada no mesmo montante da indenização por dano moral, ao qual a ré também restou condenada a arcar, conforme se depreende da sentença:

Assim, entendo ser razoável a condenação da demandada ao pagamento de R\$ 15.000,00, a título de indenização pela perda de uma chance, em face da frustração de expectativa real imposta ao demandante, ponderados os fatos de que, primeiro, é impossível apuração concreta do *quantum indenizatório* e, segundo, o programa não tinha objetivo específico de divulgação artística dos participantes.⁹⁶

O caso em comento demonstra que nem sempre é possível quantificar o dano decorrente da perda de uma chance por critérios da doutrina. Em muitos casos o

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70048145593. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=globo+esporte&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3APaulo%2520Roberto%2520Lessa%2520Franz&as_q=>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Foro Central da Comarca de Porto Alegre**. Processo 10903499057. 12ª Vara Cível. Juiza: Vanise Röhrig Monte. Porto Alegre, 8 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc10903499057>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

dano final não tem um valor específico, como na hipótese supracitada, já que a vantagem esperada pelo autor era “alavancar a sua carreira”. Nessas situações a indenização é necessariamente fixada de forma arbitrária, estando o julgador adstrito ao bom senso e aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência.

Diante do exposto, a quantificação da indenização pela perda de uma chance, na maioria dos casos, pode ser feita através dos critérios desenvolvidos pela doutrina italiana. Todavia, existem casos peculiares nos quais essa quantificação terá como único parâmetro de cálculo a prudência do juiz.

CONCLUSÕES

A perda de uma chance consolidou-se na doutrina e na jurisprudência brasileira, não obstante a falta de previsão legal. Hoje já é possível observar nas mais diversas cortes do país a concessão de indenizações resultantes de chances perdidas, desde que sérias e reais, e não apenas uma mera expectativa aleatória.

Os estudos franceses e italianos contribuíram, sobremaneira, para o fortalecimento das bases da teoria antes de sua introdução no ordenamento jurídico pátrio. Destacaram-se nesse processo de solidificação da teoria da perda de uma chance o papel exercido pela Corte de Cassação Francesa, e, ainda, os postulados de Maurizio Bocchiola, italiano que estabeleceu os pilares da responsabilidade civil pela perda de uma chance tal como é conhecida atualmente.

A incerteza sempre estará presente nos casos de chance perdida, ou seja, nunca será possível provar que o dano final realmente ocorreria. Por esse motivo, a indenização será sempre inferior ao valor da oportunidade inalcançada. Em contrapartida, caso seja possível a prova de que a vantagem almejada jamais seria concretizada, não há que se falar em indenização por parte do ofensor.

Conforme explicado, existe uma grande divergência entre os doutrinários no tocante ao enquadramento da perda de uma chance. Contudo, sopesadas todas as hipóteses, esta deveria ser enquadrada como uma subespécie de dano emergente, consoante preceitua Sérgio Savi, porquanto dessa forma é possível eliminar o problema da incerteza, não sendo necessária a prova de certeza do dano final, como ocorre nos casos de lucro cessante.

Outrossim, a perda de uma chance só ensejará indenização quando for possível a prova de que a probabilidade de concretização da oportunidade esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Fosse outro o entendimento adotado, qualquer chance perdida obrigaria o ofensor a ressarcir a vítima.

A quantificação do dano deverá ser feita tomando como base o dano final, fazendo incidir sobre este o percentual de probabilidade de lograr a vantagem desejada. Todavia, nos casos em que o resultado útil não tiver um valor fixo ou passível de apuração, caberá ao juiz arbitrar a indenização de equitativa e prudente.

Ao que se tem, a teoria da perda de uma chance é respaldada pela doutrina brasileira, ainda que no tocante a quantificação do dano remanesça uma incerteza sobre os parâmetros a serem utilizados. E tamanha é essa incerteza que isso se reflete na jurisprudência pátria. Sendo assim, urge a normatização de parâmetros objetivos para a uniformização da quantificação do dano, sem, no entanto, que se retire do julgador a possibilidade do arbitramento equitativo do valor da indenização, nos casos em que não é possível estabelecer a probabilidade de obtenção da vantagem desejada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL. **Código Civil**. Codex. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 788459/BA (2005/0172410-9). Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 8 nov. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=show+de+milh%E3o&b=ACOR>. Acesso em: 5 nov. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil - 7. Ed.** - São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance**. São Paulo: Ltr. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GODIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma chance**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, vol. 840.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. Volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Foro Central da Comarca de Porto Alegre**. Processo 10903499057. 12ª Vara Cível. Juiza: Vanise Röhrig Monte. Porto Alegre, 8 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc10903499057>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70050193705. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Gelson Rolim Stocker. Porto Alegre, 31 out. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AGelson%2520Rolim%2520Stocker&as_q=>>. Acesso em: 31 out. 2012.

RIO GRANDE DE SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 589069996. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 de jun. 1990. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3ARuy%2520Rosado%2520de%2520Aguiar%2520J%25C3%25BAnior&as_q=>>. Acesso em: 30 out. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70017604893. Relator: Des. Ergio Roque Menine. Porto Alegre 28 fev. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AErgio%2520Roque%2520Menine&as_q=Julgado+em+28/02/2007>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70041115940, Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, Porto Alegre, 9 ago. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAna%2520Maria%2520Nedel%2520Scalzilli&as_q=>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível 70048145593. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=globo+esporte&tb=jurisnova&pesq=ementario&partalfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520R.S.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3APaulo%2520Roberto%2520Lessa%2520Franz&as_q=>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999.

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

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

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. Ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

ZULIANI, Ênio. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out. Nov. 2002.